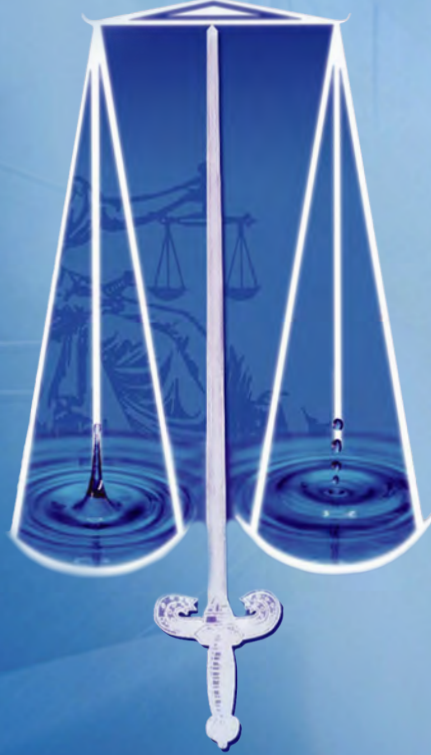




ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI
2024



11-14 OCAK 2024



ANKARA BAROSU

XIII. ULUSLARARASI

HUKUK KURULTAYI

2024

11 OCAK - 14 OCAK 2024

ANKARA

İletişim Adresi

Ankara Barosu Başkanlığı
Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA
T: (0.312) 416 72 00 (Pbx)
F: (0.312) 416 72 80
www.ankarabarusu.org.tr
ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Osman Umut Karaca

Kapak Tasarımı ve Sayfa Düzeni

Av. Kerem Ali ŞENER (Ankara Barosu)

Editör

Av. Kerem Ali ŞENER (Ankara Barosu)

Ankara Barosu XII. Uluslararası Hukuk Kurultayı Döneminde

Ankara Barosu Yönetim Kurulu

Başkan : Av. Mustafa KÖROĞLU
Başkan Yardımcısı : Av. Seval YILDIRIM
Genel Sekreter : Av. Ersin SOYBAŞ
Sayman : Av. Nafi Çınar İNAL
Üye : Av. Mihriban ŞENTÜRK
Üye : Av. Ülkü GEDİKLİ ALGÜL
Üye : Av. Zeynep TEPEGÖZ
Üye : Av. Güçlü BOLAT
Üye : Av. Elçin Özge ŞİMŞEK ÇAĞLAYAN
Üye : Av. Berkay BAŞER
Üye : Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

Kurultay Yürütme Kurulu

Av. Mustafa KÖROĞLU
Av. Zeynep TEPEGÖZ
Doç. Dr. Dilşad Çiğdem SEVER
Av. Deniz Can AYDIN
Av. Nesli Umay SEYDİOĞULLARI
Av. Onur Özcan YENİAY
Av. Seval YILDIRIM
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ
Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY
Av. Mustafa GÜMÜŞ
Av. Nadire DURUDOĞAN ERASLAN

Kurultay Bilim Kurulu

Hon. Prof. Dr. Julian LONBAY
Birmingham University, England

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
TOBB ETÜ Üniversitesi

Prof. Dr. Gülriz UYGUR
Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Metin GÜNDAY
Atılım Üniversitesi

Prof. Dr. Ziyne Seldağ GÜNEŞ PESCHKE
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Prof. Dr. David Stewart
Georgetown University

Prof. Dr. Kiran Nasir GORE
The George Washington University

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Paul Schiff BERMAN
The George Washington University

Prof. Dr. Selin ESEN ARNWINE
Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ
TOBB ETÜ Üniversitesi

Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ
İstanbul Üniversitesi

Ass. Prof. Dr. Bart JANSEN
Nyenrode Business University, Netherlands

Ass. Prof. Dr. Michal BALCERZAK
Nicolaus Copernicus University, Poland

Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI
Ankara Üniversitesi

Doç. Dr. Dilşad Çiğdem SEVER
Atılım Üniversitesi

Doç. Dr. Elvan Keçelioğlu
Medipol Üniversitesi

Doç. Dr. K. Sedat SİRMEN
Osmangazi Üniversitesi

Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY
Ankara Üniversitesi

Dr. Nezahat DOĞAN DEMİRAY
Ufuk Üniversitesi

Doç. Dr. Tolunay OZANEMRE YAYLA
Osmangazi Üniversitesi

Doç. Dr. Veysel Dinler
Hitit Üniversitesi

Dr. Ali ACAR
Çankaya Üniversitesi

Dr. Çiğdem Serra Uzunpınar
Ankara Barosu

Dr. Mustafa Göksu
Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENÇİ
TOBB ETÜ Üniversitesi

Dr. Özgem Tuğçe GÜMÜŞ BOYACI
Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Dr. Valeria GIANOTTA
Scientific Director of CeSPI
Observatory on Turkey

Dr. Av. Zeynep BAHADIR DALKIRAN
Ankara Barosu

Meredith BROWN
International Legal Expert

Prof. Dr. Gian Luigi GATTA
Milano University, Italy

Prof. Dr. iur Thomas Giegerich
Saarland University, Germany

Basım Tarihi

Temmuz 2025

Baskı Adedi

250

Baskı ve Cilt

Poyraz Ofset Matbaacılık (Sertifika No: 49893)

www.poyrazofset.com.tr

Kurultayda ileri sürülen düşünce ve görüşler konuşmacıların kendisine aittir ve
Ankara Barosu'nun görüşünü temsil etmez.

The views and opinions expressed in this book are those of the author and
do not necessarily represent the views of the Ankara Bar Association.

Başkanın Mesajı <i>President's Messages</i>	XVII

Av. Mustafa KÖROĞLU

Sunuş	XX

Ankara Barosu 13. Uluslararası Hukuk Kurultayı Yürütme Kurulu

Tam Metinler

Peer Reviewed Articles

Cumhuriyetin 100. Yılında Yargı.....	5

Sibel İNCEOĞLU

Anayasa Mahkemesinin Keser ALTINTAŞ Başvurusuna İlişikin Kararının Anayasaya Uygunluğu ve Yol Açtığı Bazı Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme	21

Ali Erdem DOĞANOĞLU

Karşılaştırmalı Hukukta Uzun Yargılama Sürelerine Yönelik Şikayetleri İncelemek için Oluşturulan Mekanizmalar ve Türkiye İçin Öneriler	30

Kardelen ALTUN

Uzlaştırmada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri	48

Yusuf GÖZEL

Yargı etiği nedir? Küresel yargıda veya karşılaştırmalı hukukta yargı etiği ve Bangalor Yargı Etiği sistemi nedir? Yargıtay'ın liderliğinde yürütülen ve 2017 yılın-dan itibaren devam eden yargı etiği reformu konusunda neler yapıldı ve neler yapılmalıdır?.....	58

Mustafa SALDIRIM

Bir Düşman Ceza Hukuku Örneği Olarak Suruç ve Ankara Davaları	76

Ezgi DUMAN

Gerekçeli Karar Hakkının İhlali Dolayısıyla Diğer Hakların İhlali: Mülkiyet Hakkı Örneği	113

Ezgi Fulya AKKUŞ

Hakların Hakkı Olarak Vatandaşlığa Dair Güncel Bir Tartışma: Shamima Begum Davası ve Vatandaşlık Hakkı	121

Kardelen KAMILOĞLU

Hukuk Yargılamasında Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması	154

Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların
İcrasında Çocuğun Katılım Hakkı 180

Nesibe KURT KONCA

Hâkimler Ve Savcılar Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi:
Eski Bir Sorun Hakkında Güncel Değerlendirmeler 204

Erkan DUymAZ

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığının Güçlendirilmesinde
Kararların İcrası: Karşılaştırmalı Hukuktan Örnekler..... 228

Zeynep ÖZKAN GÜNEŞ

Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Üzerine Düşünceler 274

İbrahim ŞAHBAZ

Bir Anayasal Organ olarak HSK'nın Yapısı ve Verdiği Disiplin Kararları
Özelinde Türkiye'de Yargı Bağımsızlığının Yargı Mensupları Açısından
İncelenmesi 327

Rumeysa BUDAK

Hakim ve Savcıların Eğitimi 350

Abdullah MURAT

Türkiye'de Hukuk Eğitim Sisteminin "Eğitim Bilimleri" Bakış Açısı İle
Değerlendirilmesi ve Bazı Öneriler 363

İnayet AYDIN

Koruyucu Avukatlık ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları
Bağlamında Kamuda Çalışan Avukatlar 419

Tülay ÇOKAN

"Aynanın İçinden": Kriz Zamanlarında Dezavantajlıların
Dezavantajlıları Bakımından Adalete Erişim/sizlik 437

Nadire ÖZDEMİR, F. Betül BODUR

Türkiye'de Kadınların Adalete Erişiminin Ölçülmesi: Medeni Hukuk
Davaları İçin Önerilen Göstergeler 456

Seher KIRBAŞ CANİKOĞLU, Çağla ŞAHİN

Din ve Vicdan Hürriyetine İlişkin Bir Değişiklik Gerekli Mi? 468

Pınar DİKMEN

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Bir
Değişiklik Gerekli Mi?..... 499

Seda ÖZKAN

Ceza Adaletinde Adli Hata Bilinci 519

Mustafa Tören YÜCEL

Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Artırılması: Cezasızlık Hâline Cezai
Popülizm Çare Olur Mu? 556

Ozan Ercan TAŞKIN

Türk Hukuku Açısından Arabuluculuk
Özel Oturumlarında Gizlilik 586

Özlem BORA

Ortaklığın Giderilmesi Davasında Arabuluculuk 610

Hasan Ali GÜÇLÜ

Davaların Yığılması Şeklinde İleri Sürülen Ve Aralarında Bağlantı Bulunan
Talepler Bakımından Dava Şartı Arabuluculuğun Uygulanabilirliği 624

Betül AZAKLI ARSLAN

Aşkın Cezalandırma ve Cezasızlık Sarkacında Türkiye Hukuku 653

Denizer ŞANLI

Yargının Radarına Girecek Yeni Bir Konu: Nöro-Haklar 670

Ali ERDOĞAN

Tedarik Zincirlerinde Ticari İşletmelerin Hak İhlallerini
Önlemeye Yönelik Sorumluluk Denetimi (Özen) Yükümlülükleri-
Alman Tedarik Zinciri Sorumluluk Denetimi
Kanunu (LkSG) Örneği- 695

Mustafa Bayram MISIR

Yerindelik Ve Hukukilik Denetimi Çıkmazında Tam Yargı Yetkisi 726

Züleyha KESKİN

Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı İlkesini Ortadan
Kaldıran Hukuk Zihniyeti: Tahkik (Engizisyon) İdeolojisinin Teori
Uygulamadaki Görünümleri 746

Fahrettin KAYHAN

Tutuklama Tedbirine İlişkin Kararlarda Gerekçelendirme Sorunu 778

Yağmur Müge ERDOĞAN

Yeni Gelişmeler Çerçevesinde Tahkime Elverişliliğe Güncel Bir Bakış 810

Zeynep ALBAYRAK AÇI

IV. Uygulamada Tahkime Elverişliliğe İlişkin Geliştirilen Kriterlerin
Değerlendirilmesi 828

İbrahim ERMENEK

Kaliteli Hizmet Odaklı Yargı Reformu Niçin ve Nasıl? 842

Mehmet GÜN

Yeknesak Hukuk Meslekleri Kariyer Planı ve Tam Bağımsız

Yargısal Meslek Kuruluşları 903

Mehmet GÜN, Utku SÜNGÜ

Kaliteli Yargı Hizmeti Üretimi İçin Mahkeme Yapılanması, Dağılımı Ve

Modern Uyuşmazlık Yönetimi Sistemi 913

Hande HANÇAR KOÇ

Anayasa Mahkemesi'nin İşçinin İfade Özgürlüğünü Sendika Hakkı Işığında

Ele Aldığı Kararı Doğrultusunda İşçinin Sendikal Faaliyet Kapsamındaki

İfadeleri Ve Sendikanın Duyulma Hakkı (2/5/2023 Karar Tarihli Sonay

Tezcan Ve Kardelen Yoğungan Başvurusu) 935

İstemi Ceysu DİNÇ

İşverenin Girişim Özgürlüğü İle İşçilerin Temel Hakları Arasındaki

Çatışmada Adil Denge.....972

Münevver TEMİR

Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliğinin Arttırılmasında Bir karşılaştırma

Denemesi: Polis Ombudsmanlığı.....1021

Özge AYAS

Aleniyet İlkesinin İhlaline Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Bağlanan

Hukuki Sonuçlar.....1043

Uğur ERSOY

Aşamalı Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları 1074

Bülent TİRYAKİOĞLU

Arbuluculuk-Tahkimde Gizlilik Sorunu.....1098

Emel HANAĞAS

İdare Karşısında Birey Olabilmek 1116

Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

Birey Özerkliği Çocuklar İçin Tartışma Gereği.....1130

Dilara AĞAOĞLU CANAY

Tebliğ Özetleri

Anayasa Mahkemesi'nin Keser Altıntaş Başvurusuna İlişkin Kararının

Ardından Ceza Muhakemesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkının

İhlaline Yol Açan Yapısal ve Sistematik Sorunların Değerlendirilmesi.....1142

Yaprak ÖNTAN

Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Uzlaştırma Kurumunun

İşlevselliği ve Etkinliğine Dair Genel Bir Bakış 1146

Sefa ATA

Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Uzlaştırma Kurumunun
İşlevselliği ve Etkinliğine Dair Genel Bir Bakış 1151

Yusuf GÖZEL

Mukayeseli Hukuk Işığında Yüksek Mahkemelere (Yargıtay ve Danıştaya)
Yeni Görevler Verilmesi ve Yeniden Yapılandırılması 1156

Erdoğan İSHAKOĞLU

Onarıcı Adalet ve Özen Etiği 1160

Rasime EŞELİOĞLU

İstikrarsız Bir Suç Siyasetinin Yapı Taşı Haline Gelen
İnfaz Düzenlemeleri 1169

Çetin ARSLAN

Cezanın Amacı ve Topluma Yeniden Kazandırma Üzerine
Yeniden Düşünme 1175

Duygu Çağlar DOĞAN

Bir Düşman Ceza Hukuku Örneği Olarak Suruç Davası 1179

Ezgi DUMAN

Gerekçeli Karar Hakkının İhlali Dolayısıyla Diğer Hakların İhlali: Mülkiyet
Hakkı Örneği 1184

Ezgi Fulya AKKUŞ

Hakların Hakkı Olarak Vatandaşlığa Dair Güncel Bir Tartışma: Shamıma
Begum Davası ve Vatandaşlık Hakkı 1187

Kardelen KAMILOĞLU

Hukuk Yargılamasında Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması 1192

Emel BADUR

Çocuğun Üstün Yararı ve Velayetin Belirlenmesi 1198

Şebnem AKİPEK ÖCAL

Yargı Bağımsızlığı İçin Sıra Dışı Bir Seçenek: Yargıç Seçimleri 1201

İsmail YÜKSEL

Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Yargıç Bağımsızlığını Sağlamaya Yönelik
Düzenlemeler/Mekanizmalar 1205

Nermin SOMAN SATIR

AYM ve AİHM Kararlarının Uygulanmasına Direnç Pratiği: Teşhis ve Acı Reçete	1210

Bülent ALGAN

‘Anayasal Demokrasi’ Gerekleri Işığında ve ‘Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı’ Yönünden Yargıtay - Anayasa Mahkemesi Çatışması	1213

Ozan ERGÜL

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığının Güçlendirilmesinde Kararların İcrası: Karşılaştırmalı Hukuktan Örnekler.....	1216

Zeynep ÖZKAN GÜNEŞ

Anayasa Mahkemesi: Hukukun Son Kalesi?.....	1220

Oturum Özeti

OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri ve Anayasa Yargısı	1224

Dinçer DEMİRKENT

Hesap Verebilirliğin Daraltılması: Anayasa Mahkemesi ve Cezasızlık	1227

Hülya DİNÇER

Anayasa Mahkemesi’nin AİHM Karnesi: Etkili Hukuk Yolu?	1230

Kerem ALTIPARMAK

Türkiye’de Anayasa Yargısının Tarihsel Anlamı	1232

Murat SEVİNÇ

İnsan Haklarının Korunmasında Hukuksal Mekanizmaların Krizi: Yerel ve Dönemsel mi Yoksa Yapısal Bir Krizle mi Karşı Karşıyayız?.....	1238

Oya AYDIN

Anayasa Mahkemesi’nin “Pilot Karar” Usulünün Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu: “Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü” nün Hukuksal Niteliği ve Normatif Değeri Bağlamında Bir Analiz	1242

Serdar YILMAZ

Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Üzerine Düşünceler	1249

İbrahim ŞAHBAZ

Bir Anayasal Organ olarak HSK’nın Yapısı ve Verdiği Disiplin Kararları Özelinde Türkiye’de Yargı Bağımsızlığının Yargı Mensupları Açısından	

İncelenmesi	1253

Rumeysa BUDAK

Hâkimler ve Savcılar Kurulu Ekseninde Türkiye’de Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Üzerine Bir İnceleme	1257

Semih Batur KAYA

Yargı Reformu Kapsamında Karşılaştırmalı Bir Perspektiften Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Hukuk Eğitimi ve Hukuk Mesleğine Giriş	1265

Ayşe Tuğba ÖZKARSLIGİL

Kamu Avukatlarının İdari Hiyerarşideki Konumu (Sorunlar ve Çözüm Önerileri).....	1270

Onur ZEKİ

Koruyucu Avukatlık ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Bağlamında Kamuda Çalışan Avukatlar	1273

Tülay ÇOKAN

Kovuşturmaya (Kamu Davasına) Alternatif Yöntemler Bağlamında Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu	1279

Hakan A. YAVUZ

Ceza Muhakemesi Hukukunda Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) ve İtiraz Kanun Yolunun Etkinliği Sorunu	1284

Köroğlu KAYA

Anayasa Mahkemesi’nin Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) Düzenlemesini İptal Kararı Üzerine İnceleme	1288

Süleyman ÖZAR

Kadınların Adalete Erişiminde Bir Engel Olarak Toplumsal Cinsiyet Kalıp Yargıları.....	1293

Damla ALVER

Türkiye’de Kadınların Adalete Erişiminin Ölçülmesi: Medeni Hukuk Davaları İçin Önerilen Göstergeler	1296

Seher KIRBAŞ CANIKOĞLU, Çağla ŞAHİN

Serbest Seçim Hakkına İlişkin Bir Değişiklik Gerekli Mi?	1301

Furkan YILMAZ

Tahdit Kodu Uygulamasında Adalete Erişim Hakkına İlişkin	

Bazı Sorunların Tespiti	1305
Necdet Umur ORCAN	
Etkili Başvuru Hakkına İlişkin Bir Değişiklik Gerekli Mi?	1309
Ömer E. EGELİĞİ	
Suç ve Cezalara İlişkin Esaslarda Bir Değişiklik Gerekli mi?	1313
Tolga ŞİRİN	
Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkına İlişkin Bir Değişiklik İhtiyacı Var Mı ?	1317
Ali BULUT	
Kanun Önünde Eşitlik İlkesine İlişkin Bir Değişiklik Gerekli Mi?	1321
Ceren Hilal GÜNAYDIN	
Din ve Vicdan Hürriyetine İlişkin Bir Değişiklik Gerekli Mi?	1324
Pınar DİKMEN	
Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Bir Değişiklik Gerekli Mi?	1327
Seda ÖZKAN	
LGBTİ+ların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı: Yok Öyle Bir Şey	1332
Abdullah İkbâl ARSLANBAŞ	
Geçici Koruma Sahiplerinin İdari Gözetimi, Mevcut Uygulamanın Temel İnsan Hakları Üzerindeki Etkileri ve Geçici Koruma Sahiplerinin İdari Gözetiminin Gerekliliği Sorunu	1336
Cumali ŞİMŞEK	
Nefret Söyleminin Eşit Vatandaşlık Temelinde Değerlendirilmesi	1340
Dilan MIZRAK	
Türkiye'deki Çocuk Adalet Sisteminin Sosyal İnceleme Raporları Yönünden İrdelenmesi *Çocuk Koruma Kanunu Mu? Çocuk Cezalandırma Kanunu mu?*	1345
Mehmet Emin GÜN	
Türkiye'de Kız Çocuklarının Adalete Erişimde Karşılaştığı Sorunlar ve CEDAW Kapsamında Çözüm Önerileri	1352
Selvi Müleyke ŞEN	

Kanun Değişirmekle Reform Oluyor Mu?	
Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları Üzerinden Ceza Muhakemesi Hukukuna Bir Bakış	1357
Fahri Gökçen TANER	
Ortaklığın Giderilmesi Davasında Arabuluculuk	1364
Hasan Ali GÜÇLÜ	
Zorunlu Deprem Sigortası Çerçevesinde DASK Aleyhine İleri Sürülecek Tazminat Talepleri Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi midir?	1369
Serdar HIZIR, Alper BULUR	
Aşkın Cezalandırma ve Cezasızlık Sarkacında Türkiye Hukuku	1374
Denizer ŞANLI	
Türkiye Cumhuriyeti'nin İkinci Yüzyılında Ceza Adalet Sisteminin İşlevinin Yeniden Tesisinin Önündeki Engeller: Yargının Popülistliği ve Cezasızlık Kültürü	1377
Mehmet Baran SELANİK	
Cezasızlığın Öteki Yüzü Aşırı Suçlaştırma (Overcriminalization)	1381
Özgür TAŞDEMİR	
Yargının Radarına Girecek Yeni Bir Konu: Nöro-Haklar	1386
Ali ERDOĞAN	
İdarenin Yapay Zekâ Teknolojilerini Kullanmasından Doğan Sorumluluğu Çerçevesinde İdari Yargıda Grup Davası Usulü	1390
Serkan SEYHAN	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Şorli/Türkiye Kararı Örneğinde AIHM Kararlarına De Facto Derece Yargısı Direnişi ve Bir Karşı Mekanizma Önerisi	1395
Doğan ERKAN	
Anayasal Bir Perspektif: Bir Siyasi Muhalefet Aracı Olarak Markopaşa Gazetesi.....	1399
Saniye Gizem OKUTAN	
Gazetecilik-Toplum-Hukuk İlişkisi Üzerine Notlar: Rejim ve Yurttaşlığın Yeniden İnşasının Dinamikleri	1404
Gökhan BULUT	
Gazetecilerin Mesleki ve Özlük Haklarının Hukuki Metinler ve Yargı Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi	1407
Meliha SELVİ	

Gazetecilik Alanında Görülen Mevzuat Değişiklikleri ve Basın
Özgürlüğünün Durumuna İlişkin Bütüncül Yaklaşım Önerisi 1410

Mustafa Gökhan TEKŞEN

‘Kanunilik İlkesi Bağlamında Uygulama Örnekleri İle
Dezenformasyon Suçu..... 1413

Ülkü ŞAHİN

İdari Yargıda Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesinde
Kriter Sorunu 1417

Cengiz ERGÜN, Pınar YAŞAR ŞATIROĞLU

Yerindelik Ve Hukukilik Denetimi Çıkmazında Tam Yargı Yetkisi 1420

Züleyha KESKİN

İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları : Belediye
Uyuşmazlıklarına Dair Çözüm Önerileri 1423

Sinan DERMAN

Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma İşlemlerinin Segbis İle Kayıt
Altına Alınmasının Gerekliliği Hususunda Bir Değerlendirme 1429

Eylül ERDEM HACİÖMEROĞLU

Kolluk Faaliyetleri Kapsamında Kişisel Verilerin Elde Edilmesi Ve
İşlenmesinin Sınırı 1436

Pelin ÖZKAYA

Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde
Alternatif Bir Yöntem: Tahkim 1440

Berna ÖZTÜRK YILMAZ

Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yollarına Güncel Sorunlar ve Yüksek
Mahkeme Kararları 1444

Ersin ERDOĞAN

Yargı Reformu Kapsamında Tahkim Yargılamasındaki Bilirkişi
Uygulamalarından Adli Yargıya Aktarılabilecek Hususlar 1447

Hasan Hüseyin ALPARSLAN

Yeni Gelişmeler Çerçevesinde Tahkime Elverişliliğe
Güncel Bir Bakış 1450

İbrahim ERMENEK

Kaliteli Hizmet Odaklı Yargı Reformu Niçin ve Nasıl? 1454

Mehmet GÜN

Emsal Ücret Araştırmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri	1457
Ahmet Burak BELDÜZ	
Güncel Yargı Harçları ile Diğer Olası Yargılama Giderlerinin Adalete Erişim Bağlamında Değerlendirilmesi	1460
Aybüke YILMAZ	
Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliğinin Arttırılmasında Bir karşılaştırma Denemesi: Polis Ombudsmanlığı.....	1463
Özge AYAS	
Aleniyet İlkesinin İhlaline Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Bağlanan Hukuki Sonuçlar	1467
Uğur ERSOY	
Çok Katmanlı (Aşamalı) Tahkim Kayıtları	1471
Bülent TIRYAKIOĞLU	
Çalışma Yaşamında Medarb İhtiyacı	1474
Levent AKIN	
Medarb'da Gizlilik Sorunu.....	1479
Emel HANAĞASI	
Medarb'da Tahkim Anlaşması	1486
Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU	
Sınır Dışı Etme Kararları Bakımından Çocukların Adalete Erişimi: Çocuğun Yüksek Menfaatinin Üç Boyutlu Karakteri Bağlamında Bir Değerlendirme	1491
Merve SİZER	
Tahdit Kodu Uygulamasında Adalete Erişim Hakkına İlişkin Bazı Sorunların Tespiti	1494
Müşerref Gülsüm ÖZDEMİR	
Uluslararası Koruma Sürecinde Adalete Erişime Yönelik Bazı Meseleler	1497
Neva Övünç ÖZTÜRK	
Sınır Dışı Etme İşlemlerinin Yargısal Denetiminin Usuli Güvenceler Bakımından Değerlendirilmesi	1501
Rüya İNANIR	

Göç ve Mülteci Hukuku Bağlamında Adalete Erişime Yönelik Değerlendirmeler ve Uzmanlaşma İhtiyacı Üzerine Tespitler.....	1504

Oturum Özeti

İdare Karşısında Birey Olabilmek	1509

Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

Birey Özerkliğini Çocuklar İçin Tartışma Gereği	1514

Dilara AĞAOĞLU CANAY

Adalete Erişimde Duraklar	1517

Fatma Süzgün ŞAHİN ÜNVER

Aydınlanma Perspektifinden Yargıç ve Bireyin Özerkliği	1522

Serdar ÜNVER



BAŞKANIN MESAJI

PRESIDENT'S MESSAGES

Kıymetli Meslektaşlarım ve Değerli Okuyucular,

Ankara Barosu olarak, hukuk devleti ilkesine ve insan haklarına olan bağlılığımızın bir göstergesi olarak, 1998 yılından bu yana düzenli aralıklarla gerçekleştirdiğimiz Uluslararası Hukuk Kurultaylarının 13'üncüsünü başarıyla tamamlamış bulunuyoruz.

Bu Kurultay, yalnızca bir akademik toplantılar silsilesi değil, aynı zamanda güncel hukuki sorunlar karşısında meslektaşlarımızın, akademisyenlerin ve uygulayıcıların ortak akılla çözüm üretme çabasını temsil etmektedir. Bugün yayımlanmakta olan bu kitap, Kurultay süresince sunulan bildirilerin ve yapılan tartışmaların bir arşivi olmasının yanı sıra, hukuk dünyasına yön verecek düşünsel bir miras niteliği taşımaktadır.

2023 yılında kamuoyuna açıklanan Yargı Reformu Strateji Planı, hukukun üstünlüğü hedefi doğrultusunda atılmış önemli bir adım olarak değerlendirilmelidir. Ancak unutmamak gerekir ki, reform kelimesi sadece niyet beyanlarını değil, bu niyetin arkasındaki kurumsal iradeyi, yöntemsel tutarlılığı ve hayata geçirme kararlılığını da kapsar. Bu bağlamda Ankara Barosu olarak, mevcut strateji planında yer alan birçok hedefin, uygulama aşamasında yetersiz kaldığını ve bu durumun reform fikrini anlamsızlaştırma riski taşıdığını kamuoyuyla paylaşma sorumluluğu duyduk.

Yargının üç kurucu unsurundan biri olan savunmanın –dolayısıyla avukatların ve baroların– sürece dahil edilmediği bir yargı reformunun, ne teorik temeli ne de uygulama gücü olacaktır. Ankara Barosu olarak, bu reform süreçlerine katkı sunmak, eksiklikleri ortaya koymak ve çözüm yolları üretmek amacıyla bu Kurultayı gerçekleştirdik. Katılımcı bir reform anlayışının inşası için, hukuk fakültelerinden yargı organlarına, yasa koyucudan akademiye kadar tüm paydaşların bir araya gelmesi gerektiğine inanıyoruz.

Gerçek anlamda bir yargı reformunun, yalnızca yasal metinlerin içeriği-

le değil, o metinlerin ruhuna uygun bir siyasal ve hukuki kültürle mümkün olacağı açıktır. Bu noktada, reformları mümkün kılacak olan temel unsur samimiyettir. Hukukun siyasetin aracı değil, toplumun adalet ihtiyacını karşılayan bağımsız bir yapı olması gerektiği yönündeki samimi inanç, tüm reform çabalarının başlangıç noktası olmalıdır.

Bugün geldiğimiz noktada, hukuk devletinin göstergesi olan bağımsız ve tarafsız yargı mekanizmasının ağır tahribata uğradığı; bireylerin hak arama özgürlüğünün şekli mekanizmalarla sınırlandığı; avukatların mesleki faaliyetleri nedeniyle hedef haline getirildiği; yüksek yargı organlarının kararlarının tanınmadığı bir ortamda yaşıyoruz. Bu durum, yalnızca hukukçuların değil, tüm toplumun ortak bir mücadele alanına davet edilmesi gerektiğini göstermektedir.

Hukuk eğitiminin niteliği, hukukunun niteliğini belirler. Hukuk fakültelerinin sayısındaki artış, nitelikli eğitimden ziyade nicel bir yığılma yaratmakta; mesleğe hazırlık süreci akademik kalite ve liyakatten uzaklaşmaktadır. Bu kurultayda dile getirilen en temel beklentilerden biri de, yükseköğretim politikalarının gözden geçirilerek liyakat esaslı, özgürlükçü, eleştirel ve etik değerlere dayalı bir hukuk eğitiminin inşasıdır.

Kurultayımız boyunca dile getirilen bir başka temel mesele ise, hukukun “gerçek”le olan ilişkisi olmuştur. Bugünün dünyasında, hakikatin görünmez kılındığı; gerçeğin üzeri yalanın kılığıyla örtüldüğü; hukukun ise siyasetin maskesi haline getirildiği bir çağda yaşıyoruz. Jean-Lon Grme’un “Kuyudan ıkan Gerçek” tablosu, bize bu çağın karanlığına karşı hukukunun görme, gösterme ve hakikati savunma sorumluluğunu bir kez daha hatırlatmaktadır.

Gerçeğin kuyuda saklandığı bir ülkede, hukuk da kuyuya atılmıştır. Ve bizler, o kuyunun başında bekleyen, gerçeği yeniden yeryüzüne çıkarmaya talip

olan hukukçularız. İşte bu kurultayın nihai hedefi budur: Hukuku, yani gerçeği, yalanın kılığı altından çıkarıp adaletin yüzünü yeniden görünür kılmak.

Bu hedefe ulaşmak için kararlılıkla çalışan, Kurultayımızın düzenlenmesinde emeği geçen Yürütme Kurulu üyelerine, Yönetim Kurulu'ndaki yol arkadaşlarıma, bildirileriyle katkı sunan kıymetli akademisyenlerimize ve her biri kendi alanında değerli birikimiyle katkı sağlayan tüm katılımcılara şükranlarımı sunuyorum.

Hukukun; vicdanı, akli ve insanlık onurunu temel alan bir gelecekte yeniden inşa edilmesi dileğiyle...

Ankara Barosu adına saygı ve umutla,

Av. Mustafa KÖROĞLU

Ankara Barosu Başkanı

SUNUŞ

Adalet sisteminde süregelen yapısal sorunlar ile toplumun adalet beklentisi, yargı alanında köklü ve bütüncül reformları zorunlu kılmaktadır. 2009'dan itibaren Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Yargı Reformu Strateji Belgeleriyle bazı adımlar atılmışsa da hukuk devletinin güçlendirilmesi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve hızlı, etkin bir adalet sisteminin tesisi konusunda arzu edilen düzeye ulaşılammıştır.

Yapılan değişikliklerin, yargıdaki temel dönüşüm ihtiyacını karşılamaktan uzak kaldığı ve mevcut sorunların toplumsal barış ile adalet duygusuna zarar verdiği açıktır. Adalet Bakanlığı'nın son strateji belgesi olan 3. Yargı Reformu Stratejisi kapsamında hazırlanan 6. Yargı Reformu Belgesi'nde; hukukun üstünlüğünün güçlendirilmesi, temel hak ve özgürlüklerin daha etkin korunması, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının pekiştirilmesi hedeflenmektedir. Ayrıca; yargı sisteminde şeffaflığın artırılması, yargısal süreçlerin sadeleştirilmesi, adalete erişimin kolaylaştırılması, savunma hakkının güçlendirilmesi ve makul sürede yargılanma hakkının etkin biçimde korunması yönünde somut adımlar atılacağı ifade edilmiştir.

Ankara Barosu 13. Uluslararası Hukuk Kurultayı'nın teması belirlenirken, bu sorun alanları ve çözüm arayışları esas alınmış; yargının tüm bileşenleri ile toplumun farklı kesimlerinden paydaşların katkısıyla reform önerilerinin tartışılması amaçlanmıştır.

2023 yılı, hukuk devleti, demokrasi ve insan hakları açısından ciddi kırılmaların yaşandığı, yargıya duyulan güvenin ciddi biçimde sarsıldığı bir dönem olmuştur. 6 Şubat'ta meydana gelen yıkıcı depremler, yalnızca fiziksel yapıları değil; kamu yönetimi, hukuk sistemi ve tüm kurumsal işleyişi derinden sarsmıştır. Bu felaket, özellikle afet sonrası hukuki sorumluluk, mülkiyet hakkı ve barınma hakkı gibi temel konuları kamuoyunun gündemine taşımıştır.

Aynı yıl içinde yapılan Cumhurbaşkanlığı ve milletvekili seçimleri ise siyasal yapının yeniden şekillenmesine yol açmıştır. Özellikle Yüksek Seçim Kurulu'nun kararları çerçevesinde seçim hukukuna ilişkin uygulamalar, şeffaflık ve tarafsızlık ilkeleri bağlamında yeniden değerlendirilme ihtiyacını ortaya koymuştur.

2023 yılı, yargıya duyulan toplumsal güvenin belirgin şekilde zayıfladığı ve yargının siyasallaştığına dair kaygıların kamuoyunda açıkça dile getirildiği bir dönem olmuştur.

Özellikle ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri hakkı ile basın özgürlüğü gibi temel haklara ilişkin verilen yargı kararları; yüksek yargı organlarının kararlarının uygulanmaması ya da geciktirilmesi gibi örneklerle birlikte, yargı bağımsızlığına gölge düşüren ciddi sorunları ortaya koymuştur.

Toplumsal uyuşmazlıkları çözmesi beklenen yargının, zaman zaman bizzat bu uyuşmazlıkların kaynağı olarak görülmesi; adaletin tesisi gibi en temel işlevinden uzaklaştığını göstermektedir.

Hatay Milletvekili Şerafettin Can Atalay hakkında verilen Anayasa Mahkemesi kararına uyulmamasıyla başlayan süreç, yalnızca bir yargı krizi değil, aynı zamanda derin bir demokratikleşme sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı tartışmaya açılmış; bu durum, yeni bir anayasa tartışmasını da beraberinde getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının bağlayıcı niteliğine rağmen uygulanmaması ya da gecikmeli uygulanması, “hukukun üstünlüğü” ilkesinin zayıfladığı ve yerini giderek “yürütmenin üstünlüğü”ne bıraktığı yönündeki endişeleri derinleştirmiştir.

Dezenformasyon yasasıyla birlikte ortaya çıkan yaygın otosansür, ifade özgürlüğü alanındaki güvencesizliğin somut bir göstergesi hâline gelmiştir.

Öte yandan, yargı mensuplarının atama, terfi ve disiplin süreçlerinde yürütmenin etkisinin artması; Hâkimler ve Savcılar Kurulu’nun yapısal bağımsızlığına yönelik eleştirilerle birleştiğinde, yargının tarafsızlığı ciddi biçimde tartışmalı bir hâl almıştır.

Yargılamaların kural olarak kamuya açık olması gerekirken bazı önemli davalarda medyaya sansür uygulanması ve basın organlarına erişimin engellenmesi, yargı süreçlerinin şeffaflığını zedelemektedir. Ayrıca, adli verilere ve yargı istatistiklerine erişimin kısıtlı olması, hukuk politikalarının nesnel biçimde değerlendirilebilmesini de önemli ölçüde güçleştirmiştir.

Yurttaşların adalete erişimi, yargı süreçlerindeki karmaşık ve katı usuli düzenlemeler nedeniyle giderek zorlaşmaktadır. Özellikle idari ve vergi yargısındaki gecikmeler, hak arama yollarını etkisiz ve işlevsiz hâle getirmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda kadın lehine yapılan yasal düzenlemelere rağmen, kadın cinayetlerinin ve kadına yönelik şiddetin önlenememesi, bu sorunun toplumsal yapının tüm kesimlerine sırayet ettiğini göstermektedir. Kırılğan gruplar arasında yer alan çocuklar, kadınlar, göçmenler ve LGBT+ların adalete erişiminde karşılaştıkları yapısal engeller ise hâlen varlığını sürdürmektedir.

Avukatların, özellikle savundukları müvekkillerle özdeşleştirilerek yargılanmaları; toplumsal davalarda müdafî sayısına getirilen sınırlamalar, dosyalara erişim engelleri ve müvekkilleriyle görüşmelerine izin verilmemesi gibi ciddi hak ihlalleri yaşanmaktadır. Bu durum, savunma hakkının evrensel ölçekte korunmasının ne kadar vazgeçilmez olduğunu bir kez daha ortaya koymuştur.

Çoklu Baro sistemi ile getirilen kutuplaştırma, Barolara yüklenen ekonomik sorumluluklar ve Baroların insan hakları savunma görevlerinin önüne konan engellemeler; Baroları güçsüzleştiren, Avukatlık Kanunu'nda mesleğin aleyhine yapılan düzenlemeler ile savunmanın etkisizleştirilmeye çalışıldığı, Baro yöneticilerinin yargılandığı, adliye önünde yaptıkları basın açıklamalarına müdahale edildiği ve mesleklerini icra ettikleri birçok mecrada fiziksel şiddetle karşı karşıya kaldıkları bir sürece tanıklık etmemize neden olmuştur.

Açılan dava sayılarındaki artış, yargı mensubu sayısındaki yetersizlik ve iş yükünün artması, makul sürede yargılanma ilkesinin ciddi biçimde ihlal edilmesine neden olmuştur. 2023 verilerine göre, birçok dosyada karar süresi yılları bulmuş, bu da hem bireysel hak ihlallerine hem de sistemsel tıkanıklığa yol açmıştır. Diğer yandan, makul sürede yargılanma sorunu, mahkemelerin iş yükünün artması ile birlikte yeni açılan mahkemelerle çözülmeye çalışılmış ise de çözümün sadece niceliksel değil, çok daha büyük bir yapısal sorun olduğunu ortaya koymuştur.

Hukuk mesleklerine giriş sınavının hayata geçirilmesi, yargı sisteminin niteliğini artırma yönünde atılmış önemli bir adım olmuştur. Hukuk fakültesi sayılarının ve bu fakültelere alınan öğrenci kontenjanlarının azaltılması ise, özellikle avukatlık

mesleğinin kalitesine olumlu katkı sağlayacaktır.

Öte yandan, hâkim ve savcı niteliğinin yükseltilmesi amacıyla meslek içi eğitimlerin içerik bakımından çeşitlendirilmesine ihtiyaç duyulmakta; bu bağlamda, hâkim ve savcılarının mesleki gelişim süreçlerinde yapısal özelliklerine uygun izleme ve atama sistemlerinin geliştirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Tam da bu nedenle, kurultay kapsamında hukuk eğitiminin çeşitli boyutları bütüncül bir yaklaşımla ele alınmıştır. Hukuk öğrencilerinin perspektifinden hukuk fakültesi eğitimi, Adalet Akademisi bakış açısından hâkimlik ve savcılık meslek eğitimi ile Baroların yaklaşımı çerçevesinde avukatlıkta meslek içi eğitim ve staj süreçleri gibi temel başlıklar tartışmaya açılmış; artan “nitelik kaybı” eleştirilerine karşılık olarak, hukuk eğitiminin kalitesini artırmaya yönelik somut çözüm önerilerinin sunulması hedeflenmiştir.

Mevcut yargı sistemimizin yapısal sorunlarını daha görünür kılmak ve reform ihtiyacını daha güçlü bir şekilde dile getirmek amacıyla düzenlenen 13. Uluslararası Hukuk Kurultayı’nda, yurt dışından katılan konuşmacılar ve sunulan tebliğler sayesinde farklı ülkelerdeki deneyimleri görme imkânı bulduk. Bu perspektifle, yargı reformunun yalnızca mevzuat değişikliğiyle değil; kültürel ve zihinsel dönüşümle mümkün olduğu açıktır.

Kurultaya sunumlarıyla, katkılarıyla, fikir ve eleştirileriyle değer katan tüm katılımcılara; sürece bilgi ve birikimleriyle rehberlik eden Bilim Kurulu üyelerine; ev sahipliği yapan Ankara Barosu Başkanı Av. Mustafa Köroğlu’na, Ankara Barosu Yönetim Kurulu’na; saha ekibimize ve emeği geçen tüm çalışma arkadaşlarımıza içtenlikle teşekkür ederiz.

Kurultay, birlikte düşünmenin, birlikte üretmenin ve adalet duygusuna yeniden güç kazandırmanın mümkün olduğunu bir kez daha göstermiştir.

Adaleti konuşmaya ve yaşatmaya kararlıyız.

Saygılarımızla,

**Ankara Barosu 13. Uluslararası Hukuk Kurultayı
Yürütme Kurulu**



NE GÜCE
BOYUN EĞERİZ
NE HUKUKSUZLUĞA

Ankara Barosu



ANKARA BAROSU



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

TAM METİNLER



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

**1. GÜN
11 OCAK 2024**

Cumhuhriyetin 100. Yılında Yargı

Sibel İNCEOĞLU^[1]

Sayın Başkan ve değerli meslektaşlarım hepinizi saygıyla selamlıyorum. Ankara Barosunun 2000’li yılların başından bu yana devam eden ve gelenekselleşen Uluslararası Hukuk Kurultay’larının on üçüncüsünde “ana konuşmacı” olarak davet edilmekten onur duyduğumu belirtmek isterim. Sayın Başkana buradan da şükranlarımı sunmak istiyorum.

Ankara Barosu’nun gelenekselleşmiş Kurultayı’nın bu seneki konusu “Yargı Reformu”. “Yargı reformu strateji”leri 2005’te başlayan Avrupa Birliği’ne katılım müzakereleri sürecinde, AB yetkililerinin, Türkiye’ye “yargının tarafsızlığı, bağımsızlığı ve etkililiğinin güçlendirilmesine yönelik bir yargı stratejisini” Komisyona sunması gerektiğini dile getirmesinden sonra hazırlanmaya başlanmıştır. İlk yargı reformu stratejisi 2008-2013 yıllarını kapsayacak şekilde yayımlanmış, ardından AB’ye katılım amacı artık hiç dile getirilmediği halde belirli aralıklarla bu strateji planları yayımlanmaya devam etmiş ve reform paketleri açıklanmıştır.

Kurultayın bu başlangıç konuşmasında benim, Adalet Bakanlığının “yargı reformu” adı altında hazırladığı yeni paketleri inceleme gibi bir niyetim yok, AB’ye katılacağımıza umut bağlayabilecek kadar naif olduğumuz geçmiş dönemlerde bunu çok yaptık. Benim niyetim, tam tersine, “yargı reformu örtüsü” altında yapılanlarla 100 yıllık Cumhuriyet tarihimizde nereden nereye geldiğimizi tespit etmek olacak. Bu tespiti yaptığımda, neden artık yargı reformu adı altında siyasi iktidarın yapmak istedikleriyle ilgili konuşma yapmayı gereksiz bulduğum da kendiliğinden ortaya çıkacaktır.

İsterseniz önce şöyle kısaca geçmişe bir bakalım.

[1] • Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

Osmanlı'dan 1961 Anayasası'na uzanan yolculuk

Osmanlı'daki anayasal gelişmelerden bu yana yargının bağımsız olduğu anayasalarımızda yazar. 1876 Anayasası'na göre, “mahkemeler her türlü müdahaleden azadedir” (md 86). Ancak bu hüküm, Sultan Abdülhamit'in Anayasa'yı tümüyle askıya alması ile ortadan kalkmış, II. Meşrutiyet döneminde de İttihat ve Terakkinin uygulamaları Anayasa'yı hiçe saymıştır.

1921 Anayasası ise yargıya yer vermemiştir; savaş yıllarını kapsayan ve sadece üç yıldan biraz fazla ömrü olabilen tarihimizin bu en kısa anayasası, olağanüstü koşulların ürünüdür, dolayısıyla bu durum olağan karşılanmalıdır.

1924 Anayasası da kendi döneminin ruhunu yansıtmaktadır. Yasamanın üstünlüğünün sağlanmasının bir ulusun özgürce yaşayabilmesi için yeterli görüldüğü Avrupa Kıtasının ve çağının özelliklerini yansıtmaktadır. Monarşiye karşı verilmiş halk mücadelesinin parçası olarak ulus veya halk egemenliğinin kurulması yeterli bir güvence olarak görülmektedir. Bu nedenle 1924 Anayasası 1921 Anayasası gibi, kuvvetler birliği ilkesini kabul etmiş ve egemenliğin yalnızca Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından kullanılacağını belirtmiştir. Buna rağmen aynı Anayasa'da yasama ve yürütmeden “vazife” olarak bahsedilirken, yargıdan “kuvvet” olarak bahsedilmesi, o günkü tarihsel koşullarda ilerici bir tercihtir. Monarşiye karşı verilen mücadeleden zaferle çıkmasına rağmen 1924 Anayasası'nı yapan TBMM'nin, yasamanın üstünlüğüne tamamen teslim olmadığını göstermektedir.

1924 Anayasası'nda adil yargılanma hakkı ve yargı bağımsızlığına ilişkin de 53. maddeden başlayarak 60. maddeye kadar çeşitli yargısal güvencelerin sağlandığını söyleyebiliriz. Ancak Anayasa'nın uygulanması safhasında, belirtilen güvencelere uyulduğu söylenemez; çünkü yasama organı karşısında bir koruma mekanizması oluşturulamamış, Anayasa'da getirilen güvenceler uygulamada “kanun dairesinde” sınırlandırılmıştır.

Anayasa'nın yukarıda belirtilen hükümleri paralelinde, önce 03.03.1926 tarihli 766 sayılı Hâkimler Kanunu'nda, İntihab Encümeni olarak adlandırılan ve hâkimlerin mesleğe kabulü, terfileri, yer değiştirmeleri ve disiplin işlerine bakan bir Kurul oluşturulmuştur ve bu Kurulun üye yapısında

ağırlık, Adalet Bakanlığı temsilcilerindedir (8. md).

Daha sonra 766 sayılı Kanun kaldırılmış, yerine gelen 1934 tarihli 2556 sayılı Hâkimler Kanunu'nun 4. maddesinde, hâkim adaylığına kabul tümüyle Adalet Bakanlığı'na bırakılmıştır. Kanunun layihasında diğer ülkelerin, örneğin doğrudan halk tarafından seçimi veya diğer hakimler tarafından seçimi gibi atama biçimleri incelenmiş, faydaları ve mahzurları sıralandıktan sonra en doğrusunun yürütme organı ataması ile olması kanaatine varılmıştır. Ancak yine de hakimlerin mesleğe kabulünde liyakatın önemine dikkat çekilerek, yürütmenin keyfililiğinin önlenmesi için bazı önlemler alınmaya çalışılmıştır. Bu konudaki titizlik dikkat çekicidir. Kanunun 4. maddesine göre, Bakanlık kaç hakim alınacağına karar verdikten sonra, bu sayıdan fazla talipli olursa adaylığa kabulde diploma derecesinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Adaylar arasından seçilenler yazılı ve sözlü muavinlik sınavına kabul edilmektedir. Ayırma Meclisinin hazırladığı defterler üzerinden hâkim ve savcıların atamaları yapılmaktadır. Hakim ve savcıların terfilerinde de Ayırma Meclisi yetkilidir; Meclis'in oluşumunda, bakanlıktan çok yargı üyeleri çoğunlukta görünse de, Yargıtay başkan ve üyelerinin seçimi de yürütme organına ait olduğundan, esas olarak yürütme erkinin etkililiği çok açıktır. Söz konusu yargısal yapılanmanın, yürütmenin etki gücü dikkat alındığında bugünkü HSK'ya benzediğini söylemek mümkündür.

Anılan Kanun'da 1949 yılında yapılan değişiklikten sonra, yürütmenin hâkimlere etki etme olanağı genişlemiştir; "takdire" bağlı olarak görevden çıkartılabilmeleri olanağı sağlanmıştır. Son olarak, Demokrat Partinin son dönemlerinde, resen emeklilik yasası çıkarılarak, yargı üzerindeki baskı daha da artırılmıştır. Dolayısıyla, 1924 Anayasası'nda ve bu Anayasa doğrultusunda düzenlenen 776 ile 2566 sayılı Kanunlarda, yargı bağımsızlığından bir kavram olarak söz edildiği, ancak kurumsal veya bireysel olarak bağımsızlık ile tarafsızlığı sağlamaya yetecek adımların atılmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz.

1961 Anayasası'nın sunduğu yargı bağımsızlığındaki sıçrama

1961 Anayasası'na geldiğimizde ise, anayasal demokrasi bütün güvenceleriyle oluşturulmak istendiği için, iki meclisli parlamentoya ve Anayasa Mahkemesi'ne sahip bir egemenlik anlayışı kabul edilmiş, erkler ayrılığı esnek olan parlamenter rejim öngörülmüş; erkler arasında öncelikle yargı güçlendirilmeye çalışılmıştır. Anayasa'nın 4. maddesinde "Millet, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle

kullanır” denilerek, egemenliği kullanan erkler arasında zımni olarak yasama ve yürütmenin yanı sıra yargı da sayılmıştır. Artık yasamanın üstünlüğünün hak ve özgürlükleri korumak ve anayasal yönetimi sağlamak için yeterli olmadığı anlaşılmış ve dünyadaki anayasacılık hareketlerinin geldiği noktaya uyum sağlanarak, erkler arası eşitlik sağlanmıştır. Hem yargı bağımsızlığının güvencelenmesi hem de Anayasa Mahkemesi’nin kurulmasıyla anayasal demokratik hukuk devleti bakımından büyük bir sıçrama gerçekleştirilmiştir.

Yargı bağımsızlığı için çok önemli güvenceler ilk defa Anayasa’ya girmiştir. Yargı güvenceleri yasama organının takdirine bırakılmamış, Anayasa’da açıkça dile getirilmiştir. Örneğin hâkimlerin azlolunamayacağı, kendileri istemedikçe, Anayasa’da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacakları, altmış beş yaşını bitirinceye kadar hizmet görecekları ilk akla gelenlerdir.

1961 Anayasası’nın yargı alanında getirdiği en önemli yeniliklerden bir diğeri de hâkimlerin bağımsızlığını sağlamak üzere, Yüksek Hâkimler Kurulu adıyla anayasal bir kurum öngörmesidir. Yeni düzenleme ile hâkimlerin atama, disiplin, denetim, özlük işleri hakkında karar verme yetkisi, bu Kurulu’na verilmektedir. 1961 Anayasası yargı bağımsızlığı konusunu, ağırlıklı olarak hâkimlerin kendilerinin seçtikleri bir Kurul ile çözmek istemiştir (md 143).

Kurul’un oluşumunda yasama organına da yer verilerek, ayrıca Yargıtay üyelerine ilaveten birinci sınıfa ayrılmış hâkimlere de Kurul’a üye seçme hakkı tanınarak çoğulcu bir düzenleme getirildiği görülmektedir. Yürütme organının önceden sahip olduğu hâkimlerin mesleğe kabulleri, terfileri, tayinleri, yerlerinin değiştirilmesi, görevlerine son verilmesi gibi yetkilerine son verilmiştir. YHK’nın (1) Başkanını kendi içinden seçeceği, (2) iki defa üst üste YHK üyesi seçilemeyeceği, (3) her iki yılda bir üyelerinin yarısının yenileneceği hükümleri, (4) Adalet Bakanı’nın Kurul’daki oylamaya katılamayacağı gibi önemli güvenceler getirilmiştir. Ayrıca (5) Adalet Bakanı’nın bir hakim hakkında doğrudan disiplin soruşturması açma ya da disiplin soruşturmasının açılmasını engelleme yetkileri ortadan kaldırılmıştır (md 144). Yetkisi sadece disiplin soruşturması açılmasını YHK’dan talep etmekle sınırlandırılmıştır. Kaldı ki bu dönemde hâkimler, kurul kararlarına karşı Danıştay’da iptal davası açabilme hakkına da sahiptirler.

Söz konusu güvencelere bakıldığında, bugün 21. yüzyılda bağımsız bir yargı için uluslararası belgelerde önerilen üst kurul yapısının, daha 20. yüzyılın ortalarında, 1961 Anayasası’nda ciddi ölçüde yerine getirilmiş oldu-

ğunu ve oldukça ileri bir yapı öngördüğünü teslim etmek gerekir. Bu yapı 1971 askeri müdahalesi ve ardından gelen 1980 darbesi sonucu yapılan anayasalarımızla adım adım geriye gitmiştir. Zaman zaman bazı iyileştirme girişimleri olsa da bu güvencelerin önemli bir kısmı hiçbir biçimde geri gelmemiştir. Adalet Bakanının rolü 1971’de güçlenmiş ve bir daha kaldırılmamıştır.

1971 Askeri müdahalesinin yarattığı aşınma

Türk Silahlı Kuvvetleri’nin 12 Mart 1971 muhtırası ile Demirel Hükümetini istifaya zorlayarak, ordu desteğinde bir partiler üstü geçici yönetim kurulmasını sağlaması ertesinde, 1971-1973 ara rejim döneminde yapılan değişiklikler, daha önce belirttiğim gibi, ilk kırılma noktasıdır. 1961 Anayasası’nın ilk hali ile yargının siyasallaşmasını önleyebilmek, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayabilmek amacıyla Hâkimler Yüksek Kurulu kurulmuş, Kurul’un oluşumunda da TBMM’ye ve birinci sınıfa ayrılmış hakimlere üçte birlik paylar verilerek çoğulculuk gözetilmeye, gö-reli olarak dengeli bir yapı oluşturulmaya çalışılmıştı. 1971 değişiklikleriyle bu yapı terk edilerek, tamamen Yargıtay kontrolünde üye seçimine dönüştürülmüştür; dönemin Türkiye Barolar Birliği, TBMM’nin Kurul’a üye seçme usulünün kaldırılmasını desteklese de, diğer hakimlere seçme ve seçilme imkanı tanımayan bu yapıyı “Yargıtay Vesayeti” oluşturacağı gerekçesiyle eleştirmiştir. Anayasa’nın 143. maddesinde yapılan bu değişikliklerle ayrıca, Kurul üyelerinin, görev süreleri sona erdikten sonra yeniden seçilebilmelerinin önü ne yazık ki açılmış, Adalet Bakanı’nın gerekli gördüğü hallerde Kurul toplantılarına başkanlık ederek oy kullanabilme hakkına sahip olması da sağlanmıştır. Bu dönemde yapılan en dikkat çekici ve vahim değişikliklerden bir diğeri ise, artık hem Hakimler hem de Savcılar Kurulları’nın kararlarına karşı yargı yolunun kapatılması, kararlarının kesin hale getirilmesidir.

Ancak 1977’de, 1961 Anayasası’yla güçlü güvenceler verilerek kurulan Anayasa Mahkemesi, itiraz yoluyla önüne gelen bu son değişiklikleri, bir anayasa değişikliği olmasına rağmen, değiştirilme yasağı olan maddelere aykırı görerek iptal etmekten çekinmemiştir.^[2] Aslında “anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun” özgürlükçü bir bakış açısıyla, anayasanın telosuna uygun biçimde denetleme örneklerinden en önemlisi sunulmuştur. YHK ve YSK’nın kararlarını yargı denetimine kapatan Anayasa değişiklikleri, 1. md’yle birlikte değiştirilemez olduğu kabul edilen 2. md’deki

[2] E. 1976/43, K. 1977/4, 27.01.1977. E. 1977/82, K. 1977/117, 27.09.1977.

insan hakları ilkesine, İHAS'a da atıf yapılmak suretiyle, aykırı bulunmakla kalınmamış, hukuk devleti ve hukuk devletinin bir parçası olan eşitliğe de aykırı bulunmuştur. AYM şöyle demektedir: “*Hâkimi yargı yoluna başvurma hakkından yoksun olan bir devlette, bireylerin hukuksal güvenceye sahip olduğu savunulamaz... Yüksek Hâkimler Kurulunun kararlarına karşı yargı yerine başvurulamaması Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ters düşer... Bütün kamu görevlilerine ve bu arada Yargıtay ve Danıştay hâkimlerine Özlük haklarıyla ilgili olarak uygulanan idari işlemlerden dolayı yargı yoluna başvurma hakkı tanındığı halde, adliye mahkemeleri hâkimlerine bu hak tanınmamaktadır. Bu durumun eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı herhangi bir kuşkuyla yer vermeyecek derecede açıktır.*”

AYM'nin daha 1977 yılında yazdığı bu gerekçeye çok benzer bir gerekçe, 1982 Anayasası'yla tekrar yargı denetimine kapatılan HSYK kararları nedeniyle, 44 yıl sonra İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Bilgen* kararında^[3] 2021 yılında yer almıştır.

AYM, o dönemde “*anayasanın bekçisi*” olma rolünü başarılı bir biçimde cesaretle göstermiştir. Gerçi AYM, anayasa değişikliklerini denetleyen kararları nedeniyle son dönemlerde *jüristokrasi* oluşturmakla eleştirilmişse de özgürlüklerin güvencesi olma rolü *jüristokrasi* olarak değerlendirilemez. Anayasanın gereğini üstelik özgürlükçü yönünün gereğini yerine getirmek yetki sınırlarını aşan bir aktivizm olarak görülemez, görülmemelidir.

AYM'nin aslında askeri vesayeti korumak için kurulduğunu savunacak kadar ileri gidenler de olmuştur. Oysa bir askeri müdahale sonucu gerçekleştirilen YSK ve YHK'ya ilişkin bu değişikliklerin, AYM tarafından iptal edilebilmesi bize durumun hiç de öyle olmadığını gösteriyor. Ayrıca, ilginç olan, askeri bir müdahale sonucu gerçekleşen bu değişikliklerin hem iptali lehine (Hasan Gürsel) hem de aleyhine (Abdullah Üner) oy kullananlar arasında yine darbe sonucu oluşturulmuş Yassıda Mahkemesinin yargıçlarının bulunmasıdır. Bu ilginç durum, bu tür yargısal denetimleri askeri vesayetle ilişkilendirmenin anlamsızlığını bir kez daha doğrulamaktadır.

1982 Anayasasıyla başlayan geriye gidiş

1982 Anayasası döneminde de “yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı” yönündeki hüküm ve diğer anayasal güvencelerin bir kısmı devam etmiştir. Ancak, görünürdeki bu güvencelere rağmen

[3] *Bilgen v. Turkey*, (Appl. N. 1571/07), 09.03.2021.

men 1982 Anayasası ile ciddi bir geriye gidişi görmek mümkündür. 1980 darbesinin hemen ertesinde, 1981'in Mayıs ayında çıkarılan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ile, daha 1982 Anayasası yapılmadan önce, Yüksek Hakimler Kurulu kaldırılmış ve yeni bir Kurul kurulmuştur. Diğer bir deyişle, aslında 1982 Anayasası'na göre oluşturulan bir "yeni kurul" yoktur, darbecilerin dizayn ettiği Kanuna göre kurulmuş Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na 82 Anayasası'yla anayasal güvence sağlanmıştır. Üstelik bu Kanun 2010'da yürürlükten kaldırılıncaya kadar Anayasa'nın geçici 15. md'sinin koruması altında Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyen düzenlemeler arasında himaye edilmiştir.

1971-1973 değişiklikleriyle başlayan yürütmenin yasama ve yargı üzerinde hakimiyet kurma eğilimi 1982 Anayasası ile daha da güçlenmiştir. Örneğin 1961 Anayasası dönemi sadece savcılarının idari yönden Adalet Bakanı'na bağlılığı var iken, 1982 Anayasası'nda bu hakimlere de teşmil edilmiş; hâkim ve savcılar idari yönden Adalet Bakanı'na bağlı kılınmıştır.

Yine 82 Anayasası ile, hâkim ve savcılarının denetimini düzenleyen 144. madde, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak, hâkim ve savcılarının denetim yolunun açılmasını birleştirilerek Adalet Bakanı'nın iznine tabi kılmış; hâkim ve savcılar hakkında gerektiğinde inceleme ve soruşturmanın Adalet Bakanlığına bağlı olarak çalışan adalet müfettişleri tarafından yapılmasına olanak sağlamıştır.

1982 Anayasası'nın 159. maddesinin belirlediği yeni Kurul, 1961 Anayasası'nın öngördüğü yapıdan oldukça farklıdır. İlk olarak kurulun oluşum şekli incelendiğinde, Adalet Bakanı ve Müsteşarı'nın Kurul'un doğal üyesi haline getirildiklerini görmekteyiz. İlk olarak 1924 Anayasası döneminde İntihab Encümeni'nde yer alan, daha sonra 1961'de kalkan, 1971'de sadece Savcılar Kurulu'nda yer verilen "Bakan müsteşarının kurulda yer alma usulüne" 1982'de geri dönmüştür. Bu değişikliğin etkisi çok çeşitli şekillerde görülmüştür; örneğin 2007 yılında, Kurul'un doğal üyesi olan Müsteşar'ın toplantılara katılmaması sebebiyle HSYK da toplanamadığından, bir dönem karar alınamaz hale gelmiştir.

HSYK'nın üye sayısı ve üyelerin kaynağı dikkate alındığında da demokratik hukuk devleti ile bağdaşmayan bir düzenlemenin kabul edilmiş olduğu söylenebilir. Öncelikle temsil kabiliyeti oldukça daraltılıp, yedi üyeli hale getirilen HSYK'nın Başkanı Adalet Bakanıdır, Bakan Müsteşarı ise Kurul'un doğal üyesidir. Kurul'un üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay, iki asıl ve iki yedek üyesi ise Danıştay üyeleri arasından ve onların gösterdiği

adaylar içinden Cumhurbaşkanınca seçilmektedir. Yürütme organının parçası olan iki üyesi dışında, üyelerinin tamamının yüksek yargı organı üyeleri arasından seçilmesi, yine bizzat hâkim ve savcılarca eleştirilmiştir. Yargı bürokrasisi üzerinde önemli yetkileri olan Kurul'da yüksek mahkeme üyeleri dışındaki yargı mensuplarının bulunmaması, *kooptasyon* adı verilen bir sisteme neden olmuştur.

Hâkimlerin ve savcıların bağımsızlıkları ile tarafsızlıklarının sağlanması açısından, Kurul'un kendisine ait bir sekreteryasının, binasının bulunmaması, personel ve bütçesinin Adalet Bakanlığı'na bağlı olması, Teftiş Kurulunun Adalet Bakanlığına bağlı olarak çalışması, diğer olumsuz unsurlar arasındadır. Ayrıca 1982 Anayasası'nda, HSYK kararları tümüyle yargı denetiminin dışında tutulmuştur; hakimlerin ve savcıların mesleğe kabulündeki usul tamamen yürütme kontrolünde olduğundan bu aşamanın da siyasi etkiye tamamen açık olduğunu belirtmek gerekir. Bu durum yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkesi ile tezat oluşturmıştır. 1961 Anayasası ile yargı bağımsızlığı sağlanmaya çalışılmışsa da 1982 Anayasası ile tekrar geriye dönüş yaşanmıştır.

2010 Anayasa değişikliği ile başlayıp bugüne uzanan “Rekonstrüksiyon”

2010 yılına gelindiğinde, yargıyı bağımsız ve tarafsız hale getirme iddiası ile 1982 Anayasası'nda değişiklik yapma yoluna girilmiştir. Fakat gerçekleşen bu değişiklikler yargıyı bağımsız ve tarafsız hale getirememiştir. Venedik Komisyonunun 2011 yılının Mart ayında yayımladığı raporda, söylediği gibi “*ana felsefe değişmemiştir, “yargının idare ve denetimini politikleştirme geleneğinin üstesinden gelinememiştir”*”.

Yargıcılık ve savcılık mesleğine kabul edilebilmek için önce adaylık statüsüne (2022 sonrasında hakim ve savcı yardımcılığına) kabul edilmek gerekmekteydi. Bu aşamada iki sınav yapılmakta bunlardan biri yazılı diğeri sözlüdür. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 9. Maddesinde 2005’de yapılan değişiklik, mülakat yöntemini kabul etmiş ve Adalet Bakanlığı'na yönetmelik düzenleme yetkisi tanımıştır, böylece mülakatın *Adalet Bakanlığı personeline* yapılmasına olanak sağlanmıştır. Bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından ne yazık ki iptal edilmemiştir. Mülakatta değerlendirilecek bazı konuların (genel ve fiziki görünüm, davranış ve tepkilerin mesleğe uygunluğu gibi) sübjektifliği de ayrıca dikkat çekicidir.

Bu usul, yürütmeye, hakim ve savcılarının mesleğe atanmalarında önemli bir hakimiyet olanağı sunmuştur. Söz konusu hakimiyet sayesinde o günkü ismiyle Gülen cemaati, bugünkü adıyla FETÖ terör örgütü üyesi sayısı yargı camiasında giderek artmıştır. Böyle bir ortamda, 12 Eylül 2010'da HSYK'nın yapısı ve işleyişi değiştirilmiştir. Bu anayasa değişikliği, FETÖ terör örgütünün HSYK üyelerinin belirlenmesinde baskın rol oynamasının önünü açan bir araca dönüşmüştür.

2010 Anayasa değişiklikleri, HSYK'nın üye sayısını artırmakla kalmamış (22 asıl 12 yedek), sadece yüksek mahkemelerden (Yargıtay ve Danıştay) üye seçilmesi yerine birinci sınıfa ayrılmış adli ve idari yargı hakim ve savcılarını arasından da üye seçilmesine olanak vermiştir. Müfettişler HSYK'ya bağlanmıştır. Sadece meslekten ihraç kararları yargı denetimine açılmıştır.

İlk bakışta, belirli yönleriyle uluslararası belgelerle uyumlu bir değişim gibi görünse de, anayasal ve yasal düzenlemelerdeki kurumsal bağımsızlığa yönelik güvencelerin eksik bırakılmasına (HSYK üyesi seçiminde TBMM'nin rolü yerine Cumhurbaşkanı'nın rolünün ön plana çıkarılması, HSYK kararlarının tamamının yargısal denetime açılmaması, HSYK üyesi seçiminde adalet müfettişlerine de hakim savcı sınıfından kabul edilerek oy kullandırılması ve Kurula seçilebilmelerinin önünün açılması, özellikle yargıç ve savcılarının atanma süreçleri aynı bırakılarak, liyakatten çok siyasi etkiye açık bırakılması), yargıç ve savcılar için bireysel güvencelere yönelik değişikliklerin ihmal edilmesine (disiplin cezası gerektiren fiillerin muğlaklığı, disiplin süreçlerindeki adil yargılanma haklarının eksikliği, HSYK kararlarının tamamının yargısal denetime açılmaması, yargıcın yerinin kolaylıkla değiştirilebilmesi, hem coğrafi hem de görevli olduğu il ve mahkeme bakımından yer güvencesi eksikliği ile yargıç ve savcının kariyerlerinde ilerlemelerine ilişkin usul ve ölçütlerde eksiklik vs.), adli ve idari yargı yargıç ve savcılarını arasından seçilen üyelerin seçim usulünün AYM tarafından iptal edilmesi^[4] ve yaratılan politik ortam eklenince pratikte bambaşka bir sonuç ortaya çıkmıştır.

Burada küçük bir parantez açmak isterim, alt mahkemelerden seçilen üyelerin seçim usulünün AYM tarafından iptal edilmesi de bir anayasa

[4] 2010 Anayasa değişikliğinin ilk halinde her yargıç ve savcının sadece bir aday için oy kullanma zorunluluğu öngörülmekteydi. Anayasa Mahkemesi bu değişikliği Anayasa'nın değişmez maddesi olan 2. md'deki demokratik hukuk devletine aykırı bularak iptal etmiştir. E. 2010/49, K. 2010/87 ve 07.07.2010 tarihli kararı.

değişikliğinin değişmez maddelere uygunluk denetimiymiş. Ancak bu iptal kararı, 1961 Anayasası dönemindeki iptal kararlarının tersine, HSYK'nın yapısı açısından, en azından kağıt üzerindeki olumlu yanını tümüyle ortadan kaldırmıştır; HSYK içinde sınırlı da olsa çoğulcu bir yapı ortaya çıkabilme ihtimalini tamamen yok etmiştir. Venedik Komisyonunun da belirttiği gibi bu usul sadece çoğunluk görüşünün HSYK'da temsil edilmesi sonucunu doğurmuştur. Yargıda o sırada güçlü bir biçimde, üstelik gizli ve kılık değiştirebilen bir yöntemle örgütlü olan gurubun, o günkü adıyla Gülen Cemaati bu günkü adıyla FETÖ terör örgütü olduğu, yargıç ve savcıların yaptığı seçimler sonucunda ortaya çıkmıştır. HSYK seçimlerini Adalet Bakanlığı ve Bakanlık içinde örgütlü olan bu örgüt yönlendirmiş, sonuç olarak 2010 değişikliği yargı içinde bu grubun yerini sağlamlaştırarak öteye geçememiş, yargı tamamen araçsallaştırılmıştır. Bu kadar yıl FETÖ'nün yargı içinde bu denli örgütlenmesine nasıl olup da göz yumulduğu ise ayrı ve çok ciddi bir sorudur. Bugün olduğu gibi o zaman da hakim ve savcı alımında Adalet Bakanlığı'nın tam yetkili olduğu göz önüne alınca, bu konuda 2010 yılı öncesinde rol alan bütün siyasilerin, özellikle de 2000'lerin ilk on yılının Adalet Bakanları ve Bakanlık bürokrasinin hesap vermemiş olması son derece şaşırtıcıdır.

2016 darbe girişimi ertesinde, 4.000'den fazla yargı üyesi atılarak FETÖ örgütü tasfiye edilirken, alelacele niteliğe bakılmadan yine yürütme organının kontrolünde 6.000'e yakın hakim ve savcı alınmıştır. Bunların bir kısmı iktidarı paylaşan siyasi partilerle yakın ilişki içindeki avukatlar olmuştur. Bu sayede yargı, belki de hiç olmadığı kadar siyasi iktidarın yö-rüngesine girmiştir.

2016 darbe girişimi sonrası Kanunda yapılan değişiklikle, önce yazılıda en az 70 puan alma şartı kaldırılmış ve ihraç edilen sayının (4.195) oldukça üstünde (5.850) alım yapıldıktan sonra tekrar 70'e çıkarılmıştır, 6.000'e yakın yeni alınan hakim savcıya sadece üç ay gibi kısa süreye sıkıştırılmış eğitimler verilerek göreve başlatılmıştır. 2022 yılı verilerine göre, toplamda 22.820 hakim ve savcı bulunmaktadır. İhraçlardan önce bu sayı 15.374 idi. Diğer bir deyişle ihraçlardan sonra geriye kalan sayıdan daha fazla sayıda alım bu kısa sürede yapılmıştır.

Bu arada şunu da eklemeliyim; darbe sonrası OHAL ortamında bir dönem uygulanmamış olsa da kural olarak, 2802 sayılı Kanuna göre, hakim ve savcı adaylığına kabul sonrası 2 yıllık eğitim ve staj söz konusuydu (md 10/1). Daha önceleri, Adalet Bakanlığına bağlı olarak 1985 yılında kurulan Hakim Savcı Adayları Eğitim Merkezince verilmiş olan bu eğitim,

2003'te AB'ye uyum sürecinde kurulan ve kısmen özerkliği olan Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilmekteydi. Fakat FETÖ örgütü Akademi içinde de hakimiyet kazandığından, Türkiye Adalet Akademisi darbe girişimi sonrası OHAL KHK'sı ile kapatılmış, eğitim görevi, Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığına verilmiştir. Yani 2019'un Mayıs ayında yeni TAA kurulana kadar, söz konusu yeni adaylar Adalet Bakanlığının mutlak kontrolü altında eğitimden geçirilmiş ve yine Adalet Bakanlığının yaptığı sınavdan sonra mesleğe atanmışlardır.

2010'da başlayan ve 2017 Anayasa değişiklikleri ile sonuçlanan bu süreçte, yargı yeniden inşa edilmiş, 61 Anayasası'ndan bu yana tarihimizin en bağımlı yargısı oluşturulmuştur. 2017 değişiklikleri HSK'da, iktidarı paylaşan partilerin tamamıyla hakimiyetini sağlayan modeli tescillemiştir.

Yeniden inşa edilen yargının anayasallaştırılması: 2017 Anayasa değişiklikleri

Ne yazık ki, 2017 Anayasa değişiklikleriyle, yargının FETÖ terör örgütünden temizlenmesi fırsat bilinip, HSK üyelerinin yargı üyelerince seçilmesindeki seçim usulü çoğulcu hale getirilmek yerine, veya FETÖ üyelerinin yargı içinde örgütlenmesine olanak sağlayan, nesnellikten ve liyakatten uzak hakim ve savcılar mesleğe kabul usulleri terk edileceğine, yargı organının kendi içinden ve kendisi tarafından üye seçme usulü tamamen kaldırılmış, hakim ve savcılarının mesleğe kabul usulü daha da siyasileştirilmiştir.

Artık HSK'nın bütün üyeleri yürütme ve yasama organı tarafından belirlenmektedir. Mayıs 2019'da yayımlanan Yargı Reformu Strateji Belgesinde 2017 değişikliği ile parlamentonun üye seçmesinin bağımsızlığı güçlendirdiği belirtilmektedir. Oysa uluslararası belgeler, yürütme organın ya hiç ya da sembolik sayıda üye belirlemesine, yasama organının ise nitelikli çoğunlukla olmak kaydıyla sınırlı sayıda üye seçmesine, yargıç ve savcıların kendi aralarından seçecekleri üye sayısının ise Kurul içinde çoğunluğu oluşturmaya işaret etmektedir. 2017 değişikliği ile tam tersine, Cumhurbaşkanı'nın ve başkanı olduğu siyasi partinin üye seçimindeki rolü ve dolayısıyla HSK içindeki ağırlığı arttırılarak yargı politize hale getirilmiştir.

2019 tarihli Strateji Belgesinde yargıç ve savcıların kendilerinin Kurul'a üye seçme usulünün siyasi polarizasyon yarattığı ve çalışma barışını olumsuz etkilediği de iddia edilmektedir. Oysa Türkiye'deki

yeni HSK tasarımıında Cumhurbaşkanı ve TBMM tarafından, aday gösterme filtresi dahi olmadan doğrudan HSK'ya seçilecek olan üyelerin önemli bir kısmının adli (3) ve idari (1) yargıç ve savcılar (toplam 4 üye) ya da Danıştay (1) ve Yargıtay (3) üyeleri (toplam 4 üye) arasından olması, yargının siyasallaşmasına daha fazla zemin hazırlar niteliktedir. Yargı Reformu Strateji Belgesinde yargıçların kendi aralarından üye seçmesinin siyasi polarizasyon yarattığına değinilirken, Cumhurbaşkanı'nın ve TBMM'nin Kurul'a, yargı mensupları arasından ve üstelik doğrudan üye seçimi yapması nedeniyle ortaya çıkabilecek yargıçlar arası rekabet, seçicilere kendini beğendirme çabaları ve siyasallaşma nedense! görmezden gelinmiştir.

Diğer yandan, Adalet Bakanı'nın ve Adalet Bakanlığı müsteşarının kurulun tabii üyesi olarak kalması bugün de korunmaktadır. Cumhurbaşkanlığı rejimi yürürlüğe girdikten sonra Adalet Bakanı'nı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarını (Adalet Bakanı Yardımcısını) da Cumhurbaşkanı belirlediğinden, gerçekte 13 üyeden oluşan HSK'nın 6 üyesini, yani neredeyse yarısını Cumhurbaşkanı, 7'sini TBMM belirlemektedir. Cumhurbaşkanı artık bir siyasi partinin başkanı da olabilmektedir, diğer bir deyişle bir politikacıdır. Ayrıca Cumhurbaşkanı ve milletvekili seçimleri aynı gün yapıldığından, Meclis tarafından seçilecek Kurul'un diğer yedi üyesi içinde Cumhurbaşkanı'nın başkanı olduğu partinin önerdiği bir veya birkaç ismin olması kuvvetle muhtemeldir. Çünkü Kurul üyesini, TBMM'nin nitelikli çoğunlukla seçeceği belirtilmekle birlikte bu çoğunluk sağlanamadığında, üçüncü turda en çok oy almış adaylar arasında ad çekme usulüyle üye belirlenmektedir. Üstelik Cumhurbaşkanı 2010'dan önce Yargıtay ve Danıştay tarafından kendisine gösterilen adaylar arasından üye ataması yaparken 2017 sonrası, yani şimdi, doğrudan atama yapacaktır, diğer bir deyişle yargı bağımsızlığı açısından olumsuzluk daha da artırılmıştır. Adeta 1924 Anayasası dönemine yani neredeyse 100 yıl öncesine, başladığımız yere geri döndüğümüzü söylesek sanırım abartmış olmayız.

Özetle; 1982 Anayasası döneminde gerçekleşen değişikliklere topluca bakıldığında, yargıda reform ya da restorasyon değil, rekonstrüksiyon yapıldığını net bir biçimde söylemek mümkündür. Diğer bir deyişle yargı yeniden inşa edilmiştir.

Yeniden inşa edilen yargının uygulamadaki bazı ilginç! görüntüleri

Bu yeni tasarımın uygulamadaki yansımalarına biraz daha yakından bakalım.

2017 değişikliği ile TBMM 7 üyenin 3'ünü yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından seçmektedir. Uygulamada ise şu anda HSK içinde sadece 1 öğretim üyesi bulunurken 3 üye siyasi partilerle iç içe geçmiş avukatlık geçmişi olanlar arasından belirlenmiştir. Bunlardan birinin icraatları çok beğenilmiş ki, uzun avukatlık geçmişinden sonra, önce HSK üyesi olmuş ardından Danıştaya üye seçilmiş ve sonra tekrar HSK üyesi yapılmıştır. Çoğulculuğu sağlamak, korporatizm riskini ve meslek içi dayanışmayı önlemek için yargı mensupları dışından da üyelerin HSK içinde bulunması benimsenebilir; ancak bu kişiler yasama, yürütme veya idarenin mensupları olmamalıdır. Ancak şu andaki Türkiye uygulaması iktidar partisiyle iç içe geçmiş kişilerin Kurul'a üye yapılmasına dönüşmüştür.

Şu anki HSK'da üyeler, kağıt üstünde farklı kaynaklardan geliyor görünseler de durum pek de öyle değildir. Sadece üç üye kürsü hakimliği kariyerine sahiptir, bunlardan biri cezadandır, diğeri ise idari yargıdandır ve hukuk mezunu değildir, bir diğeri de Ceza Mahkemesi yargıçlığından gelmiş olmakla birlikte, Adalet Bakanı yardımcısı sıfatıyla Kurul'da yer almaktadır. İlginç olan bir diğerkonu, Kurul'da hukuk mahkemelerinde kariyer yapmış kürsü yargıcının hiç bulunmamasıdır. 13 üyenin büyük bir kısmının kariyerini (5 üye) ağırlıklı olarak savcılıkta yaptığı, önemli bir kısmının da (HSK Başkanı Adalet Bakanı ile birlikte 4 üye) ağırlıklı olarak avukatlık kariyerine sahip olduğu ve geçmişlerinde siyasetle bağlarının olduğu görülmektedir.

Yargıçların bağımsız davranabilmeleri bakımından diğerkonu HSK üyeliğine yeniden seçilmenin mümkün olmamasıdır. Bu tür yasaklar, bir kez seçilen üyelerin tekrar seçilebilmek için tavizler vermesini engeller ve tarafsız davranmalarına olanak sağlar. Nitekim 1961 Anayasası'nın ilk halinde yeniden seçilme yasaklanmıştı. 1971'de bu yasak ortadan kaldırılarak yeniden seçilmeleri mümkün kılındı, şu anda 3 üye ikinci kez HSK üyesi yapılmıştır.

Toplam 13 üyeli HSK'nın sadece iki üyesinin kadın olduğunu da üzülerek belirtmeden sözlerimi sonlandırmak istemiyorum. Oysa 2022 verilerine göre, özellikle tüm kadroların %67'sini oluşturan

hakimler içinde kadın oranı (%46) yarıya yakındır.^[5]

Konuşmamı burada sonlandırırken beni sabırla dinlediğiniz için siz değerli dinleyicilere teşekkürlerimi sunmak isterim.

[5] <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/22092022112522-09-2022-hakim-savci-durumlaripdf.pdf>



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Birinci Oturum

**MAKUL SÜREDE YARGILANMA
HAKKI**

Anayasa Mahkemesinin Keser ALTINTAŞ Başvurusuna İlişikin Kararının Anayasaya Uygunluğu ve Yol Açtığı Bazı Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme

Ali Erdem DOĞANOĞLU

Giriş

Teşekkür ederim hocam. Öncelikle bu etkinliğin gerçekleştirilmesinde emeği geçen herkese teşekkür ederim. Başlıktaki konunun ayrıntılarına geçmeden önce bir parantez açıp konuyla yakından ilişkili olduğunu düşündüğüm bir çekinceyi dile getirmek istiyorum.

Bir Parantez: (Ön Sorun) “Anayasa Mahkemesi kararları üzerine bir değerlendirme yapmak ne anlama gelir, gerekli midir, anlamlı mıdır?”

“Anayasa 153/son: Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazete’de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.”

Malumunuz Türkiye’nin yoğun anayasa gündeminin üst sıralarında şu anda, Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmaması sorunu var. Anayasa Mahkemesi kararlarından da görüldüğü üzere aslında bu sorun yeni de değil. Ekranda, Mahkemenin önceki bir ihlal kararının uygulanmaması nedeniyle hakkında tekrar ihlal kararı verdiği başvuruların listesini görüyorsunuz.^[1] Ancak son olayda, aynı konuda verilen ikinci ihlal kararının da uygulanmamasıyla ve bu yöndeki Yargıtay kararının gerekçesinde kul-

[1] **İhlal Kararının Uygulanmaması Nedeniyle Verilen İhlal Kararları:** Şahin Alpay (2), 2018/3007, 15.03.2018; Aligül Alkaya ve Diğerleri (2), 2016/12506, 07.11.2019; Mehmet Hasan Altan (3), 2018/2620, 09.01.2020; Şahin Alpay (3), 2018/10327, 03.12.2020; Kadri Enis Berberoğlu (3), 2020/32949, 21.01.2021; Cahit Tamur ve Diğerleri, 2018/12010, 24.02.2021 (AİHM Kararı); Behzet Çakar ve Diğerleri (2), 2019/2333, 01.07.2021; Ali Oğuz (2), 2019/2285, 15.03.2022; Şerafettin Can Atalay (3), 2023/99744, 21.12.2023.

lanılan argüman ve ifadelerle, sorun farklı bir boyut kazanmış ve ileri bir düzeye ulaşmış durumda. Anayasa hukuku çalışmalarında anayasal gerçekliğin göz ardı edilmemesi gerektiği düşünüldüğünde bu gündemin bildirimin konusuyla da bir ilişkisi olduğu söylenebilir. Ben birazdan Anayasa Mahkemesinin bir kararını ve bu kararda ortaya koyduğu yaklaşımı ele alıp eleştirmeye çalışacağım. Ama bu şartlar altında, bu tür bir çalışmanın ne anlamı olduğu sorulabilir. Bence de bu soru son derece meşru ve önemli bir soru. Ancak bu aşamada, sorunun cevabından çok, işaret ettiği gerçekliğin göz önünde bulundurulması öncelikli olmalı diye düşünüyorum. Konuya bu bilinçle yaklaşıyorum, bunu baştan paylaşmak ve bir not düşmek istedim.

Plan

Gelelim başlıktaki konuya. İlk önce kısaca planımdan söz edeyim. (1) Başta birkaç cümleyle Keser Altıntaş kararını özetleyeceğim. (2) Arından kararın esasına da etkili biçimsel bir özelliğine işaret edeceğim. (3) Daha sonra teknik boyutuyla kararın gerekçesini ele alıp değerlendirmeye çalışacağım. (4) Ve son olarak da kararın yol açtığı bazı sakıncalara değinip bildirimini bir sonuca bağlayacağım.

I. Keser Altıntaş Kararı^[2]

Keser Altıntaş başvurusuna ilişkin karar 10 Ekim 2023 tarihinde yayımlandı ve bu kararında Mahkeme özetle şunları söylüyor: Makul sürede yargılanma hakkı konusunda daha önce birçok ihlal kararı verildi ve bunlar yerleşik içtihat niteliğinde. Bu kapsamda *pilot karar* usulü de işletildi. Ancak iç hukuk düzeninde hakkın ihlalinin önlenmesi konusunda kalıcı bir çözüm bulunamadı, ihlalin sonuçlarının giderilmesine yönelik etkili ve sürekli bir hukuki başvuru yolu da oluşturulmadı. Bu nedenlerle, iş yükü altından kalkılması mümkün olmayan bir düzeye ulaştı ve bundan böyle

[2] Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, *Keser Altıntaş Başvurusu*, 2023/18536, 25.07.2023, R.G. 10.10.2023, 32335

makul sürede yargılanma hakkı ihlali iddiaları esas yönünden incelenmeyecek. Bildirimin merkezindeki temel soru da şu: Bu karar *Anayasaya ve hukuka uygun mu, yani Anayasa Mahkemesinin bu kararı hukuken yerinde mi?*

II. Kararın Dayanağı: *Burmych ve Diğerleri / Ukrayna*^[3]

Gelelim planı verirken “kararın biçimsel bir özelliği” diye ifade ettiğim konuya. Anayasa Mahkemesi, gerekçede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Burmych ve Diğerleri / Ukrayna* kararından söz ediyor, hatta bu kararı doğrudan temel bir dayanak sayarak karara göndermeler yapıyor. Acaba Mahkemenin bu tercihi doğru mu? Birincisi İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararı, Sözleşme yargısında çok istisnai bir uygulamayı içeriyor ve gerek doktrinde gerekse karşıoylarda kapsamlı bir biçimde eleştiriliyor. 10 kabul oyu 7 karşıoy var kararda. Yani kararın içtihadi niteliği şüpheli. İkincisi, kararın teknik boyutları da Anayasa Mahkemesi kararına dayanak yapılmasını sorgulamayı gerektiriyor. Bu bağlamda en temel farka değinmekle yetineceğim. Şöyle ki; İnsan Hakları Mahkemesi, kararında “kayıttan düşürme” usulünü uyguluyor, Anayasa Mahkemesi ise bu kararı da gerekçe göstererek “düşme kararı” veriyor, düşme kararının ayrıntılarına birazdan ayrıca değineceğim. Bu noktada vurgulamak istediğim husus şu: İnsan Hakları Mahkemesi “kayıttan düşürme” usulünü uygulayarak başvuruyu yine aynı sistem içindeki bir organ olan Bakanlar Komitesi’ne havale etmiş oluyor, ki bu, işten tümüyle el çekmediği anlamına geliyor. Oysa Anayasa Mahkemesi “düşme kararı” vererek karara konu başvuru yönünden yargılamayı tümüyle sonlandırıyor. Bunu tamamlayan şöyle bir fark da var: İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 37. maddesinin 2. fıkrasına göre kayıttan düşürülmesine karar verdiği başvuruyu tekrar kayda alabiliyor; oysa Anayasa Mahkemesi İçtüzüğündeki düşme hükümlerinde böyle bir imkândan söz edilmiyor. Yani “kayıttan düşürme” ile “düşme kararı” aslında farklı usuller.

[3] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Burmych ve Diğerleri / Ukrayna*, 46852/13, 12.10.2017.

III. Keser Altıntaş Kararının Teknik Boyutu

Tekrar dönelim Keser Altıntaş kararının gerekçesine. Mahkeme, kararın bütününe şöyle bir muhakeme üzerine oturtmaya çalışıyor: Bir yandan bireysel başvuru yolunun *sübjektif işlevi*, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması gerekliliğini ifade ediyor. Diğer yanda da genel olarak Mahkemenin Anayasanın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin *objektif işlevinden* söz ediliyor. Mahkeme, bu zamana kadar verdiği kararlarla makul sürede yargılanma hakkı bağlamında objektif işlevini yerine getirdiğini, konuyla ilgili başvuruları incelemeyi sürdürmesinin objektif işlevi yönünden gerekli olmadığını vurguluyor ve buradan hareketle bundan böyle bu türden başvuruların esasını incelemeyeceğini belirtiyor. Mahkeme bu sonuca teknik olarak *pilot karar* usulü ve *düşme kararı* aracılığıyla ulaşıyor.

Mahkemeye göre *pilot karar* usulünün işletilmesiyle, hukuk düzeninde saptanan bir yapısal sorunun giderilmesi amaçlanırken aynı tür başvuruların incelenmesinin sürdürülmesi, yapısal sorunun giderilmesini sağladığı gibi bireysel başvurunun *ikincilik* özelliğiyle de çelişir. Mahkeme bu durumun İçtüzüğü'nün 80. maddesinde düzenlenen düşme nedenleri arasında yer alan “*herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi*” hali kapsamında sayılabileceğini kabul ediyor ve başvuru hakkında düşme kararı veriyor.

Peki bu yaklaşımı nasıl ve neye göre değerlendirebiliriz? Hem *pilot karar*, hem de *düşme kararı* İçtüzükle Mahkemenin kendisi tarafından düzenlenmiş usuller. Anayasa Mahkemesinin, *anayasa organı* olduğu için *usuli bağımsızlığı* gereği bu tür düzenlemeler yapabileceği kabul ediliyor. Ancak Mahkeme, Anayasa ve kanun hükümleriyle bağlı olduğuna ve bu, içtüzük çıkarma yetkisini de kapsadığına göre, her iki usulün anlamı, kapsamı ve işlevleri bu bağlamda değerlendirilmeli ve ilgili kurallar buna göre yorumlanmalıdır, diyebiliriz. Ben de bu çerçevede bir değerlendirme yapacağım.

Değerlendirme kapsamında öncelikle şunu vurgulamak istiyorum: Anayasa Mahkemesi ve bireysel başvurunun objektif ve sübjektif işlevleri birbirine rakip veya alternatif değil, paralel gereklilikleri işaret ediyor. Ayrıca bu iki işlev karşılaştırılacak olursa, özellikle bireysel başvuru yolu bakımından sübjektif işlevin öncelikli olduğu da ileri sürülebilir. Çünkü Anayasanın 148. ve 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinde bireysel başvuru doğrudan

“kişisel bir hak” olarak düzenlenmiş ve ayrıca ilgili hükümlerde bu başvuruları karara bağlamak Mahkemenin asli görevleri arasında sayılmış. Daha da önemlisi, Anayasa ve Kanunda bu göreve Mahkemenin objektif işlevini yerine getirdiği durumlarla ilişkilendirilebilecek herhangi bir istisna da gösterilmemiş. Bu nedenle gerekçedeki objektif - sübjektif işlev ayrımına dayalı muhakemenin hatalı olduğunu düşünüyorum.

Pilot karar usulüne ilişkin düzenlemeler bu kabuller ışığında ele alındığında ise şunlar söylenebilir: Pilot karar usulüne atfedilebilecek amaç, kişisel hak ihlali iddialarının bir kenara bırakılarak hukuk düzenindeki yapısal sorunun saptanmasına odaklanılmasını gerektirmez. Aksine pilot karar usulüyle hukuk düzenindeki yapısal sorunun saptanmasına ve çözülmesine katkıda bulunularak, olası kişisel hak ihlallerinin önlenmesi hedeflenmelidir. Nitekim pilot karar usulüne ilişkin düzenlemelere baktığımızda da şunu görüyoruz: İsteniyor ki, somut hak ihlalleri Anayasa Mahkemesine taşınmasına gerek kalmadan diğer organlarca, daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından pilot kararlarda belirlenen esaslara göre önlensin veya giderilsin. Bu yolla sonuç elde edilememesi durumunda ise, ihlal iddiaları, her ihlal iddiasına ilişkin ayrı ayrı inceleme yapılmaksızın, *toplu karar* yöntemiyle, yine Anayasa Mahkemesi tarafından, daha kısa bir yoldan çözüme kavuşturulsun. Oysa söz konusu kararında Mahkeme, pilot karar usulüyle yapısal sorunun çözümüne yönelik bir sonuç elde edilemediğinden bahisle, somut hak ihlali iddialarını koruma kapsamı dışına çıkarıyor. Benzer bir durum düşme kararı usulünün işletilmesi bakımından da geçerli.

İçtüzükte sayılan ilk üç düşme nedeni, bireysel başvurunun sübjektif işlevi bakımından incelemenin sürdürülmesi ihtiyacının ortadan kalktığı durumları içeriyor.^[4] Düzenlemenin ikinci fıkrasında ise, istisnanın istisnası olarak, anayasal önem kriterine işaret ediliyor.^[5] Buna göre kişisel hak ihlali iddiası gerektirmese dahi anayasal önem gerekçesiyle inceleme-

[4] (1) Bölümler ya da Komisyonlarca yargılamanın her aşamasında aşağıdaki hâllerde düşme kararı verilebilir:

- a) Başvurucunun davadan açıkça feragat etmesi.
- b) Başvurucunun davasını takipsiz bıraktığının anlaşılması.
- c) İhlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması.

[5] (2) Bölümler ya da Komisyonlar; yukarıdaki fıkrada belirtilen nitelikteki bir başvuruyu, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının

nin sürdürülebileceği öngörülüyor.

Düşme hükümlerinin yorumlanması konusunda önemli bir yol gösterici 6216 sayılı Kanunun 48. maddesinin 2. fıkrasında gösterilen ihtiyari kabul edilemezlik nedenlerinin belirlendiği hüküm.^[6] Buna da değinmek gerekir. Bu hükme göre, anayasal önem kriterinin sağlanmadığı hallerde kabul edilemezlik kararı verilebilmesi için aynı zamanda *“başvurucunun önemli bir zarara uğramaması”* da şart. Bu düzenlemeye göre, başvuru önemli bir zarara uğramış ise, anayasal önem kriteri sağlanmıyorsa dahi kabul edilemezlik kararı verilemez. Bu tablo bize şunu söylüyor: kişisel hak ihlali iddiası incelemeyi gerektiriyorsa her durumda inceleme yapılmalıdır, bunun objektif işlevle ilgili bir istisnası da yoktur.

İçtüzükte sayılan düşme nedenlerinin sonuncusu ve kararda dayanan takdiri neden de bu kabullere uygun şekilde yorumlanmalıdır. Buna göre, ancak sübjektif işlevin incelemenin devamına ihtiyaç göstermediği bir hal takdiri düşme nedeni kapsamında sayılmalıdır. Oysa Mahkeme kararında takdiri düşme nedenini, anayasal önem kriterinin sağlanmamasına atıfla, kişisel hak ihlali iddialarını bir kenara bırakmaya imkân verecek biçimde genişleterek yorumluyor. Mahkemeye göre anayasal önem kriteri sağlanmıyorsa, sübjektif işlev incelemenin sürdürülmesini gerektirse dahi takdiren düşme kararı verilmesi mümkün. Oysa gördüğümüz gibi düzenlemeler bunun aksinin kabul edilmesini gerektiriyor. Yani kararın teknik boyutuyla hem pilot karar usulü hem de düşme yönünden hatalı olduğu sonucuna varıyorum.

IV. Kararın Sonuçları ve Doğurduğu Bazı Sakıncalar

Peki Mahkemenin kararı ne gibi sonuçlar doğuruyor ve karardaki yaklaşımın sakıncaları neler? Birincisi karardan hareketle, yerleşik içtihadı bakılarak makul sürede yargılanma hakkının açıkça ihlal edildiği varsayılabilir durumlarda dahi artık bireysel başvurudan bir sonuç alınamayacağı

ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâllerde incelemeye devam edebilir

[6] (2) Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvuru önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.

söylenebilir. Öyleyse makul sürede yargılanma hakkının ihlali iç hukukta yaptırımsız kalma tehlikesiyle karşı karşıya. Yaptırımsızlık hali hakkın korunmasını gözetmekle görevli Anayasa Mahkemesi dışındaki kişi ve organların bu bağlamdaki görevlerini yerine getirmede özensiz ve dikkatsiz davranmalarına da yol açabilir. Ayrıca iş yükünün fazlalığı gibi sürekli ve yaygın gerekçeler yaptırımsızlığa eklendiğinde makul sürede yargılanma hakkı yönünden tablo daha da olumsuz bir hal alıyor. Sonuçta, yapısal bir sorun olduğu saptanan uzun yargılama süreleri, uygulamada daha da artabilir, yani kararda giderilmediğinden yakınılan yapısal sorun daha da büyüyebilir.

Kararın Anayasa Mahkemesinin konum ve işlevine ilişkin daha genel düzeyde yol açabileceği bazı olumsuz sonuçları da var. Örneğin Mahkeme bu kararla daha önce defalarca ihlal kararı verdiği bir konuyu koruma kapsamının dışına çıkarmış oluyor. Bu, Mahkemeye ve kararlarının etkililiğine güveni sarsacak, dolayısıyla hukuki güvenliğin aşınmasına yol açacak nitelikte bir adım sayılabilir diye düşünüyorum. Yine bu tabloda oluşan makul sürede yargılanma hakkının korunmasına ilişkin belirsizlik, genel olarak Mahkemenin ve bireysel başvuru yolunun hak ve özgürlükleri koruyucu işlevine güveni zedeleyebilir. Örneğin şöyle bir soru haklı olarak gündeme getirilebilir: *“Bugün yerleşik içtihat niteliğindeki bir koruma Mahkemenin doğrudan kendi tasarrufuyla yaptırımsız bırakılabiliyor ise, acaba ilerleyen süreçte başka ne tür ihlaller benzer bir akıbete uğrayabilir?”*

Son olarak kararda yer verilen bazı ifadelerin temel hak ve özgürlüklerin normatif konumları bakımından ortaya çıkardığı bir soruna işaret etmek istiyorum. Mahkeme iş yükünden söz ederek, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin iddialarla meşgul olduğu için diğer hak ihlali iddialarını gerektiği gibi incelemekte güçlük çekebileceğini söylüyor. Bu kapsamda da kararında “yaşam hakkı”nı, “işkence ve kötü muamele yasağı”nı, “kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı”nı ve “ifade özgürlüğü”nü anıyor. Kararın ilgili bölümü okunduğunda şöyle bir soru akla geliyor: *Acaba Mahkeme temel hak ve özgürlükler ve bunlara ilişkin Anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşi mi varsayıyor?* En azından Mahkemenin bu kanaatte olabileceği yönünde bir şüphe doğuyor. Oysa bu, sistemin uzlaşmış normatif yapısına aykırı bir kabul, diyebiliriz.

Sonuç: Ne yapılmalı?

Öyleyse ne yapılmalı? Diğer sunuşlarda daha kapsamlı ve somut önerilerden söz edilecek, ben sadece buraya kadar yaptığım değerlendirmelerin bir sonucu olarak konuyu şu şekilde bağlayayım: Hukuk düzeninde hakkın korunabilmesi ve ihlalin sonuçlarının giderilebilmesi için birtakım önemler alınabilir, düzenlemeler yapılabilir. Ancak bunların da ötesinde Anayasa Mahkemesi, kararını, açıklamaya çalıştığım nedenlerle hem teknik boyutu hem de sonuçları itibariyle gözden geçirmeli ve işaret ettiğim veya edemediğim olası sakıncaları giderecek biçimde değiştirmelidir. Çünkü makul sürede yargılanma hakkının korunması için getirilebilecek çözümler, kararın anayasa hukuku ve anayasa yargısına ilişkin tüm olumsuz sonuçlarını telafi edemeyebilir.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Karşılaştırmalı Hukukta Uzun Yargılama Sürelerine Yönelik Şikayetleri İncelemek için Oluşturulan Mekanizmalar ve Türkiye İçin Öneriler

Kardelen ALTUN^[1]

Giriş

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 10/10/2023 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 25/07/2023 tarihli bireysel başvuru kararında (Keser Altıntaş Başvurusu, B. No: 2023/18536), makul sürede yargılanmaya ilişkin hak ihlali iddialarının incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden olmadığı gerekçesiyle başvurunun düşmesine karar vermiştir. Bu kararın sonucunda mahkeme, makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasına ilişkin 10/3/2023 tarihinden itibaren yapılmış derdest başvuruların da aynı gerekçeyle düşmesine hükmetmiştir. Kararının gerekçesinde mahkeme, Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmadan önce makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla başvuru yapılabilecek idari veya yargısal bir başvuru yolunun oluşturulması gerektiğine işaret etmektedir.

19/1/2023 tarih ve 28533 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanan 6384 sayılı “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun” ile kurulan Tazminat Komisyonu 9/3/2023 tarihine kadar Anayasa Mahkemesine yapılmış olan bireysel başvurular için etkili bir mekanizma teşkil ettiğinden, Türkiye’de 9/3/2023 tarihinden itibaren yapılan ve gelecekte yapılabilecek makul sürede yargılanma hakkı ihlali iddialarını inceleyecek bir merci bulunmamaktadır.

AİHM’in makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak verdiği pilot kararlarının da etkisiyle, AİHS’e taraf devletler hak ihlallerini gidermek ve ihlal iddialarını azaltmak amacıyla birtakım mekanizmalar geliştirmiştir.

[1] * Ar. Gör. Kardelen Altun, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. ORCID: 0000-0002-1571-8432.

Bu mekanizmalar ilk aşamada AİHM'e başvurmadan önce tüketilmesi gereken bir aşama olarak tasarlansa da, tazminata hükmetme yetkisiyle birlikte iç hukukta etkili bir mekanizma halini alabilmiştir.

Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı "makul sürede yargılanma" hakkını da içermektedir. Nitekim yargılamanın gecikmesi onun etkililiğini ve güvenilirliğini de zedeler, adaletin dağıtımındaki gecikmeler özellikle hukuk devleti ilkesi bakımından ciddi tehlikeler barındırır.^[2]

Ancak belirtmek gerekir ki bu kabulün diğer ucunda da başka bir tehlike bulunmaktadır: bu gecikmeleri önlemek ya da giderim sağlamak için benimsenen mekanizmalarla doğrudan bu güvenceleri zayıflatma ya da tamamıyla ortadan kaldırma tehlikesi. Bu çerçevede uzun yargılama sürelerine yönelik şikayetleri incelemek için oluşturulan mekanizmaları ele alırken hukuk devleti ilkesinin gerekleri ve adil yargılanma hakkının korunması bakımından Avrupa konseyinin danışma organı olan hukuk yoluyla demokrasi komisyonu yani Venedik Komisyonunun önerilerini göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

Nitekim bu noktada, adaletin sağlanmasında önemli katkıları olan ve aynı zamanda ciddi vakit de alabilen usuli güvenceler ile yargılama sürelerinin uzaması arasında dengenin sağlanması önem taşımaktadır. Örneğin, yargılama süresinin uzadığının tespit edilmesinin ardından doğrudan ivedi yargılamaya hükmedilmesi bu usuli güvencelerin içini boşaltabilecektir. Özellikle bazı yargılama usulleri için hızlandırıcı nitelikteki önleyici yaptırımları daha dikkatli kullanmak gerekmektedir. Örnek olarak, bu tür tedbirlerle adil yargılanmanın en önemli unsurlarından birini oluşturan savunma hakkının kullanılması imkansız hale getirilmesi mümkündür.

Bu nedenle sözleşmenin 6. Maddesinde öngörülen mahkemeye erişim hakkı, silahların eşitliği, alenilik ilkesi, savunma hakkı gibi güvencelerin

[2] Venedik Komisyonunun uzun yargılama sürelerine ilişkin benimsenen ulusal mekanizmaların etkililiğine ilişkin raporu: Report on the Effectiveness of National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceedings, Adopted by the Venice Commission at its 69th Plenary Session (Venice, 15-16 December 2006), No:316/2004, para. 16.

de anlamsız hale gelmemesi ya da zayıflatılmamasını ayrıca vurgulamak gerekmektedir.

Hukuk devleti ilkesinin gerekleri olarak karşımıza çıkan ve uzun yargılama sürelerine yönelik şikayetleri incelerken dengenin iyi kurulmasının gerektiği bazı başka noktalara da değinmek yerinde olacaktır: yargı bağımsızlığı ve gerekçeli karar hakkı. Yargı bağımsızlığının korunması bakımından, hakimlerin bağımsızlığı yargılama sürecini yönetirken sahip oldukları bağımsızlığı da içerdiğini vurgulamak önem taşımaktadır. Bu çerçevede yargılara emir veya talimat verme niteliği taşıyabilecek tedbirlerin daha dikkatli bir şekilde ele alınması gerekmektedir. İkinci olarak, yargılama sürelerini kısaltmak pahasına kararların gerekçelerinin yazılmadığı bir yargılama süreci, gerekçeli karar hakkını zedelediğinden, önleyici tedbirler planlanırken göz önünde bulundurulması gereken başka bir tehlikedir.

Uzun yargılama sürelerini incelemek üzere oluşturulacak mekanizmalar bakımından AİHM'in ve Venedik Komisyonunun önerileri bu sakıncaları göz önünde bulundurmak ve gidermek bakımından önem taşımaktadır. Hem mahkeme hem de komisyon ideal olanın yaptırımlara yargısal mercilerce hükmedilmesi olduğunu ifade etmekte; bununla birlikte idari bir mercinin de gerekli güvencelere sahip olmakla bu mekanizmaları etkili bir biçimde işletebileceğini kabul etmektedir.

Öngörülebilecek yaptırımlar bakımından Venedik komisyonu, önleyici yani hızlandırıcı tedbirlerin öncelikli olarak tercih edilmesini gerektiğini^[3], ancak yargılama sonlandıysa ya da hızlandırma gerçekçi görünmüyorsa tek başına tazminat yoluna gidilebileceğini ortaya koymaktadır.^[4] Bu doğrultuda Komisyona göre ideal giderim hızlandırma + tazminat ile sağlanabilir.^[5] AİHM, düzeltici yaptırımları etkili olabilmesi bakımından bazı ölçütler geliştirmiştir. Mahkemeye göre tazminat talebini inceleyecek olan mekanizmanın, sözleşmenin 6. Maddesinde belirtilen adil yargılanma ilkesinin asgari standartlarını taşıması gerekmektedir. Tazminat talebi makul bir sürede neticelendirilmeli ve tazminat bedeli en geç 6 ay gibi kısa bir süre içinde ödenmelidir. Ek olarak bu talebin incelenmesi sürecindeki yargılama giderleri başvuruçular üzerinde ağır bir yük oluşturmamalıdır.

[3] Ayrıca bkz. Kuijer, 787.

[4] Venedik Komisyonu 2006, para. 139.

[5] Venedik Komisyonu 2006, para. 141-142.

Venedik komisyonu da düzeltici yaptırımların etkili olabilmesi için AİHM'e benzer ölçütler benimsemektedir. Buna göre sonunda tazminata hükmedilecek prosedürler hızlı olmalı, kesin olmalı ve belirli bir süre içinde tamamlanmalı^[6] ve mümkünse bu yol daha az dereceli bir süreç öngörmelidir.^[7] Tüm bu tespitlerinin yanında Venedik Komisyonu, sonuçta, benimsenecek bu mekanizmaların makul sürede yargılanmanın yerine tazminat ödenmesini koyacak nitelikte olmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu doğrultuda "üye devletler öncelikle davaların mahkemeler tarafından *optimum* ve *öngörülebilir* sürede görülmesini" garanti altına almalıdır.^[8] Yargılama süreçleri uzarsa bunu hızlandıracak mekanizmalar öngörülmeli ve bunlara rağmen yargılamalar makul sürede sonuçlanmazsa tazminat yoluna gidilmelidir.^[9]

Bu genel çerçeveyi çizdikten sonra bu değerlendirmeler ışığında uzun yargılama sürelerine yönelik olarak benimsenen mekanizmalara ve öngörülen tedbirlere bakılabilir. Genel olarak iki çeşit yaptırım öngörülmüştür: önleyici ve düzeltici tedbirler. Önleyici tedbirler genellikle yargılama süreçlerini hızlandırmaya yönelik çözümleri içerir, düzeltici tedbirler ise genellikle tazminata hükmetmekten ibarettir.

A. Önleyici Tedbirler

1. Hızlandırma

a. Dosyaya bakmakta olan merciye başvuru

Sırbistan

Sırbistan'da bu mekanizma 2015'te çıkarılan bir kanunla benimsenmiştir. Bu mekanizmayla bir uzun yargılama şikayeti getirilmiş, idari yargılama bu başvurunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu başvuru davanın görüldüğü ya da dosyaya bakan merciye yapılır. Bu başvuru hakkında iki ay içerisinde karar verilir. Bu inceleme sırasında makul sürenin aşıldığı tespit edilirse sürecin hızlandırılmasına karar verilir yani önleyici tedbire hükme-

[6] Venedik Komisyonu 2006, para 157 vd.

[7] Venedik Komisyonu 2006, para 246.

[8] Venedik Komisyonu 2006, para 238.

[9] Venedik Komisyonu 2006, para 238 vd.

dilir. Makul sürenin aşıldığı yönündeki kararlar kesindir.^[10]

Bu başvuru reddedilirse ya da başvurunun yapıldığı merci tarafından iki ay içerisinde karar verilmezse itiraz yoluna gidilebilir. İtiraz yolunda verilen kararlar kesindir.

Sırbistan'da bu mekanizmanın işlemesinin sonucu olarak makul sürede yargılama şikayetlerinde azalma olsa da yargılama sürelerinde bir azalma görülmemiştir.^[11]

Almanya

2011'den önce Almanya'da uzun yargılama sürelerine ilişkin olarak devam etmekte olan ya da sonuçlanan davalarda üst merciye tazminat talebinde bulunma imkanı tanınmıştır.^[12] 2010'da AİHM'in uzun yargılama sürelerine ilişkin olarak verdiği pilot karar Rumpf v. Almanya^[13]'dan sonra Almanya'da yeni bir mekanizma öngörülmüştür. 2011'de getirilen mekanizmada önce dosyaya bakmakta olan merciye, sonuç alınamazsa üst merciye başvuru imkanı tanınmıştır. Bu başvurunun sonucunda önleyici tedbir olarak yargılama sürecinin hızlandırılmasına karar verilebileceği gibi, giderici bir tedbir olarak tazminata da hükmedilebilmektedir.

b. Üst Merciyeye Başvuru - Şikayet

Polonya

Polonya'da uzun yargılama şikayetleri görece eski tarihlere dayanmaktadır. AİHM'in Polonya'yı uzun yargılama sürelerinden dolayı Bakanlar Komitesi'nin gözetimi altına aldığı 2000 tarihli Kudla v. Polonya^[14] kararından sonra, 2004 tarihli bir kanunla makul süre şikayetlerinin incelenmesi için mekanizma öngörülmüştür. Bu mekanizmada her somut olayın kendi özelliklerine göre makul bir süre gerektireceği düşünülerek uzun yar-

[10] Milosevic, Bojovic, 2017, s. 458.

[11] Milosevic, Bojovic, 2017, s. 462 vd.

[12] Braasch 2010, 1008.

[13] AİHM, Rumpf v. Germany, B. No: 46344/06, 02/09/2010.

[14] AİHM, Kudla v. Polonya, B. No: 30210/96, 26/10/2000.

gılamanın tespitinde sabit bir süre öngörülmemiştir.^[15]

Polonya’da uzun yargılama şikayeti, o dava ya da prosedür sürerken bir üst merciye yapılmaktadır. Bir üst derece mahkemesinin bu şikayeti “derhal” sonuca bağlayacağı düzenlenmiştir. Buradaki “derhal” ifadesi ancak bir vurgu niteliği taşıyabilir nitekim her ne kadar derhal karara bağlanması arzu edilse de o şikayetin yapıldığı daire ya da merci şikayeti elindeki iş yüküne göre sıraya koyarak inceleyecektir. Bu mekanizmada üst derece mahkemesi şikayeti haklı görürse iki tür tedbir ya da yaptırım öngörebilmektedir: ivedi yargılama (yargılamanın hızlandırılması) ve tazminat.^[16]

Üst derece mahkemesi önleyici tedbire hükmettiğinde, davaya bakmakta olan mahkemenin yargılama sürecini hızlandırmasını emretmektedir. Ancak bu hızlandırma emrinin, yukarıda ayrıca tartışıldığı üzere, hukuk devleti ilkesinin getirdiği güvencenin içini boşaltmadan kullanılması önem taşımaktadır. AİHM 2015 tarihli Rutkowski kararında Polonya’daki bu sistemi değerlendirdiğinde hükmedilen tazminatları yeterli bulmamış ancak özellikle ceza yargılamalarına ilişkin olarak bu mekanizmanın etkili olarak değerlendirilebileceğini ifade etmiştir.^[17] 2020 yılında ise AİHM 2015 tarihli bu içtihadını gözden geçirmiş ve Wcislo ve Cabaj v. Polonya kararında Polonya’da benimsenen tedbirlerin hiçbirinin 13. Maddenin gerektirdiği ölçüde etkili bir başvuru yolu oluşturamadığına karar vermiştir.^[18]

Çek Cumhuriyeti

Çek Cumhuriyeti’nde de uzun yargılamaya ilişkin şikayetlerin üst merciye başvuru şeklinde yapıldığı bir mekanizma öngörülmüştür. Bu sistemde uzun yargılama şikayetinin başvurusu dosyaya bakan merciye yapılmakta, şikayet bu merci tarafından şikayeti incelemekle yetkili olan üst merciye iletilmektedir. Karar merci olan bu üst merci 1 ay içinde şikayeti karara bağlar. Bu mercinin şikayete ilişkin verdiği kararlar kesindir. Bu mekanizma esasen önleyici tedbir öngörülmesi için benimsenmiştir. Şikayet

[15] Milosevic, Bojovic, 2017, s. 452.

[16] Zombory, 235, 237.

[17] AİHM, Rutkowski ve diğerleri v. Polonya, B. No: 72287/10, 07/07/2015.

[18] AİHM, Wcislo ve Cabaj v. Polonya, B. No: 49725/11, 79950/13, 06/08/2020. Ayrıca bkz. Zombory, 239 vd.

sonucunda makul sürenin aşıldığı tespit edilirse dosyaya bakan merciye o dosyanın sonuçlandırılması için belirli bir süre verilmektedir.

Giderici tedbirler ise bu şikayetin dışında işlemektedir. Adalet başkanlığına yapılacak ayrı bir başvuruyla kamu makamlarının haksız fiiline dayanılarak tazminata hükmedilebilmektedir.

Çek Cumhuriyeti'nde uzun yargılama şikayetlerini incelemek için oluşturulmuş bu mekanizmayı düzenleyen kanun, bir geçiş hükmü içermektedir bu sayede mekanizma geçmişe etkili olarak işletilebilmektedir.

c. O yargı kolu dışında bir merciye başvuru

Hırvatistan'da uzun yargılama şikayetlerini iletmek üzere benimsenen mekanizmada Anayasa Mahkemesine bir yetki verilmiştir. Anayasa Mahkemesine yapılacak başvurunun sonucunda Mahkeme yargılamanın makul süreyi aştığını tespit ederse hızlandırıcı tedbire hükmedebilmektedir.

2. Davanın Düşmesi

Kıta Avrupası dışında ABD'de ve Kanada'da uzun yargılama sürelerine ilişkin olarak benimsenen uygulamada makul sürede sonuçlandıramayan dava düşmektedir. Ancak bu uygulamanın kötüye kullanmaya müsait olduğunu, taraflar davayı düşürmek için dosyayı sürüncemede bırakabileceğini vurgulamak gerekmektedir.

B. Düzeltici Tedbirler

AIHM uzun yargılama şikayetlerini incelemek için kurulacak mekanizmanın etkililiğine ilişkin olarak birtakım kriterler belirlemiştir. Bu kriterler genel olarak düzeltici tedbirlere ilişkindir:

- Tazminat talebinin makul sürede neticelendirilmesi
- Tazminat bedelinin en geç 6 ay gibi kısa bir sürede ödenmesi
- Tazminat talebi inceleme mekanizmasının sözleşmenin 6. Maddesinde belirtilen adil yargılanma ilkesinin asgari standartlarını taşıması
- Bu inceleme sürecindeki yargılama giderlerinin başvuru sahipleri üzerinde ağır yük oluşturmaması

1. Maddi Tazminat

a. Yargı mercilerine başvuru

Macaristan

Macaristan'da makul süre şikayetlerini gidermek için öngörülen mekanizma 2015 tarihli AİHM'in Gazso v. Macaristan pilot kararından sonra getirilmiştir.^[19]

2018 yılında ise yeni usul kanunlarıyla makul sürede yargılamaya yönelik önleyici tedbirler öngörülmüştür.^[20] Bu çerçevede, kişilere, davaya bakmakta olan mahkemeye “uzun süreli yargılama şikayeti” yapabilme imkanı tanınmıştır. Bu mekanizma uzun yargılamalar karşısında bir sorumluluk mekanizması değildir ya da bir tazminat talebi karşılamamaktadır.

2021'de uzun yargılama sürelerine ilişkin olarak yeni bir düzenleme yapılmış, bu düzenleme 1 Ocak 2022'de yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme doğrudan uzun yargılama sürelerine özgülenmiş, medeni kanun çerçevesinde istenebilecek tazminat hakkından bağımsız bir mekanizma öngörmektedir.^[21]

Bu düzenleme belirli süreler öngörmüş ve bu sürelerin aşıldığının tespit edilmesi halinde makul sürenin aşıldığı yönünde karar verileceği öngörülmüştür.

İlk olarak yargılamanın tüm aşamalarını kapsayan, aşılması durumunda makul sürenin aşıldığı kararının verileceği bir genel süre öngörülmüştür, bu süre 60 aydır.

Ayrıca yargılamanın farklı aşamaları için farklı süreler de öngörülmüştür. Bu süreler de şu şekilde^[22]: ilk derece yargılamasında 3 ay, tazmin süreçleri için 36 ay, ikinci derece yargılamasında geçen süre için 18 ay, yüksek mahkeme önünde geçen süreler için 20 ay. Bu süreleri aşan durumlarda başkaca bir araştırmaya gerek olmadan başvurucuya doğrudan tazminat ödenmektedir. Bu sürelerin aşılması halinde ödenecek tazminatın miktarı kararnameyle belirlenmektedir.

Bu tür düzenleyici sürelerin yargıçların önlerindeki dosyaya bakarken yargılama usulünü yönetmekteki bağımsızlığa uygun olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

[19] Oganessian et al., 302.

[20] Zombory, 226.

[21] Zombory, 227.

[22] 1 Ocak 2022'de yürürlüğe giren XCIV Numaralı Kanun (2021).

İtalya

Makul sürede yargılanmaya ilişkin mekanizmaların ilklerinden biri de İtalya'da benimsenmiştir. 2001 tarihli Pinto kanunu olarak bilinen düzenleme özellikle doktrinde çok fazla başvurulmuş bir örnek, ancak olumsuz anlamda.^[23] Çünkü bu mekanizma AİHM önündeki makul sürede yargılanma hakkı ihlali başvurularını bir ölçüde azaltsa da aslında ulusal düzeyde mahkemelerin yükünü arttırmıştır. Dolayısıyla uzun yargılama sürelerini azaltmak yerine içinden çıkılmaz bir hale getirmiştir. Ek olarak Pinto kanunuyla benimsenen bu mekanizma yalnızca tazminata hükmetmekten ibarettir, hızlandırıcı bir tedbir öngörmemiştir.

2012 yılında yukarıda sözü edilen ilk mekanizmaya yöneltilen eleştirilerin giderilmesi için yapılan birtakım değişikliklerle daha etkili bir yol olduğu söylenebilmektedir.

Hollanda

Hollanda'da Yüksek Yargı Kurulu Raad voor de Rechtspraak'a uzun yargılama süreleri için tazminata hükmetme imkanı verilmiştir.^[24]

b. Yürütmeye başvuru

Çek Cumhuriyeti

Çek Cumhuriyeti'nde giderici tedbirler az önce sözünü ettiğim uzun yargılama şikayeti dışında işlemektedir. Adalet bakanlığına yapılacak ayrı bir başvuruyla kamu makamlarının haksız fiiline dayanılarak tazminata hükmedilebilmektedir.^[25] Bu mekanizmayı düzenleyen kanun bir geçiş hükmü de içermektedir, bu sayede mekanizma geçmişe etkili olarak işletilebilir.^[26]

İspanya

Yargılamanın bitiminde yargılamada makul sürenin aşıldığı iddiasıyla Adalet bakanlığına tazminat talebinde bulunulabilmektedir. Bu talep kar-

[23] Milosevic, Bojovic, 2017, s. 451.

[24] Kuijer, 791-792.

[25] Milosevic, Bojovic, 2017, 451-52.

[26] Kuijer 792.

şılanmazsa idari yargıya başvuru yolu açıktır.

Bulgaristan

Dimitrov ve Hamanov v. Bulgaristan^[27] ve Finger v. Bulgaristan pilot kararlarından sonra 2012’de, yapısal problemlerin çözümüne yönelik önemlerin yanı sıra bir mekanizma daha getirilmiş. Bu mekanizmayla uzun yargılama neticesinde Adalet Bakanlığına yapılan başvuruyla tazminat talep edilebilmektedir.^[28]

2. Tazminat dışındaki giderimler

Sırbistan

Sırbistan’da üç çeşit giderici yaptırım öngörülmüştür bunlardan ikisi tazminat dışındaki giderimlerdir: Ombudsmanlıktan alınabilecek, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair yazılı ifade ve kararın duyurulması.

Hollanda

Avrupa’da pek çok ülkede görülebilen bir uygulama Hollanda’da yerleşik bir biçimde uygulanmaktadır. Hollanda’da yüksek mahkeme ceza davalarında yargılama sürelerine ilişkin gözetilmesi gereken hususları ve uzun yargılamanın sonuçlarını iki kararla ortaya koymuştur.^[29] Bu doğrultuda mahkemeler, re’sen makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini gözetebilmektedir. Mahkeme bir ihlal tespit ederse infaz edecek cezadan bir indirimle gidilebilmektedir. Bu indirim cezanın ciddiyeti ve yargılama süresinin ne kadar uzadığı gözetilerek belirlenmektedir. Kişi uzun yargılama sonunda beraat etmişse maddi tazminat talebinde bulunabilmektedir.^[30]

Benzer bir uygulama ceza yargılamaları bakımından Bulgaristan’da da

[27] Dimitrov ve Havanov v. Bulgaristan, B. No: 48059/06 ve 2708/09.; Finger v. Bulgaristan, B. No: 37346/05.

[28] Milosevic, Bojovic, 2017, 452.

[29] Hollanda Yüksek Mahkemesi 3/10/2000 (LJN AA7309); Supreme Court 17/6/2008 (LJN BD2578).

[30] Kuijer, 791-92.

benimsemiş ancak ciddi olmayan suçlarla sınırlı olarak getirilmiştir.^[31]

3. Yargıçların sorumluluğu

Slovakya

2001’de uzun yargılama şikayeti bir anayasa şikayeti olarak düzenlenmiştir. Anayasa mahkemesi yargılamada makul sürenin aşıldığını tespit ederse tazminata hükmedebilmektedir.

2004’te yapılan bir düzenlemeyle makul sürenin aşılmasında yargıcın sorumluluğuna gidilebileceği, gecikmede bir sorumluluğu varsa yargıca rücu edilebileceği düzenlenmiştir. Ek olarak yargılamanın gecikmesinden sorumlu olan yargıcın kusuru olması durumunda disiplin soruşturması da işletilebilmektedir.

Esasen bu gecikmelerin genellikle yapısal sorunlardan kaynaklandığı düşünülürse “hesabın yargıca kesilmesi” de bu mekanizmaların içerdiği tehlikelerden biri. Dolayısıyla Slovakya’da benimsenen bu türden bir düzenleme tehlikeli bir düzenleme de olabilir, bu tür bir mekanizmada yargıcın sorumluluğuna gidecek merciin niteliği önem taşımaktadır. Yargıcın sorumluluğuna gidilmesinde yürütmenin etkisinde bir karar süreci öngörülüyse “yapısal problemin hesabının yargıca kesilmesi” tehlikesi doğabilir. Bu çerçevede, süreci bağımsız yüksek yargı kurullarının yürütmesinin bu tehlikeleri bir nebze giderebileceği düşünülebilir.

Benzer şekilde Hollanda’da da yargılamada makul sürenin aşılmasında kusuru olduğu düşünülen yargıçların haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmektedir.^[32]

Türkiye Açısından Değerlendirme

Türkiye’de uzun yargılama sürelerine yönelik şikayetlerin incelenebilmesi için 2013’te Tazminat komisyonu kurulmuştur. Bu komisyonun ilk biçiminde Hazine ve Maliye Bakanlığı personeli içinden de 1 kişi atanmaktaydı, dolayısıyla hakimlerden oluşan bir kurul değildi. 2023 yılında komisyonun yapısında yapılan değişiklikle bürokrasi kaynaklı bu üyelik kaldırıldı, şu an tüm üyeler hakim ve savcılar arasından atanıyor:

“Bu Kanun kapsamında yapılacak müracaatlar hakkında karar vermek üzere Bakanlığın merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan

[31] Oganessian et al., 300.

[32] Kuijer, 792.

hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından atanacak dokuz kişiden oluşan bir Komisyon kurulur. Komisyon Başkanı bu üyeler arasından Adalet Bakanı tarafından belirlenir. Komisyon, iş durumuna göre üç üyeden oluşan heyetler halinde de çalışabilir. Heyetlerin başkanları Adalet Bakanı tarafından; heyetlerin oluşumu ve yokluklarında birbirlerinin yerine bakacak üyeler ile iş bölümü Başkan tarafından belirlenir. Başkan, Komisyonun ve heyetlerin verimli ve uyumlu şekilde çalışmasından sorumludur.^[33]

2018 yılında Anayasa Mahkemesi önünde derdest olan makul süre şikayetlerini içeren bireysel başvurular için bir tazminat komisyonu yolu açılmıştır.^[34]

2022 Nevriye Kuruç başvurusunun sonucunda Anayasa mahkemesi yasamaya çağrı niteliğinde bir pilot karar vermiştir. Bu kararla Mahkeme uzun yargılama sürelerine ilişkin şikayetleri inceleyecek bir mekanizma öngörülmesi gerektiğini vurgulamıştır.^[35]

2023 Mart ayında TBMM tazminat komisyonunu kuran kanuna eklenen bir geçici maddeyle o ana kadarki başvurular için tazminat komisyonuna başvuru yolunu açmıştır.

2023 Keser Altıntaş kararında mahkeme, daha önce belirtildiği üzere bireysel başvurunun ikincil niteliğine vurgu yapmıştır. Sonuç olarak bu yapısal sorunu gidermek üzere Anayasa Mahkemesine bireysel başvurudan önce gidilebilecek, ihlallerin sonuçlarını giderebilecek başka bir yol öngörülmesi gerekmektedir. Yukarıda ele alınan örnekler göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapmak gerekirse, herhangi birinin en iyi yolu bulduğu sonucuna varabileceğini söylemek mümkün görünmüyor. Bu örneklerin her biri kendi hukuk sistemleri ve yargı örgütü içerisinde kendilerine en uygun çözümleri bulmaya çalışmıştır. Venedik Komisyonu ve AİHM de bu mekanizmaların etkili olup olmadığını değerlendirirken de bir idealden hareket etmemekte, her bir sistemi kendi içerisinde kendi olanaklarına göre değerlendirmektedir.

Buradan hareketle de Türkiye için de kendi olanakları ve imkanları

[33] 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun, m. 4. RG Tarih 9/1/2013, Sayı: 28533, Cilt: 53.

[34] 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun, Geçici madde 2.

[35] Nevriye Kuruç [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.

doğrultusunda en uygun ve belki en az maliyetle en etkili olabilecek yolu seçmek gerekmektedir. Bu açıdan benimsenecek mekanizmayı sistemin tüm unsurlarına etkisiyle birlikte düşünerek bir yol tasarlamak önem taşımaktadır.

Bu da bana elimizdekini olabilecek en iyi haline getirmek gibi görünüyor. Burada şuna da cevap vermek gerek: örneklerin neredeyse tamamı bu şikayetleri inceleme yetkisini yüksek mahkemelere veriyor ancak İtalya örneğinde de gördüğümüz gibi, bu şikayetleri inceleme yetkisiyle artan iş yükü sonuçta yargılama sürelerini daha da uzatabilir. Özellikle de ele aldığımız örneklerin hiçbirinin nüfusunun Türkiye kadar olmadığını ve iş yükünün de Türkiye'deki kadar fazla olmadığını göz önünde bulundurursak.

Bu nedenle şu noktada Türkiye'de bunu bir üst merciye şikayet ya da dosyaya bakan merciye başvuru şeklinde bir mekanizma oluşturmanın diğer sakıncalarının yanı sıra sistemi kilitleme riskini de taşıdığını düşünüyorum.

Elimizdekini olabilecek en iyi haline getirirken öncelikle şunu hatırlamak gerek: Hak ihlali iddialarını inceleyecek ve sonuca bağlayacak bir merciden söz ediyoruz. İdeal olan başta da söylediğimiz gibi hakimlik güvencelerine sahip üyelerden oluşan, adil yargılanma hakkının ve yargı bağımsızlığının güvencelerini taşıyan, sürekli bir merci olarak tasarlanması.

Tazminat komisyonunun ilk halindeki bürokrat üye zaten artık yok, yargıçlardan oluşan bir kurul durumunda. Sürekli bir komisyon haline getirilmesi şu an için etkili olarak değerlendirilebilir. Komisyonun iş yükü de düşünülerek üye sayısı artırılabilir. Ek olarak yargı bağımsızlığını güvence altına almak adına bu üyelerin yargıçlar arasından ve yargıçlar tarafından seçilmesi yerinde olacaktır. Yüksek Mahkemelerin, tetkik hakimleri arasından üye ataması düşünülebilir.

Örneğin Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu kendi tetkik hakimleri arasından 6 üye; Yargıtay Hukuk Daireleri Genel Kurulu kendi tetkik hakimleri arasından 6 üye; Danıştay Genel Kurulu da kendi tetkik hakimleri arasından 3 üye atayabilir.

Peki az önce ele aldığımız yaptırımların Türkiye'ye uygulanabilirliği açısından ne düşünülebilir? Önleyici tedbirlerin özellikle hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı bakımından doğurduğu tehlikelerden söz etmiştik. Türkiye'de bu tehlikelerin başka vesilelerle gündemde olduğunu da hatırla tutarsak bu dengeyi sağlamanın kolay olmayacağını rahatlıkla söyleyebiliriz.

Sonuç olarak Tazminat Komisyonunun az önce önerdiğim yapısıyla, AİHM'in ortaya koyduğu kriterlere uygun bir şekilde uzun yargılama şikayetlerini inceleyerek karara bağlaması ve ihlal tespit etmesi halinde tazminata hükmetmesi şu an için etkili bir mekanizma oluşturacaktır.

Kaynakça

Marinkovic, Ayşegül Uzun, ve Kamber, Kresimir. “Fostering Domestication of Human Rights through the Exhaustion of Domestic Remedies.” *Inter-American and European Human Rights Journal* 9, No. 2 (2016): 334-357.

Wolfrum, Rüdiger, ve Deutsch, Ulrike (eds). *The European Court of Human Rights overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*. Heidelberg: Springer, 2009.

Gass, S. “Non-Enforcement and Lengthly Enforcement of Decisions Delivered by National Civil and Administrative Courts: The Absence of Effective Domestic Remedies.” *Law of Ukraine: Legal Journal* 2011, no. 5-6 (2011): 148-152.

Braasch, Patrick. “Germany’s Compliance with the European Convention of Human Rights’ Length of Procedure Requirements.” *German Yearbook of International Law* 52, (2009): 657-661.

Braasch, Patrick. “Follow-up: The European Court of Human Rights’ Pilot Judgment on Excessive Length of Proceedings before German Courts.” *German Yearbook of International Law* 53, (2010): 1007-1012.

Czerniak, Dominika. “Right To Complain About Excessive Length of Proceedings and to Claim Compensatio.” *Ius Novum* 4, (2017): 119-141.

Kurban, Dilek. “Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights’ Pilot Judgment Procedure for Victims of Gross and Systematic Violations.” *Human Rights Law Review* 16, (2016): 731-769.

Glas, Lise R. “The Functioning of The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in Practice.” *Netherlands Quarterly of Human Rights* 34/1, (2016): 41-70.

Kindt, Eline. “Giving up on individual justice? The effect of state non-execution of a pilot judgment on victims.” *Netherlands Quarterly of Human Rights* 36, No. 3 (2018): 173-188.

Morawska, Elzbieta. "The Principles of Subsidiarity and Effectiveness: Two Pillars of an Effective Remedy for Excessive Length of Proceedings within the Meaning of Article 13 ECHR." *Polish Yearbook of International Law* 39, (2019): 159-186.

Milošević, Monika ve Bojović, Ana Knežević. "Trial Within Reasonable Time in Eu Acquis and Serbian Law." *Eu and Comparative Law Issues and Challenges* 1, (2017): 447-467.

Edel, Frederic. "The length of civil and criminal proceedings in the case-law of the European Court of Human Rights." *Council of Europe Publishing, Human Rights Files* No:16, (2007).

Report on the Effectiveness of National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceedings, Adopted by the Venice Commission at its 69th Plenary Session (Venice, 15-16 December 2006).

Kujier, Martin. "The Right to a Fair Trial and the Council of Europe's Efforts to Ensure Effective Remedies on a Domestic Level for Excessively Lengthy Proceedings." *Human Rights Law Review* 13, No.4 (2013): 777-794.

Kamilovska, Tatjana Zoraska. "Effective Remedy for Excessive Length of Proceedings: A Macedonian Perspective." *Access to Justice in Eastern Europe* 2021, No. 1 (2021): 61-78.

Zombory, Katarzyna. "The right to an effective remedy: a key element for ensuring the effectiveness of the ECHR human rights systems– the example of Poland and Hungary." içinde: Efficiency of the Judiciary, Artur Mezglewski(ed), (2023): 205-244.

Oganesian, Tigran D.; Markhgeym, Marina V., Novikova, Alevtina E.; Safronova, Elena V.; Tonkov, Evgeniy E. "Length of Legal Proceedings and the Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights: New Challenges and Problems." *Revista San Gregorio*, No.42, (2020): 293-305.

Sever Tina, Đanić Ana, Kovač, Polonca. "Effective Legal Protection against the Excessive Length of Administrative Decision-Making: The Cases of Slovenia and Croatia." *The NISPACEE Journal of Public Administration and Policy* IX, No. 1, (2016): 135-166.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları İkinci Oturum

UZLAŞTIRMA KURUMU

Uzlaştırmada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Yusuf GÖZEL

I. GİRİş

Uzlaştırma ile ilgili sorunlar ve çözüm önerilerine geçmeden önce Uzlaştırma Daire Başkanlığı'nın özellikle son 5 yılda yaptığı güzel **çalışmalara** **aşağıdaki aşağıda birkaç örnek vermek isterim:**

- Uzlaştırma ile ilgili **eğitici eğitiminin yapılması,**
- Eğitim ile ilgili nitelikli dokümanların hazırlanması,
- Uzlaştırma eğitimlerinin planlı bir şekilde yürütölmesi,
- Tüm adliyelerde uygulama birlikteliğinin sağlanması yönünde çalışmalar yapılması,
- Uzlaştırmacılar, savcılar ve büro personelinin benzer eğitimlere tabi tutulması,
- Nitelikli yenileme eğitimi yapılması,

Bu oturum vesilesiyle Ceza İşleri Genel Müdür yardımcısı Orhan Cuni Beye, Uzlaştırma Daire Başkanı Merve Özcan hanıma Uzlaştırma Kurumu ile ilgili çalışmaları sebebiyle tebrik ederim.

Bu çalışma: Ankara, İstanbul, İzmir, Adana, Konya, Muğla İllerinde görev yapan uzlaştırmacı meslektaşlardan alınan geri bildirimler çerçevesinde hazırlandı. Bu sebeple bu sunuma katkısı sebebiyle başta **Uzlaştırmacı Av. Nazlı Özlem Atmaca** olmak üzere, katkı sunan tüm meslektaşlara teşekkür ederim.

II. UZLAŞTIRMA TOPLANTI (MÜZAKERE) ODALARI KONUSU:

A. PROBLEMİN TESPİTİ:

(Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği Md:35)

“Uzlaştırmanın yapılacağı yer ve zaman

MADDE 35 – (1) *Uzlaştırma müzakereleri;*

a) Adliye binalarında uzlaştırma müzakereleri için oda tahsis edilmişse bu yerlerde,

b) Kamu kurum ve kuruluşlarında bu amaçla ayrılan yerlerde,

c) Tarafların kabul etmesi şartıyla uzlaştırmacının faaliyetlerini yürüttüğü büroda,

ç) Tarafların menfaatlerine uygun, kendilerini huzurlu hissedecekleri güvenli bir ortamda veya taraflarca kabul edilen bu işe uygun başka yerlerde, gerçekleştirilebilir.

(2) Uzlaştırma müzakerelerinin adliye binalarında gerçekleştirilmesi hâlinde toplantı odalarının düzenlenmesi, gerekirse güvenliğinin sağlanması, uzlaştırma toplantıları için tahsis sıra ve saatlerinin belirlenmesi Cumhuriyet başsavcılığı tarafından yerine getirilir.”

i. **2023** yılına ilişkin **uzlaştırma istatistikleri** şu şekildedir:^[1]

488.958 adet, uzlaştırma bürosuna gönderilip işlemleri biten toplam dosya sayısıdır.

225.027 adet dosyada uzlaştırma süreci olumlu sonuçlanmıştır. (oran %46,02)

[1] <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/HaritaGoster/Harita1>

45.182 adet dosya müzakere aşamasında olumsuz sonuçlanmıştır. (oran %9,25)

218.749 adet dosya uzlaşma teklifi aşamasında olumsuz sonuçlanmıştır. (oran %44,73)

- ii. Alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olan uzlaştırmanın, bu kurumun felsefesine ve ruhuna uygun mekânlarda yapılması, kurumun başarısı açısından önem taşımaktadır. Uzlaştırmacı meslektaşlardan aldığım geri bildirimlerin ilk sırasında, uzlaştırma toplantı odaları ile ilgili konu var. Gelen geri bildirimler; toplantı odalarının bazı adliyelerde yeterli sayıda olmadığı, bazı adliyelerde ise toplantı odalarının fiziki şartlarının iyileştirilmeye muhtaç olduğu yönündedir. Örneğin Ankara adliyesinde 10 civarında toplantı odası mevcuttur. Geçmişe göre bu iyi bir sayıdır. Ancak, odaların ses yalıtımının iyi olmaması, yan odada konuşulanların duyulması, hem gizlilik konusunda sıkıntı yaratabilmekte, hem de verimli bir görüşme yapılmasını zorlaştırmaktadır.
- iii. Ayrıca toplantı odalarının standart 3 kişilik olması, çok taraflı dosyaların toplantısının burada yapılmasına engel teşkil etmektedir.
- iv. Adliye toplantı odaları ile ilgili bir diğer konu, bu odaların sadece mesai saatlerinde kullanılabilmesidir. Oysa dosyaların tarafları bazen iş çıkışı ya da hafta sonu görüşmeyi talep etmektedir. Ayrıca uzlaştırmacıların önemli bir kısmının devlet memuru olması, mesai saatlerinde çalışıyor olmaları, yine mesai sonrası ya da hafta sonu toplantı odası kullanılması ihtiyacını doğurmaktadır. Bu konudaki zorluklar, uzlaştırmacıların uygun olmayan mekânlarda taraflarla görüşmeleri sonucunu doğurabilmektedir.

- v. **Bir kamu kurumunda çalışmakta olan uzlaştırmacıların** çalıştıkları kurumlarda uzlaştırma görüşmelerini yapabilecekleri bir toplantı odası olmaması, adliyedeki toplantı odalarının ise mesai saatleri dışında kapalı olması, bir problemdir.

B. ÇÖZÜM ÖNERİSİ:

- i. **Uzlaştırma toplantı odalarının adliye dışına çıkarılması önerisi:** Adliye dışında, sırf uzlaştırma görüşmelerinin ve uzlaştırma ile ilgili diğer işlerin yapılacağı, sadece uzlaştırmacılara tahsis edilmiş bina/lar yapılması çözüm olacaktır.
- ii. **Projeler geliştirilmek suretiyle, arabuluculuk merkezlerinin kullanılması önerisi:** Türkiye’de şu anda 300 civarında arabuluculuk merkezi bulunmaktadır. Türkiye’nin her ilinde en az bir merkez vardır. Bu merkezler, tarafların bir araya gelip müzakereler yapmaları için özel olarak düzenlenmiştir. Bu merkezler aynı zamanda meslektaşların bilgi ve deneyimini paylaşabilecekleri birer okul işlevi de görmektedir. Projeler geliştirilmek suretiyle arabuluculuk merkezlerinin uzlaştırma görüşmeleri için kullanılması, hem ekonomik zorluk yaşayan merkezleri rahatlatacak hem de bu konunun ekonomik yoldan nitelikli bir şekilde çözümüne katkı sunacaktır.
- iii. Uzlaştırma toplantı odalarının adliyelerde olması güvenlik konusunda büyük rahatlık sağlamaktadır. Ancak, istisnalar hariç Türkiye’deki tüm adliyeler fiziki mekân problemi yaşadıklarından dolayı, bu odalar adliyelerin içinde olduğu sürece, bu konuda nitelikli bir hizmet alınması sözü konusu olmayacaktır. Uzlaştırmmanın adliye dışı alternatif bir çözüm yolu olması sebebiyle, toplantı odalarının adliye dışına çıkarılması, yapılan işin ruhuna daha uygun

olacaktır.

III. UZLAşTIRMA ÜCRETLERİ İLE İLGİLİ KONULAR

A. PROBLEMİN TESPİTİ:

Bu yıl uzlaştırma ücretlerine yapılan artış miktarı, uzlaştırma savcılarınca ücret takidinde genellikle asgari had üstünden ücretlerinin belirlenmesi, ücretlerin geç yatması, hangi dosyanın ücretinin yatırıldığıının anlaşılamaması, problem olarak meslektaşlar tarafından bildirilmiştir.

B. ÇÖZÜM ÖNERİSİ:

Bu yıl uzlaştırma ücretlerine %48 oranında zam yapıldı. Bu artış oranını az bulan meslektaşlar olduğu gibi yeterli bulan meslektaşlar da oldu. Benzer tarifeler ile kıyasladığımızda, uzlaştırma ücretleri rakam olarak makul düzeyde görünmektedir. Örneğın 2024 yılı bilirkişilik ücret tarifesine baktığımızda, Sulh hukuk Mahkemeleri için ön görülen ücret 1.100 TL, Asliye Hukuk Mahkemeleri için öngörülen ücret 1.820 TL'dir. 2024 yılı arabuluculuk ücret tarifesinde, anlaşmama halinde devler tarafından arabulucuya ödenecek ücret İş Hukuku ve Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında 2.080 TL'dir. Uzlaşma sürecinin müzakere aşamasında sonuçlanması ve ya sürecin uzlaşma ile sona ermesi halleri için ön görülen ücretler benzer tarifelerle kıyaslandığında, makul düzeyde görünmektedir. Bununla birlikte uzlaşmanın teklif aşamasında kalması durumu için tarifede öngörülen (590 TL ile 885 TL arasındaki)ücretin arttırılması faydalı olacaktır. Bu rakamlar düşük kalmıştır.

Meslektaşlardan gelen geri bildirimler, uzlaştırma savcılarının ücret aralığındaki alt sınırdan ya da alt sınıra yakın bir rakamı, ücret takdir ettikleri yönündedir. Uzlaştırma ücreti ile ilgili alt ve üst sınırlar, daha dar tutulmalıdır. Ya da ücret aralığı kaldırılarak dosyanın sonucuna göre standart bir ücret düzenlemesi getirilmelidir. “Uzlaştırma sürecinin teklif aşamasında olumsuz sonuçlanması”

durumunda ödenecek ücret, diğer ihtimallerde olduğu gibi kişi sayısına göre kademeli olarak düzenlenmelidir. Süreç teklif aşamasında kalsa bile, örneğin 2 taraflı dosyaya nazaran, 7 taraflı dosya için harcanan mesai çok daha fazladır. Dolayısıyla bu ücretin de kişi sayısına göre kademeli olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

IV. SEGBİS ODALARININ KONUSU:

A. PROBLEMİN TESPİTİ:

Segbis görüşme odalarının, özellikle Ankara, İstanbul, İzmir gibi illerde ihtiyacı karşılamaktan uzak olması, bir sorun olarak bildirilmiştir.

B. ÇÖZÜM ÖNERİSİ:

Her adliyede ihtiyaca göre sırf uzlaştırmacılara tahsis edilmiş olan birden fazla segbis odasının olması ve bu odalarda görevli bir teknik personelin bulunması, çözüm olacaktır.

V. UZLAŞTIRMA TEKLİF FORMU İLE İLGİLİ KONU

A. PROBLEMİN TESPİTİ:

Uzlaşma teklif formlarının ikinci sayfasında bulunan “**kabul ediyorum**”, “**kabul etmiyorum**”, “**üç gün içinde kararımı bildireceğim**” bölümlerinin kafa karışıklığına neden olması; müzakere aşamasına geçilmiş olsa bile uyumsuzluk taraflarının uzlaşmak istemedikleri zaman “kabul etmiyorum” seçeneğini işaretlemek istemeleri, dolayısıyla tarafların müzakere yapmasına rağmen “kabul etmiyorum” seçeneğini işaretlemesi neticesinde, uzlaştırmacının sanki müzakere yapılmamış gibi ücretinin tarifedeki en düşük rakamlardan ödenmesine sebebiyet vermesi, problem olarak bildirilmiştir.

Uzlaşma teklifinin asile yapılmasının zorunlu olması, uygulamada bazı zorluklar yaratmaktadır. Özellikle ünlü kişilerin olduğu dosyalarda bu problem mevcuttur. Ancak bu uygulama uz-

laştırmının ruhuna uygun olması ve büyük oranda kabul görmesi sebebiyle, devamı faydalı olacaktır.

B. ÇÖZÜM ÖNERİSİ:

Formun isminin “Uzlaştırma Müzakerelerine Davet Formu” ya da buna benzer bir isim olması, fayda sağlayacaktır.

Uzlaşma teklifinin asile yapılmasının zorunlu olması, uzlaştırmının ruhuna uygundur. Bu uygulamanın büyük oranda kabul görmesi sebebiyle, devamı faydalı olacaktır.

VI. TEBLİGAT İLE İLGİLİ PROBLEMLER;

A.PROBLEMİN TESPİTİ:

Uzlaştırma bürosu aracılığıyla tebligat ile yapılan uzlaştırma teklifinin, tebligat parçasının dosyaya takılmasının uzlaştırmacıdan istenmesi, tebligat sayısının çok fazla olması sebebiyle bu işin uzlaştırmacılar için angaryaya döndüğü, şeklinde geri bildirimler mevcuttur.

B. ÇÖZÜM ÖNERİSİ:

Uzlaştırma sürecinde tebligat işlemlerini yapma yetki ve görevi uzlaştırma savcılığı makamına aittir. Tebligat yapıldıktan sonra tebligat parçalarının uypap sistemine taranması ve yine tebligat parçasının dosyaya takılması, söz konusu makamın personeli tarafından yapılmalıdır.

VII. KAMU ÇALIŞANLARININ UZLAŞTIRMACILIK YAPMA-SINDAN KAYNAKLI PROBLEMLER;

A. PROBLEMİN TESPİTİ:

Yargılama sürecinin bir parçası olan uzlaştırmada hukuk fakültesi mezunları dışındaki kamu personelinin de uzlaştırmacı olması değişik problemleri beraberinde getirmektedir.(uzlaştırmacıların mesai saatleri içinde taraflarla görüşme yapması, uzlaştırma görüşmelerindeki gizlilik, tarafsızlık, eşitlik gibi şartlara uyulmadan

yapılan görüşmelerde tarafların çoğunlukla konuyu anlamaması, hukuk fakültesi mezunlarının sayısının fazlalığı ve genç avukatların iş bulmadaki güçlüğü dikkate alındığında, uzlaştırmacı olma hakkının sadece hukuk fakültesi mezunlarına verilmesinin gerekliliği, problem olarak bildirilmiştir.

B. ÇÖZÜM ÖNERİSİ:

Sicile kayıtlı uzlaştırmacıların kazanılmış hakları korunmak suretiyle, yeni alınacak uzlaştırmacılar için hukuk fakültesi mezunu olma şartı getirilmesi, bu yönde yasal düzenleme yapılması, faydalı olacaktır.

VIII. DİĞER BAZI KONULARDAKİ ÖNERİLER

- A. Uzlaştırmacılara yönelik toplu mesaj sistemi kurulması konusu: Uzlaştırmadaki güncel gelişmeler, süreçte yapılan yanlışlar, dairenin önerileri toplu SMS yolu ile tüm uzlaştırmacılara gönderilmesi, uygulama birlikteliği sağlanması açısından faydalı olacaktır.
- B. Uzlaştırmacıların dosya alabileceği savcılıklar listesinin Uzlaştırma Portalına eklenmesi ve böylelikle uzlaştırmacıların sadece dosya alabileceği savcılıkları seçmesine imkân tanınmalıdır.
- C. Uzlaştırmacıların karşılaştıkları problemleri iletebilecekleri whatsapp hattı, mail adresi ya da telefon hattı olmalıdır.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

YARGI VE ETİK

Yargı etiği nedir?

Küresel yargıda veya karşılaştırmalı hukukta yargı etiği ve Bangalor Yargı Etiği sistemi nedir?

Yargıtay'ın liderliğinde yürütülen ve 2017 yılından itibaren devam eden yargı

etiği reformu konusunda neler yapıldı ve neler yapılmalıdır?

Yargı etiği nedir?

Küresel yargıda veya karşılaştırmalı hukukta yargı etiği ve Bangalor Yargı Etiği sistemi nedir?

Yargıtay'ın liderliğinde yürütülen ve 2017 yılından itibaren devam eden yargı etiği reformu konusunda neler yapıldı ve neler yapılmalıdır?

Mustafa SALDIRIM

GİRİŞ

Ankara Barosunun Sayın Başkanı,

Kıymetli Hocalarım,

Çok Değerli Konuklar ve Öğrenciler

Sizleri saygıyla ve sevgiyle selamlıyorum.

“XIII. Uluslararası Hukuk Kurultayı”nın düzenlenmesinde emeği geçen Ankara Barosu Başkanı Sayın Mustafa Köroğlu'na ve Kurultay Düzenleme Kurulu'nun Sayın Üyelerine beni davet ettikleri için teşekkür ediyorum.

“*Yargıda Etik*” başlığı geniş bir konu olduğu için bu başlık altında anlatacaklarımı şu şekilde sınırlandırmaya çalıştım:

1-Yargı etiği nedir?

2-Küresel yargıda veya karşılaştırmalı hukukta yargı etiği ve Bangalor Yargı Etiği sistemi nedir?

3-Yargıtay'ın liderliğinde yürütülen ve 2017 yılından itibaren devam eden yargı etiği reformu konusunda neler yapıldı ve neler yapılmalıdır?

I. Etiğin İşlevi

Konuşmama öncelikle, “etiğin işlevi nedir?” sorusuyla başlamak istiyο-

rum. En yalın ve basit bir anlatımla etiğin işlevi, bir davranışın iyi veya kötü, doğru ya da yanlış olduğunu bize göstermesidir. Bu değerlendirme etik değerlere dayalı olarak yapılır. Örneğin “dürüstlük” etik değerlerden biridir. Hepimiz dürüstlüğün önemini biliriz, ona göre davranmaya çalışırız, bir insanın davranışının doğruluğunu ya da yanlışlığını veya iyi mi kötü mü olduğunu değerlendirirken, dürüstlük bizim için önemli bir ölçüttür. O halde değerler, bir davranışın etik olup olmadığı, daha açık bir anlatımla doğru veya yanlış ya da iyi veya kötü olduğu konusunda bize yol gösterirler ve değerlendirme yapma olanağı sağlarlar^[1].

Ahlak ise toplumsal kabuller, gelenekler, varsayımlar, kurallar ve yasalar üzerine kuruludur. Bu nedenle ahlak ve etiği kesin çizgilerle ayırmak gerekir. Ahlak, gelenek, örf ve adetler toplumdan topluma, zamana ve coğrafi bölgelere göre değişir veya değişebilir. Bu nedenle, “etik” kavramı yerine veya “etik” adı altında, kendi ideolojisini, geleneğini, dar ölçekli ahlak anlayışını veya ezberini dayatmaya çalışanlara karşı uyanık olmak gerekir. Böyle girişimlerin ya da yanlış bilgilerin yaygınlaşması, etik kavramının içinin boşaltılması veya ters yüz edilmesi sonucunu doğurabileceği gibi toplumun algısında da etiğin işlevsiz veya hiçbir işe yaramayan bir kavram olarak resmedilmesine neden olabilir. Günlük dilde kullanılan “ahlak” terimi öznel, bazı ahlaki anlayışlar da aslında bizatihi etik değerlerle çatışabilir. Örneğin, bir hâkimin TRT’de yayımlanan para ödüllü bilgi yarışmasına katılması, borsada sürekli ve gelir getirici şekilde hisse alım ve satımı yapması, baktığı dosya ile ilgili olarak bilgisine güvendiği bir akademisyenden görüş alması, “ahlaksızlık” olarak nitelendirilemezken; bu davranışlar Yargıtay Yargı Etiği Danışma Kurulu kararları ile etiğe aykırı bulunmuştur^[2].

[1] Saldırım, Yargı Etiği Pratik Çalışmalar, Ankara 2022 (Yargı Etiği), s.5.

[2] Bkz. Yargıtay Yargı Etiği Danışma Kurulu Kararları ve İlgili Mevzuat, Ankara 2023 (Kurul Kararları), s.11-16, s.23-31; 71-79.

Yargı etiği nedir?

Küresel yargıda veya karşılaştırmalı hukukta yargı etiği ve Bangalor Yargı Etiği sistemi nedir? Yargıtay'ın liderliğinde yürütülen ve 2017 yılından itibaren devam eden yargı etiği reformu konusunda neler yapıldı ve neler yapılmalıdır?

Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin Yorumuna (Yorum) göre, hâkimin bir davranışına ilişkin uygun sorgu, davranışın bazı dini inançlara göre ahlaki ya da ahlak dışı olması veya toplumsal standartlara göre kabul edilebilir olup olmaması değildir. Çünkü bu anlayış, dar ölçekli ahlakın keyfi ve değişken biçimde dayatılmasına yol açabilir. Burada önemli olan hâkimin yetkilendirildiği görevi yapma becerisinin adillik, bağımsızlık ve halka saygı gibi merkezi bileşenlerine ve halkın gözünde işini yapmaya uygun olduğu algısına nasıl yansıdığıdır^[3].

Bu nedenle, etik bir bilgi konusudur ve ancak bu konuda profesyonel bir eğitim alınarak öğrenilebilir. Yaygın kanaatin aksine aileden etik öğrenilemez. Aileden ancak görgü, nezaket, ahlak, örf, adap, gelenek gibi belli bir toplumda ve belli bir zaman diliminde geçerli olan davranış kuralları öğrenilebilir ki (az önce açıkladığım üzere) bunların etik yerine ikame edilmesi mümkün değildir.

Etik değerler sadece yargı alanında değil, başta tıp olmak üzere, antropoloji, ekonomi, politika, sosyoloji, kriminoloji, psikoloji, biyoloji, ekoloji gibi birçok alanda önem taşır. Her bir disiplinin etik ilkelerinde bazı değerler daha çok öne çıkabilir. Örneğin tıpta insan yaşamının korunması öne çıkarken, yargı etiğinde bağımsızlık değeri oldukça önemlidir.

Etik değerlerin diğer önemli bir özelliği de evrensel olmasıdır. Bu değerler belli bir coğrafyaya, kültüre ya da uygarlığı ait değildir. Örneğin yargı etiğine ilişkin değerlerin köklerine; MÖ 1500'lü yıllarda antik Mısır ve Hindu Kanunu metinlerinde; MÖ 500 yılında Budist felsefesinde; MÖ 450 yılında (Hâkim en geç güneş batarken hükmünü verecek" emrini de içeren) Roma On İki Levha Kanunlarında; yaklaşık MÖ 312 yılında Çin hukukunda; Yunanistan ve Roma ile aynı zamanda Afrika'da gelişen hukuk sistemlerinde; MS 12. Yüzyılda Musevi âlimlerin yazılarında, Eski Ahit öğretilerinde, ayrıca çok somut ve kapsamlı biçimde İslam hukukunda rastlayabilirsiniz. Yargı değerleri sadece evrensel değil, aynı zamanda ebedidir.

[3] Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin Yorumu, Ankara 2020 (Yorum), s.80 (Çevirenler: Saldırım, M./Eriş, N./Batur, F.)

Bu değerler hepimizin ortak mirasıdır^[4].

II. Yargı Etiği Bir Sistemdir

“Yargı etiği” ve özellikle de “pratik yargı etiği” denildiğinde öncelikle anlamamız gereken hâkimlerin davranışlarının etik ilkelere uygunluğu değil, buna ilişkin “*yaşayan bir etik sistem*” olmalıdır. Yargı etiği konusunda uluslararası standartlara uygun bir yargı etiği sistemi yoksa, hâkimlerin davranışlarının uygulamada etik ilkelere uygun olup olmadığı konusunda yapılacak tartışmalar havanda su dövmekten öteye gidemez. Çünkü “*yaşayan bir etik sistemin olmaması*”, en yalın ifadeyle uygulamada doğru etik değerlendirme yapmaya elverişli araçlarınızın ve mekanizmalarınızın olmadığı anlamına geleceği gibi bu konuda hukukçu çevreler de dahil olmak üzere toplumda yeterli bir bilinç olmadığı anlamına da gelir. Böylesine önemli bir eksiklik, elbette konunun akademik bakımdan ele alınmasına ve tartışılmasına engel değilse de yargı etiğinin yargı kültürünün bir parçası olmasına açık ve aşılmaz bir engel oluşturur.

Yargı etiği bakımından ise Bangalor Yargı Etiği İlkelerini ve Yorumu esas alan Birleşmiş Milletler nezdinde geliştirilen etik sistem dünyada genel olarak kabul görmüştür. Yargıtay Başkanlığının yanı sıra birçok ülkenin yargı organı da kendi etik ilkelerini Bangalor Yargı Etiği İlkeleri’nden esinlenerek geliştirmiştir. Bu şekilde Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, yargı etiğinin yaygınlaştırılmasına önemli katkılarda bulunmuş ve dünyadaki adalet politikalarını derinden etkilemiştir. Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi’nin (EKOSOK) 27 Temmuz 2006 tarihli ve 2006/23 sayılı kararından sonra yargı etiği alanında bazı ülkeler kendi etik ilkelerini geliştirmiştir. İngiltere Yüksek Mahkemesi 2009, İskoçya Yargı Konseyi 2010, İtalya Ulusal Hâkimler Merkez Yürütme Kurulu 2010; Norveç Hâkimler Cemiyeti, Arazi Toplulaştırma Mahkemeleri için Tekna Sektör Birliği ve Ulusal Mahkemeler İdaresi 2010, Filipinler Yargıtayı 2004 (EKOSOK kararı 2006 tarihli ise de Bangalor Taslağının 2002 yılındaki versiyonundan

[4] Jayawickrama, N.: Yargıtay Etik Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu, Ankara 2017 (Yargıtay Yayını), s.30-31.

Yargı etiği nedir?

Küresel yargıda veya karşılaştırmalı hukukta yargı etiği ve Bangalor Yargı Etiği sistemi nedir? Yargıtay'ın liderliğinde yürütülen ve 2017 yılından itibaren devam eden yargı etiği reformu konusunda neler yapıldı ve neler yapılmalıdır? (Nijerya Ulusal Yargı Konseyi 2016 yılında yargı etiği kurallarını yayınlamıştır^[5]).

Bangalor Etik İlkelerinin gelişimi kısaca şu şekilde özetlenebilir: 2000 yılında, tüm kıtalardan çok sayıda ülkede toplumların kendi yargı sistemlerine duydukları güveni kaybetmeleri sonucu ortaya çıkan sorunun ele alınması amacıyla ilk toplantı yapılmıştır. Bu sorunu çözmek için hâkimlerin kendi görev alanlarına çekidüzen vermeye, yargı bağımsızlığı ilkesini tamamlayacak bir yargıda hesap verebilirlik kavramı geliştirmeye ve böylece halkın hukukun üstünlüğüne olan güvenini artırmaya yönelik kapsamlı bir çalışma sürdürülmüştür. Yargı etiği alanında dünyadaki tüm ulusal ilkelerin gözden geçirilmesinden sonra oluşturulan taslaklar; Asya-Pasifik, Amerika, Kıta Avrupası, Orta ve Doğu Avrupa bölgelerinin mahkeme başkanları ve kıdemli hâkimleri tarafından gözden geçirilmiştir. 75'ten fazla ülkeden hâkimlerin ve hükümet temsilcilerinin katıldığı 6 yılı aşkın bir danışma sürecinden sonra Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ve Yorum EKOSOK tarafından kabul edilmiştir.

Bangalor Yargı Etiği Sistemi, “yaşayan” bir sistem olup, değişen şartlara ve toplumu etkileyen değişimlere uyum sağlama özelliğine sahiptir. Örneğin, “sosyal medya” Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ile bu ilkeler üzerine yazılan Yorum'da yer almamıştır. Çünkü bu metinlerin hazırlandığı ve EKOSOK'ta kabul edildiği dönemde sosyal medya henüz pek bilinmiyordu. Buna rağmen, 2019 yılında Bangalor Yargı Etiği Sistemine uygun şekilde, “Hâkimlerin Sosyal Medya Kullanmasına İlişkin Bağlayıcı Olmayan Kurallar^[6]” geliştirilmiş ve yayımlanmıştır. Bu şekilde, teknolojik gelişmelerin tetiklediği sosyal değişimden kaynaklanan ihtiyaçlara cevap verilebilmesi, Bangalor'un “yaşayan bir etik sistem” olduğunun en somut kanıtıdır.

Bangalor Yargı Etiği Sisteminin; Yorum kitabı, elektronik şekilde işleyen kendi kendine öğrenme kursu (toplam 240 dakikalık, üç bölümden oluşan

[5] Bazı ülkelerin yargı etiği metinlerin çevirisi için bkz. Karşılaştırmalı Hukukta Yargı Etiği İlkeleri, Ankara 2017 (Editör: Mustafa Saldırım).

[6] Hâkimlerin Sosyal Medya Kullanmasına İlişkin Bağlayıcı Olmayan Kurallar (Çev. Dural, S./Hulagu G.; Editör: Saldırım, M), Viyana 2019 (Yargıtay Yayını).

uzaktan eğitim) ve buna ilişkin Kurs Kitabı^[7] gibi uluslararası uzmanların, ülke temsilcilerinin görüşlerini almak suretiyle geliştirdikleri eğitim setlerini içeren geniş bir arka planı vardır.

İşte bu nedenle, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ifadesi, sadece 4-5 sayfalık, soyut kurallar dizgesinden ibaret olmayıp, yaşayan bir etik sistemdir.

EKOSOK'un, 27 Temmuz 2006 tarihli ve 2006/23 sayılı kararında, yargı mensupları için mesleki ve etik davranış ilkeleri bakımından kurallar geliştirilirken veya gözden geçirilirken, hukuk sistemlerine uygun şekilde üye devletler, kendi yargı kurumlarını Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'ni dikkate almaları için teşvik etmeye davet edilmiştir. Türkiye'de ise Bangalor Yargı Etiği İlkeleri (o zamanki adıyla) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 27.06.2006 tarih ve 315 sayılı kararı ile benimsenmiş ve bu ilkeler uygulanmak üzere tüm hâkimlere dağıtılmıştır. Söz konusu karar halen yürürlükte olup, Türk yargısı bakımından geçerli bir metin olarak varlığını korumaktadır.

3.Yargıtay Etik Sistemi

Yargıtay (az önce belirttiğim üzere) yargı etiği reformunu yaparken, Bangalor Yargı Etiği İlkelerinden esinlenmiştir. Ancak Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri, Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin bir çevirisi de değildir. Bilakis, sosyal medya, mobbing, cinsel taciz gibi konuları dünyada ilk kez düzenleyen bir yüksek mahkeme olarak bu konuda küresel yargıya da liderlik etmiştir.

Bangalor yargı etiği ilkelerinin uygulama maddesine göre, *“Bu ilkelerin uygulanması için gerekli mekanizmaların kendi hukuk sistemlerinde mevcut olmaması hâlinde yargı organları, bu mekanizmaların oluşturulması amacıyla yargı görevinin gereği olarak etkili tedbirleri kabul etmelidir.”*

“... Yargı, kendi üyelerinin uyması gereken yüksek standartların karşılanmasını sağlama konusunda sorumluluk üstlenmez veya bu sorumluluğunu ihmal ederse, kamuoyu ve siyasi çıkarlar devletin diğer iki organının duruma müdahale etmesine sebebiyet verebilir. Böyle bir durumda, yargı sisteminin

[7] (https://www.unodc.org/documents/ji/training/self_directed_ebook2.pdf - Erişim 1.1.2024)

Yargı etiği nedir?

Küresel yargıda veya karşılaştırmalı hukukta yargı etiği ve Bangalor Yargı Etiği sistemi nedir? Yargıtay'ın liderliğinde yürütülen ve 2017 yılından itibaren devam eden yargı etiği reformu konusunda neler yapıldı ve neler yapılmalıdır? *temeli olan ve onu ayakta tutan yargı bağımsızlığı ilkesi belki de çok ciddi boyutlarda zayıflayacaktır.*^[8]”.

İşte bu uluslararası standartlar nedeniyle Yargıtay kendi etik ilkelerini belirlemiş ve bu ilkeler üzerine bir yargı etiği sistemi kurmuştur. 2017 yılının son çeyreğinde geliştirilen Yargıtay Etik İlkeleri; Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri, Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri ve Yargıtay Personeli Etik Davranış İlkeleri olmak üzere üç ayrı etik ilkeler bütününden oluşmaktadır. Eş zamanlı olarak geliştirilen ilkeler ilgili meslek mensuplarının oybirliği ile kabul edilmiş, Yargıtay'da çalışan herkesi kapsayan kolektif bir etik sistem kurulmuştur. Etik ilkelerin kurum içinde yaygınlaştırılması için kolaylaştırıcılar ile katılımcılara özgü eğitim kitapları hazırlanmış, yetişkin eğitimi tekniklerine uygun şekilde eğitimler verilmiştir.

Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri uyarınca, Birleşmiş Milletler ile Avrupa Konseyi'nin en yüksek standartlarına uygun olarak yönetim ve disiplin organlarından bağımsız “Yargı Etiği Danışma Kurulu” oluşturulmuştur. En az ikisi kadın olmak üzere 7 Yargıtay üyesi, 2 tetkik hâkimi, 1 Cumhuriyet savcısı ve 1 akademisyenden oluşan 11 kişilik Kurul, Yargıtay Etik İlkelelerinin yeni şartlara uyum sağlama gücünün en önemli teminatıdır. Kurul kararların kalitesi, içeriği ve geliştirilen mevzuat alt yapısı, Yargıtay Etik İlkelerinin yaşayan metinler olarak uzun yıllar adalete hizmet edeceğini açıkça göstermektedir^[9].

Yargı etiği alanındaki uluslararası temel metinler ile eserler Türkçeye çevrilmiş, Yargıtay Etik İlkelerine ilişkin hazırlanan kitaplar fiziki ve dijital olarak ülke çapında yaygınlaştırılmıştır^[10]. Yargı etiği derslerinin içeriği akademisyenlerle yapılan çalıştaylarla belirlenmiş, Yargıtayın girişimleriyle Yüksek Öğretim Kurulu yargı etiği derslerinin hukuk fakültelerinde oku-

[8] Yorum p.16, s.33.

[9] Bkz. Kurul Kararları.

[10] Bu yayınlara <https://www.yargitay.gov.tr/kategori/94/yayinlar> -Erişim 1.1.2024 linkinden erişilebilir.

tulmasına karar vermiştir^[11].

Hukuk fakülteleriyle “Yargıtay Yargı Etiği Hukuk Kliniği” eğitimi düzenlenmiştir. Yargıtay’da tutulan sicile kayıtlı kolaylaştırıcılara eğitici eğitimleri ve yenileme eğitimleri verilmiş; yüzlerce hukuk fakültesi öğrencisi de yüz yüze veya çevrim içi olarak yargı etiği eğitimi almıştır. Bu sayede, 300 civarında öğrenciye etik kolaylaştırıcısı eğitimi, 4000’den fazla öğrenciye ise etik eğitimi verilmiştir.

Kamu personeline yönelik hazırlanan “Etik ve Hukuk” isimli video, e-devlet üzerinden yayımlanmıştır. Bu şekilde tüm kamu görevlilerine yönelik şekilde dijital ortamda yargı etiği eğitimi imkânı sağlanmıştır.

Dürüstlüğü tartışmasız bir yargının temel bileşenlerinden biri olan “*yargıda şeffaflık*”, kapsamlı şekilde ilk kez İstanbul Bildirgesinde ele alınmıştır. Dünyanın farklı coğrafi ve hukuk geleneklerini yansıtan ülkelerin yüksek mahkeme başkanlarının katkıları ile geliştirilen İstanbul Bildirgesi ve Uygulama Tedbirleri, en son Kuzey ve Güney Amerika, Karayipler, Avrupa, Afrika, Asya ve Pasifik Yüksek Mahkeme Başkanları Nihai Konferansında ele alınmıştır. Ekim 2023 tarihinde 30 ülkenin yüksek mahkeme başkanları ve kıdemli hâkimlerinin katılımlarıyla İstanbul’da düzenlenen Nihai Konferansın sonucunda Bildirge bir kez daha teyid edilmiş, Uygulama Tedbirleri de kabul edilmiştir.

Mayıs 2019’da, Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Ceza Adaleti Komisyonu’nun Viyana’da gerçekleştirilen yirmi sekizinci oturumunda Yargıtay’ın girişimiyle sunulan “Yargıda Şeffaflığın Artırılması” başlıklı karar tasarısı BM üyesi tüm devletlerin oybirliğiyle kabul edilmiştir. Kabul edilen karar tasarısı, 23 Temmuz 2019 tarihinde New York’ta Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey’de onaylanmıştır.

Dünyanın farklı hukuk gelenekleri ile coğrafi bölgelerindeki en iyi uygulama örneklerini içeren bir Kaynak Kılavuz hazırlanmıştır. İstanbul Bildirgesindeki ilkelere derinlik ve anlam katan bu Eser, Bildirgenin küresel

[11] Ayrıca, yargı etiği derslerinin içeriği ([Yargı Etiği Dersi Akts](#)) de belirlenmiştir. Bkz. <https://www.yargitay.gov.tr/kategori/94/yayinlar> -Erişim 1.1.2024

Yargı etiği nedir?

Küresel yargıda veya karşılaştırmalı hukukta yargı etiği ve Bangalor Yargı Etiği sistemi nedir? Yargıtay'ın liderliğinde yürütülen ve 2017 yılından itibaren devam eden yargı etiği reformu konusunda neler yapıldı ve neler yapılmalıdır? ölçekte yaygınlaştırılmasına, doğru şekilde anlaşılmasına ve yargı sistemlerinin öz değerlendirme yapmalarına olanak sağlamaktadır.

İstanbul Bildirgesinin gücü ve önemi kısa sürede dünyada anlaşılmıştır. 2021 yılında yayımlanan Kyoto Deklarasyonu başta olmak üzere Birleşmiş Milletler'in küresel politika belgelerinde Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri ve Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ile birlikte İstanbul Bildirgesi de referans metin olarak kabul edilmektedir.

4. Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler'in Yargı Etiği Standartları

Yargı etiği bakımından Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler tarafından geliştirilmiş standartlar ve kılavuzlar bulunmaktadır. Bunlar, insanlığın ortak aklının ürünü olup, uzun bir geçmişe sahip deneyimlere dayanır. Dolayısıyla bu bilgi birikimi tüm yargı sistemleri bakımından eşsiz bir hazinedir.

Uluslararası standartlara göre, hâkimlerin ve savcılarının etik ilkelerinin farklı olması gerekir. İki ayrı meslek olan hâkimlik ve savcılığın aynı etik ilkelere tabi olması doğru değildir. Bunun en temel sebeplerinden birisi hâkimlerin tarafsız olması gerekirken, savcının davanın tarafı olmasıdır. Aynı şekilde hâkimlerin bağımsızlığı ile savcılarının bağımsızlığı arasında önemli farklar vardır. Ülke gelenekleri ya da devletlerin iç hukuklarındaki kurallar, bu evrensel ilkeyi değiştirmez.

Yargı etiği danışma kurullarının, yargıdaki yönetim ve disiplin kurullarından bağımsız olması da diğer bir önemli özelliktir. Yargı etiği danışma kurulları şartlı karar veremez. Aksi bir durum, bu kurulların rehberlik işlevini zayıflatır. Yargı etiği danışma kurulu kararlarının gerekçesinde etik değerlendirme yerine, disiplin ve meslek kurallarının esas alınması da doğru değildir.

Yargı etiği ilkeleri detaylı olmalı ve çıkar çatışması da dahil olmak üzere temel etik sorunları düzenlemelidir. Soyut niyet beyanları sadece görünüşte etik ilkelerin mevcut olduğu anlamına gelir.

Yargı organının etik ilkeleri düzenlemesi için kanuni dayanağa gerek

yoktur. Aksi hâl, yasamanın yargıya müdahalesi anlamına gelir ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturur.

Yukarıda kısaca özetlediğim standartların yanı sıra Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin 11'inci Maddesine İlişkin Uygulama Kılavuzu ve Değerlendirme Çerçevesinde de yargı etiğine ilişkin standartlar düzenlenmiştir^[12]. Bu standartlar şunlardır:

1) Yargı veya diğer bir organ, yargı mensuplarının mesleki ve etik davranışlarına ilişkin kurallar veya standartlar (etik davranış kuralları) geliştirmiş midir?

2) Etik davranış ilkeleri, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'ni dikkate almakta mıdır?

3) Geliştirme ve benimseme sürecini tanımlayınız. Özellikle, bu süreç sivil toplum kuruluşları ve mahkeme kullanıcıları gibi yargı dışı paydaşlarla istişareleri kapsamakta mıdır?

4) Etik davranış ilkeleri her hâkimin erişimine hazır mıdır?

5) Etik davranış ilkeleri topluluk içinde hangi kurumlara dağıtılmıştır veya sair şekilde kamuya açık hale getirilmiş midir?

6) Düşünülen davranışların uygunluğu konusunda yargı üyelerine tavsiyelerde bulunmak için resmi veya gayri resmi bir mekanizma veya prosedür var mıdır?

7) Yargı mensuplarına karşı görevi kötüye kullanma (suistimal) şikayetlerini almak ve soruşturmak için bir mekanizma veya prosedür var mıdır?

8) Bu mekanizma ya da prosedür yargı içinde midir veya dışardan mıdır? Yargıdan bağımsız olarak işlev görmektedir mi?

9) Bu mekanizmaya veya prosedüre kimler katılmakta ve üyeler nasıl seçilmektedir?

[12] Implementation Guide and Evaluative Framework for Article 11 s.115, 116. (https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2020/Implementation_Guide_and_Evaluative_Framework_for_Article_11_-_English_Revised_2020.pdf - Erişim T.: 1.1.2024)

Yargı etiği nedir?

Küresel yargıda veya karşılaştırmalı hukukta yargı etiği ve Bangalor Yargı Etiği sistemi nedir? Yargıtay'ın liderliğinde yürütülen ve 2017 yılından itibaren devam eden yargı etiği reformu konusunda neler yapıldı ve neler yapılmalıdır?

10) Söz konusu şikâyetlerin çözümüne yönelik süreçte, halkın güvenliğini arttıracak mekanizma veya prosedürde hangi şeffaflık tedbirleri bulunmaktadır?

Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesinin 14'üncü maddesine göre, “Yargı, hâkimlerin etik dışı davranışlarına ilişkin şikâyetlere şeffaf biçimde karşılık vermelidir. Yargı yalnız etik davranış ilkelerini kabul etmemeli, aynı zamanda bu ilkelerin toplumda geniş biçimde yaygınlaştırılmasını da sağlamalıdır. Ancak, yargı etiği ilkeleri uygulanabilir değilse, yargının verimliliğinin artmasına ve halkın güveninin güçlenmesine çok az etkisi olacaktır. Bu nedenle, hâkimlerin etik dışı davranışlarına ilişkin şikâyetler için mahkemeye başvurulmasına dair hüküm bulunmadığı hallerde, bu şikâyetleri almak, soruşturmak, çözümlemek ve karara bağlamak üzere, güvenilir, bağımsız Yargı Etiği İnceleme Kurulu biçiminde bir mekanizma kurulmalıdır. Bu şekilde oluşturulan kurul, yargının kontrolünde olmamalı, ancak toplumun güvenini kazanmak için meslek mensubu olmayanların yeterince temsil edildiği bir kurul olmalıdır. Avukatlar, akademisyenler ve toplumun temsilcileri gibi yargı dışındaki kişilerin etik ilkelerin izlenmesine dâhil edilmesi şeffaflığın temel unsurunu teşkil edecek, yargının kendi çıkarını gözetmediğine ve kendini koruduğuna ilişkin muhtemel algıları önleyecektir.”

İstanbul Bildirgesinin Etkili Şekilde Uygulanmasına İlişkin Tedbirlerin 14'üncü maddesinde de yargının kurması gereken etik sistemin temel özellikleri aşağıdaki gibi sıralanmıştır:

“İlke 14 Yargı, hâkimlerin etik dışı davranışlarına ilişkin şikâyetlere şeffaf biçimde karşılık vermelidir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nde belirtilen yargının temel değerlerine adanmışlık, halkın adalet yönetimine duyduğu güveni artırmanın temel bileşeni olduğundan, yargı:

1. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'ni dikkate alarak, yargı mensupları için mesleki ve etik davranış kuralları veya standartları geliştirmeli ve yürürlüğe koymalıdır.

2. Her hâkime, mesleki ve etik ilkelerin yazılı bir nüshasının ve yorum-

lar gibi ilgili diğer materyallerin verilmesini sağlamalıdır.

3. Yargı etiği ilkelerini, yazılı yayınlar veya internet yoluyla toplumda yaygınlaştırmalıdır.

4. Öngörülen davranışın uygunluğu hakkında hâkimlerin bireysel olarak tavsiye alabileceği bir mekanizma veya usul oluşturmalıdır.

5. Gerektiğinde bağımsız disiplin organına sevk etmek dâhil, yargı mensuplarının etik dışı davranışlarına ilişkin şikâyetleri almak, incelemek ve uygun işlemi yapmak üzere meslek mensubu olmayanların da yeterince temsil edildiği bağımsız bir mekanizma veya usul oluşturmalıdır.

6. Yargı etiğine ilişkin ders programları veya modüller geliştirmeli ve hâkimlerin ilk eğitiminde bunları zorunlu kılmalıdır.

7. Yargı mensuplarının, mal varlıklarını ve mali yükümlülüklerini düzenli olarak beyan etmelerini gerektiren usuller yürürlüğe koymalıdır.

İstanbul Bildirgesi ile Uygulama Tedbirlerinin yukarıdaki hükümleri dikkate alınarak uluslararası uzmanlar tarafından hazırlanan İstanbul Bildirgesi Değerlendirme Çerçevesinde yargı etiği bakımından detaylı standartlar yer almaktadır. Bu standartlar aşağıdadır^[13]:

- 1) Yargı, yargı mensupları için mesleki ve etik davranış kuralları veya standartları geliştirmiş ve yürürlüğe koymuş mudur?
- 2) Etik davranış kuralları, Bangalor Yargı Etiği İlkelerini dikkate alıyor mu?
- 3) Her hâkime, Yorum gibi ilgili materyallerle birlikte Etik İlkelerin yazılı bir nüshasının verilmesi sağlandı mı?
- 4) Yargı Etiği İlkeleri toplum içinde yaygınlaştırıldı mı veya başka bir şekilde kamunun erişimine açık hale getirildi mi?
- 5) Öngörülen davranışın uygunluğu hakkında hâkimlerin bireysel olarak tavsiye alabileceği bir mekanizma veya usul oluşturuldu mu?
- 6) Hâkimlerin ilk eğitiminde kullanılması için yargı etiğine ilişkin

[13] Jayawickrama, N/Dowd, J./Oxner, S./Zannah, K./Tilakawardana, Ş./Apperson, J./Saldırım, M.: Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi ve Kaynak Kılavuzu, Ankara 2023, s.132.

Yargı etiği nedir?

Küresel yargıda veya karşılaştırmalı hukukta yargı etiği ve Bangalor Yargı Etiği sistemi nedir? Yargıtay'ın liderliğinde yürütülen ve 2017 yılından itibaren devam eden yargı etiği reformu konusunda neler yapıldı ve neler yapılmalıdır? ders programları veya modüller geliştirildi mi?

7) Hâkimlerin mal varlıklarına ve mali yükümlülüklerine ilişkin düzenli beyanda bulunmaları gerekli midir?

8) Hâkimlerin üyelik, dış faaliyetler ve diğer mali olmayan çıkarlarına ilişkin beyanda bulunmaları gerekiyor mu?

9) Bu tür beyanlar kamuya açıklanıyor mu ve/veya mahkeme kayıtlarında davacılar/davalılar ve temsilcileri tarafından referans olarak kullanılıyor mu?

10) Yargı mensuplarının etik dışı davranışlarına ilişkin şikâyetleri almak ve soruşturmak için bir mekanizma veya usul oluşturuldu mu?

11) Bu mekanizma veya usul yargı içinde mi yoksa dışında mı?

12) Bu mekanizma veya usul avukatlar, akademisyenler ve toplumun temsilcileri gibi meslek mensubu olmayanları yeterince temsil ediyor mu?

13) Bu tür şikâyetleri ele alma sürecinde halkın güvenini artırmak için söz konusu mekanizma veya usulde şeffaflığa ilişkin hangi tedbirler uygulanmaktadır?

Sonuç olarak bir yargı etiği sisteminin gerçek anlamda etkili ve işlevsel olabilmesi bakımından yukarıda özetlenen temel standartları karşılaması gerekir. Bu standartları karşılamayan bir yargı etiği sistemi doğal olarak kendisinden beklenen faydayı sağlayamayacaktır.

5.Avukatların Yargı Etiği Bilincine Sahip Olması Etik Sisteminin Can Damarlarından Biridir

Uluslararası standartlara göre yargı etiğinin sadece hâkimler ve Cumhuriyet savcıları tarafından bilinmesi yeterli değildir. Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin önsözünde, “Bu ilkeler aynı zamanda, yasama ve yürütme mensupları ile avukatların ve genel olarak halkın, yargıyı daha iyi anlamalarına ve ona destek olmalarına yardımcı olmayı amaçlar...” ifadesi yer almaktadır^[14]. Benzer şekilde, Yargıtay Yargı Etiği İlkelerinin Başlangıç Kısmının son paragrafında Yargıtay Yargı Etiği İlkelerinin “...yasama ve yürütme

[14] Saldırım, M.: Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ve Yargıtay Etik İlkeleri Mevzuatı, Ankara 2024, s.7.

mensupları ile avukatların ve toplumun yargıyı daha iyi anlamalarına ve yargıya destek olmalarına yardımcı olmak” amacını da taşıdığı belirtilmiştir.

Yargı etiği konusunda toplumun her kesiminin yeterli ölçüde farkındalığının olması uluslararası standartlar bakımından önemli bir hedeftir. Çünkü bir ülkenin yargı sistemini ayakta tutan, halkın mahkemelerin bağımsızlığına, hâkimlerin dürüstlüğüne ve bu süreçlerin tarafsızlığına ve etkinliğine duyduğu güvendir.

Yargı etiğinin işlevsel olabilmesi için aşağıda açıklanan nedenlerle avukatlar arasında güçlü bir yargı etiği bilinci olması gerekir:

1-Öncelikle kamuoyuna yansıyan etik dışı olaylar karşısında avukatların ve baroların duyarlılık göstermeleri hem bir hak hem de bir sorumluluktur. Çünkü etik konusunda halkı aydınlatmak ve yargı etiği bilincini yaygınlaştırmak gibi çalışmalarda asli sorumluluk yargı organına ait ise de baroların ve avukatların bu çalışmalara katkı sağlaması adaletin menfaatinedir.

2-Tüm avukatların iyi bir yargı etiği eğitimi alması, birlikte çalıştıkları ve çoğu zaman aynı ortamı paylaştıkları hâkimler ile doğru bir iletişim kurabilmeleri bakımından zorunludur. Hâkimin davranış kurallarını bilen bir avukatın hâkimlerle olan ilişkisi daha verimli ve sağlıklı olacaktır. Gerektiğinde bir avukatın müvekkilinin menfaatini korumak için etik ilkeleri hâkimlere hatırlatması gereken durumlar da olabilir. Böyle bir halde avukatın yeterli seviyede etik bilgisine sahip olması şarttır. Bunun ötesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bile Bangalor Yargı Etiği İlkelerine atıfta bulunarak kararlar verdiği dikkate alındığında, etik bilgisine sahip olunmadan avukatlık mesleğinin layığıyla yerine getirilmesinin mümkün olamayacağı açıktır.

Yorum kitabında belirtilen avukatların sebepsiz yere azarlanması, davanın taraflarına ve tanıklara hakaret edilmesi, bunlar hakkında uygunsuz açıklamalar yapılması, ön yargılara delil oluşturan ifadeler ile kontrolsüz ve sabırsız davranışlar sergilenmesi gibi tarafsızlık görüntüsünü etkileyebi-

Yargı etiği nedir?

Küresel yargıda veya karşılaştırmalı hukukta yargı etiği ve Bangalor Yargı Etiği sistemi nedir? Yargıtay'ın liderliğinde yürütülen ve 2017 yılından itibaren devam eden yargı etiği reformu konusunda neler yapıldı ve neler yapılmalıdır? lecek davranışlara^[15] karşı avukatların doğru değerlendirme yaparak uygun tepkiler verebilmesi gerekir.

3-Hâkimler ve savcılarının çoğu, mesleğe girmeden önce avukatlık stajı yapmaktadır. Bu aşamada stajyer avukatlara iyi bir yargı etiği eğitimi verilmesi, ileride hâkim olmaları halinde bu kişilerin yargı etiği ilkelerini mesleğin başından itibaren özümsemelerini ve içselleştirmelerini sağlayacaktır.

Sonuç

Dürüst ve bağımsız bir yargının olmadığı yerde, temel insan hakları da dahil olmak üzere hukukun vatandaşlara tanıdığı tüm haklar, kâğıt üzerinde kalmaya mahkumdur^[16]. Yargının etik değerlere ne kadar uygun davrandığı konusunda hem hâkimlerin bir öz değerlendirme yapabilmeleri hem de toplumun bu konuda doğru bir anlayışa sahip olabilmesi için yargı etiği standartlarının herkes tarafından bilinmesi gerekir.

Nisan 2004 tarihinde, Birleşmiş Milletler Yargıçların ve Avukatların Bağımsızlığı Özel Raportörü Dr. Leandro Despouy, İnsan Hakları Komisyonu'nun altmışıncı oturumunda sunduğu raporda "...Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat hukukunda vurgulandığı gibi hâkimler yalnızca nesnel tarafsızlık kriterlerini karşılamakla kalmamalı, aynı zamanda tarafsız görünmelidir. Burada söz konusu olan, demokratik bir toplumda mahkemelerin huzurlarına gelen kişilere aşılması gereken güvendir. Bu itibarla, Komisyon'un elli dokuzuncu oturumunda da bahsedildiği gibi yazarlarının gelenek hukuku ve Kıta Avrupası hukuku olmak üzere iki ana hukuk geleneğini dikkate almasından dolayı Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nin yaygınlaştırılmasının ve uygulanmasının niçin önemli olduğu anlaşılabilir..." diyerek, ***Bangalor İlkeleri'nin tercihen ulusal dillerde, tüm hukuk fakültelerinde ve hâkimler ile avukatların meslek kuruluşlarında yaygınlaştırılmasını tavsiye etmiştir***^[17]."

[15] Yorum, s.61, p.62.

[16] Saldırım, M.: Pratik Yargı Etiği Eğitim Teknikleri, Ankara 2024, s.5.

[17] Yorum s.19.

Bu nedenle, iyi bir yargı etiği sistemi kurmak ve yaşatmak adaletin menfaatinedir. Hukukçunun işi hangi görevde veya unvanda olursa olsun adalettir. Yargı etiği sistemini geliştirmek ve etik kültürü yaygınlaştırmak yargı organına ait asli bir görev ise de avukatların ve baroların da bu konuda üzerlerine düşen sorumlulukları yerine getirmesi gerekir.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları İkinci Oturum

**HAK KAVRAMININ SOMUT ÖRNEKLER
ÜZERİNDEN TARTIŞILMASI**

Bir Düşman Ceza Hukuku Örneği Olarak Suruç ve Ankara Davaları

Ezgi DUMAN^[1]

ÖZET

Bu çalışmanın maksadı fikir babası Schmitt, isim babası Jakobs olan “düşman ceza hukuku” kavramını, Suruç ve Ankara Katliamı davalarıyla birlikte ele almaktır. Bu dava süreçleri irdelenerek, düşman ceza hukuku ve onun uygulama alanlarından olan siyasi yargının sadece suç işlemiş olanlar veya suç işlediği iddia edilenler bakımından bir takım hak ihlallerine yol açmadığı tartışılacaktır. Bu bahisle, çalışma boyunca, bazı davalarda cezasızlık zırhıyla faillerin korunması ve hatta tıpkı Suruç ve Ankara davalarındaki gibi mağdurların, kurbanların fail/hatta suçlu ilan edilmesi gibi durumların altında yatan zemin soruşturulacaktır. Vatandaş ceza hukukunun karşısına konulan bir kavram olarak düşman ceza hukuku şimdilerde otoriter/sağ populist rejimlerin elinde yeniden revaçtadır. İsmiyle müsemma siyasi yargı da düşman ceza hukuku uygulamalarına karşı (insan haklarını ve özgürlükleri koruyucu) değil, bu hukukun bizzat uygulayıcısı misyonunu üstlenmiş durumda. Gezi davasından, gazetecilere, siyasetçilere yönelik açılan davalara kadar, bu tür siyasi kararlara Türkiye’de ziyadesiyle emsal bulmamız mümkün. Bu düşman ceza hukuku pratikleri cezasızlık olarak da karşımıza çıkmaktadır. Suruç’ta ve Ankara’da gerçekleşen katliamların ardından başlatılan dava süreci de faillerin çoğunun aklandığı, hatta mağdurların, yaşamını yitirenlerin yakınlarının suçlaştırıldığı bir dava ve düşman ceza hukuku uygulaması örneği olarak tarihe geçmiştir.

[1] Doktora Araştırmacısı- Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku.

E-mail: ezgiduman1987@gmail.com

Anahtar Kelimeler

Düşman Ceza Hukuku, Suruç Davası, Ankara Davası, Siyasi Yargı, Cezasızlık, Vatandaş Ceza Hukuku, Günter Jakobs

Suruç And Ankara Cases As An Example of Enemy Criminal Law

ABSTRACT

The purpose of this paper is to examine the concept of “enemy criminal law” which suggested by Schmitt, the founding father of its, and Jakobs, the father of its name, in the context of the Suruç and Ankara Massacre cases. By analyzing these trial processes, it will be argued that enemy criminal law and its practices in the area of political judiciary do not only lead to punishment. Throughout this paper, the underlying reasons for the situations in which the perpetrators were protected with a shield of impunity and even the victims were announced as perpetrators/criminalescatly like in the Suruç and Ankara cases will be investigated. The concept of enemy criminal law, presented as a counter to the citizen’s criminal law, is currently being revived in the hands of authoritarian/right-wing populist regimes. Similarly, true to its name, political judiciary, instead of protecting human rights and freedoms against enemy criminal law practices, has taken on the role of the enforcer of this law. There are many examples of such political decisions in Turkey, from the Gezi case to cases targeting journalists and politicians. These practices of enemy criminal law also manifest as impunity. The trial process initiated after the massacres in Suruç and Ankara went down in history as an example of an enemy criminal law trial and practice in which the most of perpetrators were acquitted and even the victims and relatives of the dead were criminalized.

Keywords:

Enemy Criminal Law, Suruç Case, Ankara Case, Political Judiciary, Impunity, Citizen Criminal Law, Günter Jakobs

GİRİŞ

Kavramsallaştırma yeni olsa da bir olgu olarak çok eskiye dayanan, 11 Eylül 2001 tarihinde, El Kaide tarafından gerçekleştirilen saldırılardan sonra küresel çapta etkili, daha doğrusu yeniden etkili, olan “düşman ceza hukuku”, şimdilerde otoriter/sağ popülist rejimlerin elinde yeniden ve daha şiddetli bir şekilde revaçtadır. Söz konusu 2001 tarihli saldırılar ve 2008 ekonomik krizi gibi milatların akabinde, olağanüstü/istisnai hâllerin olağan düzenin yerine geçtiği, hakların askıya alınışının istisna değil kural olduğu bir dönemin içine girildi. Bu yer değiştirmenin veya sadece daha görünür olma hâlinin belki de en önemli cüzü olarak vatandaş ceza hukukunun karşısına konulan düşman ceza hukukunun çok daha sık şekilde devreye girdiği bir döneme girilmiş oldu. Üstelik düşman ceza hukuku, üstü örtülerek, kapalı kapılar ardında veya kılıf giydirilerek değil, sağ popülist siyasi partilerin adeta seçim kampanyasının bir cüzü olarak cereyan etmekte.

Walter Benjamin’e atıfla, istisna değil kural haline gelmiş olan ve Giorgio Agamben’in “bir yönetim tekniği” ve hatta “hukuk düzeninin oluşturucu paradigması”^[2] olarak gördüğü istisna hâli, yani düşman ceza hukuku, sadece kişileri -ve bazen kişi olarak görülmeyen canlıları da- suçlamak için uygulamaya sokulmaz. Yurttaş olarak görülmeyen, hatta insan olarak bile farz edilmeyen kişilere uygulanan bir hukuk olarak düşman ceza hukuku, sadece cezalandırıcı uygulamalar şeklinde tezahür etmez. Siyasi iktidar tarafından *mağdur*, *kurban*, *suça maruz kalanın* daha az insan veya insan olmayan olarak ele alındığı, zira düşmanlaştırıldığı durumlarda düşman ceza hukuku cezasızlık kalkanı olarak da karşımıza çıkar. Hrant Dink davasında olduğu gibi, bir kısım faillerin korunması ve aklanması, Sivas Katliamı davasında olduğu gibi zamanaşımı hükümlerinin işletilmesi gibi çeşitli şekillerde, cezasızlık politikasına tesadüf etmemiz mümkündür.

Suruç’ta 20 Temmuz 2015’te gerçekleşen ve 34 insanın ölümüyle

[2] Giorgio Agamben, *İstisna Hâli*, çev. Kemal Atakay, Ayrıntı Yay., 2018, İstanbul, s. 16.

neticelenen katliamın ve Ankara'da 10 Ekim 2015'te gerçekleşen ve 104 kişinin hayatını kaybettiği katliamın ardından başlatılan dava süreçleri de birçok failin, özellikle sorumlu kamu görevlilerinin aklandığı, hatta mağdurların, yaşamını yitirenlerin yakınlarının suçlulaştırıldığı bir dava ve düşman ceza hukuku uygulaması örneği olarak tarihe geçmiştir. Sadece Suruç davasıyla alakalı olarak verilen Anayasa Mahkemesi (bundan sonra AYM denilecektir) kararı^[3] bile burada iyi bir örnek teşkil etmektedir. Başvurucuların, ilk derece mahkemesinin katliamda sorumluluğu aşikâr olan kamu görevlileriyle ilgili sadece para cezası vermesinin yaşam hakkı ihlali niteliği taşıdığına ilişkin iddialarını AYM, soyut bulgulara dayandıkları gerekçesiyle kabul etmedi. Dahası ilgili polisler katliamın sorumlusu olarak addedilmezken, hayatını kaybeden kişiler “terörist” olarak işaret edilmişti. Aşağıda irdeleneceği üzere, söz konusu dava süreçlerinin başka aşamalarında da benzer birtakım tutumlar veya tutum almamalarla karşılaşmıştır.

Tam bu noktada bir düşman ceza hukuku tezahürü olarak, siyasi yargı vasıtasıyla “katili cezalandırılabilir olanlar ve olmayanlar” birbirinden ayrılmış ve her birine “adalet” sistemi içerisinde bambaşka yerlerin tahsis edileceği ortaya konmuştur. Zira söz konusu dava süreçlerinin gösterdiği üzere, siyasi iktidarlar için kimin cezalandırılabilir kimin cezasızlık zırhını giymiş olduğu, kimin hayatının hayat ve bu bahisle kıymetli sayıldığı zaten bellidir. İşte bugünlerde, söz konusu “zaten belli” çerçevesinde verilen kararlar çok daha yaygın ve aşikâr hâle gelmiştir. Bush'un 11 Eylül sonrası gündeme getirdiği askerî buyruğu (*military order*) bugün “yerli ve milli” bir popülist buyruğa dönüşmüştür.

Bu çalışmada söz konusu tartışma gerek içerik gerekse yararlanılan kaynaklar bakımından iki bölüm halinde ele alınmıştır. “Tarihsel ve Kuramsal Arka Plan” başlıklı ilk bölümde düşman ceza hukuku ve bu bağlamda istisna hâli kavramlarına dair tarihsel ve kavramsal veçhelerden arka plan bilgisi verilmiştir. Bu bölümde tarihsel açıdan özellikle

[3] AYM, *Ali Saadet ve diğerleri*, B. No: 2018/6838, 8.6.2021.

Roma'ya ve oradaki *iustitium* kurumuna, daha sonra ise modern devletin öngünlerindeki olaylara ve daha çok da tartışmalara değinilmiştir. Böylece düşman ceza hukukunun/istisna hâlinin devletin güvenliği, *raison d'taat* gibi kavramlarla, kriz hâli ve zorunluluk meseleleriyle ilişkileri irdelenmiştir. Bu ilk bölümün sonunda “*Unperson*” başlığı altında Günter Jakobs'un tartışmalarına atıfla düşman ceza hukuku incelenmiştir. “Suruç'tan Ankara'ya Düşmanlık ve *Hukuk*” başlığı altındaysa düşman ceza hukukunun neden ve nasıl cezasızlık olarak da karşımıza çıktığı hususu, Suruç ve Ankara katliamlarına dair davalar mercek altına alınarak tartışılmıştır. Ayrımcı yas tahsisatı ve hak dağıtım mekanizması üzerinden düşman ceza hukuku, bazı hayatların, düşmanlaştırma ve “terörle mücadele” gibi söylemlerle nasıl değersizleştirildiği ve siyasi yargının buradaki rolü ele alınmıştır. Bu bölümde özellikle söz konusu davalarda yer alan katılan avukatlarının bilgisine başvurulmuş, hem daha önce yapılan röportajlara yer verilmiş hem de bu çalışma özelinde bazı sözlü görüşmeler yapılmıştır ve burada aktarılmıştır.

I. TARİHSEL VE KURAMSAL ARKA PLAN

A. *Necessitas Legem Non Habet*

Düşman ceza hukuku kavramı, bir hayli yeni bir tarihte, 1985 yılında, Günter Jakobs tarafından ortaya atılmıştır. Ancak kavram yeni olsa da bir olgu olarak düşman ceza hukuku çok eskilere dayanır. Zira düşman, düşmanlık ve siyasi iktidarların bu çerçevede siyasetlerini ve hâliyle hukuklarını şekillendirmeleri çok eski bir meseledir. Nitekim bu kavramsallaştırmaya başvurmasa da düşman ceza hukuku deyince akla belki de ilk gelen yaşayan düşünür olan Agamben bunu Roma'daki bazı kurum ve uygulamalara dayandırır.

Agamben Roma kamu hukukunun bir parçası olan *iustitiumu* istisna hâli bağlamında örnek bir minyatür model olarak görür ve o yüzden bu kurumu

mercek altına almıştır. Kısaca ifade edilecek olursa; Roma'da cumhuriyetin tehlikeye girdiğine dair haber alınırsa senato *senatus consultum ultimum* kararı çıkarmaktaydı. Bu aslında devlet zarar görmesin diye, bir başka ifadeyle, devleti savunmak için her nevi tedbirin alınmasına dair bir emir niteliğindedir. Her nevi tedbir alınabilmesinin emredilmesi hukuka uyma zorunluluğunun ortadan kalkması manasına gelmektedir. Yalnız burada söz konusu olan bir hukuka aykırılık veya hukukun ortadan kalkması değil, adeta durması veya askıya alınmasıdır. Doğrudan Agamben'e müracaat edersek dilbilimcilere atıfla kurum şöyle açıklanır:

Solstitium ile tam olarak aynı yapıdaki *iustitium* terimi, sözcüğü sözcüğüne 'yasanın durdurulması, askıya alınması' anlamına gelir: *quando ius stat* -diye etimolojik olarak açıklar dilbilimciler- *sicut solstitium dicitur* (güneşin gündönümünde durması gibi, hukuk durduğunda, buna *iustitium* denir); ya da Aulus Gellius'un sözleriyle, *iuris quasi interstitio quaedam et cessatio* (hukuka yarı ara verilmesi ve hukukun bir tür durdurulması).^[4]

Hâl böyleyken *iustitium* sırasında eylemde bulunan kişi yasayı yerine getirmiş olmaz ve fakat ihlal de etmiş olmayacaktır. Burada söz konusu olan sadece yasayı yerine getirmemedir.^[5]

Bu yerine getirmeme esasında ve zaten yasaya dayanmaktadır veya burada bahsedilebilecek bir yasa yoktur. Zira bu senato kararının, *iustitiumun* da temelinde de başka bir karar yatar; *tumultus*, bir dış veya iç savaş veya ayaklanma ilan eden bir karar. Bu karar bir zorunluluğa işaret ettiği içindir ki o saatten sonra her nevi tedbirin alınması, icap ederse tüm yasaların askıya alınması mümkün hâle gelir. Yani yasaları askıya alma hakkının varlık sebebi zorunluluktur, devletin güvenliğidir. Zorunluluk hesaba katılmaz, devletin güvenliği tehlikede olmasına rağmen yasaya uyulacak olursa, bunun yıkıma, hukuk düzeninin yıkımına götüreceği ve bu yüzden (Machiavelli'ye de atıfla) düzeni kurtarmak için, düzenin kendisinin ihlal

[4] Agamben, *İstisna Hâli*, s. 56.

[5] Agamben, *İstisna Hâli*, s. 65.

edilmesi gerektiğine inanılır.^[6] Carl Schmitt bunu sadece Roma açısından değil, genel olarak şöyle izah eder:

Olağanüstü halden bahsedebilmek için prensip olarak sınırsız yetkinin söz konusu olması, yani mevcut düzenin bütünüyle askıya alınması gereklidir. Böyle bir durumda hukuk geri adım atarken devletin baki kalacağı aşikârdır. Olağanüstü hâl, anarşi ve kaostan farklı bir şey olduğu için hukuk düzeni değilse de, hukuki anlamda bir düzen hala mevcuttur. Burada, devletin varlığı, hukuki normun geçerliliği karşısında tartışmasız üstünlüğünü kanıtlar. Karar, kendini tüm normatif bağlardan kurtarır ve gerçek anlamda mutlak hale gelir. Olağanüstü halde devlet, hukuku, kendini koruma hakkına dayanarak askıya alır. ‘Hukuki düzen’ kavramının iki unsuru burada karşı karşıya gelir ve kavramsal bağımsızlıklarını ispatlar. Kararın bağımsız unsuru normal durumda nasıl asgariye indirgenebiliyorsa, norm da olağanüstü halde yok edilir. Buna rağmen olağanüstü hâl, hukuki idrakin erişim alanında kalır çünkü her iki unsur -norm gibi karar da hukuk çerçevesinde varlığını sürdürür.^[7]

Bu noktada karşımıza normatif olanla yaşamın, gerçek siyasal yaşam ve oradan çıkan zorunluluğun *yasası* arasındaki gerilim çıkar. Zorunluluğun yasa tanımazlığını meşru kılan şey zorunluluğun bir hukuki biçimi olmaksızın kendi yasasını yaratmasıdır ki askıya alma ancak bu yolla meşru kılınmış olur. Buradaki zorunluluk ve yasası somut, tekil, meşru olduğu iddia edilen o anki amaçla ilgilidir, daha doğrusu hukuki ile siyasal olan arasındaki sınır çizgisi zemininde zorunluluğu ve buna bağlı olarak istisna hâlini ele almak gerekmektedir. Neticede meşru amaç, düzenin korunması ve devamlılığı zemininde siyasal bir değerlendirme yapılarak istisna hâline dair karar verilir.^[8] Siyasal değerlendirme, siyasal olan da

[6] Agamben, *İstisna Hâli*, s. 61.

[7] Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat- Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, çev. A. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2016, s. 19, 20.

[8] Agamben, *İstisna Hâli*, s. 10, 42.

ister istemez normla değil gerçek yaşamla alakalıdır. Normun, yasanın yanı sıra bir de o genel yasanın hep geç kalacağı tekil vakalar vardır ve “gerçek hayatın gücü tekrarlanmaktan katılaşmış mekanizmanın kabuğunu kırar”.^[9] Siyasal değerlendirme veya kararın, bu açıdan istisna hâlinin belirlenmesi demek her şeyden evvel kimin dost kimin düşman olduğunu belirlemekle alakalıdır. Başka türlü ifade edilecek olursa; “Siyasal eylem ve saikleri açıklamakta kullanılabilecek özgül siyasal ayırım, dost-düşman ayırımıdır.”^[10] Kriz hâline yani düzeni bozucu hale dair tespitler yapılırken tehdidin kaynaklarının da tespit edilmesi ve ayrıştırılması gerekmektedir.

B. *Raison D'taat* ve Düşman

Zorunluluğun yasası yoktur ve bununla ilişkili olarak “*qui rem publicam salvam esse vult, me sequatur!* [devletin güvenliğini isteyen, arkamdan gelsin!]”^[11] parolaları, antikiteye geri dönüş manasına da gelen modern dönemin öngünlerinde (Rönesans) yeniden öne çıkar. Burada istisna hâlinin temelinde, Roma İmparatorluğu’nda ve Rönesans dönemi İtalyan Şehir Devletlerinde görülen mezhep ve din savaşları neticesinde ayakta kalamayan karma anayasa modelinin yerini alan mutlakiyet rejimleri söz konusudur.^[12] Bir başka ifadeyle, mezhep savaşları, iç ve dış savaşların yaygınlaşması, yine gerçek somut yaşamın açığa çıkardığı zorunluluklar ve bu noktadaki değerlendirmeler önemli rol oynamıştır. Buradan şiddetin, yani güvenliğin sağlanmasının esasen tek elde toplandığı, yasayı ve kılıcı,

[9] Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 17.

[10] Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı*, çev. Ece Göztepe, Metis Yay., İstanbul, 2021, s. 57.

[11] Agamben, *İstisna Hâli*, s. 59.

[12] Aykut Çelebi, “Kuraldışı Durumlarda Karar Vermek- Carl Schmitt ve Walter Benjamin Üzerine Bir İnceleme”, *Defter*, S. 42, 2001, s. 124; ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Richard Tuck, *Philosophy and Government 1572- 1651*, Cambridge University Press, 1993.

yani uygulamayı da eline almış mutlak egemenlik fikrine doğru giden bir süreç söz konusudur. Devletin kendinde bir güç olarak kutsandığı bir döneme geçilirken Machiavelli, Botero, Balzac, Ammirato gibi düşünürler, devletin bekasının ne olursa olsun korunması gerektiği fikrini derinleştirmeye çalışmışlardır. *Raison d'taat* veya *ragion di statonun*^[13] kurumsallaşmaya başlaması da bu dönemlere rastlar.

Devletin bekası ve buna ilişkin zorunluluklar -Roma'dakine benzer şekilde mevzuyu doğrudan istisna hâline çıkarır. O dönemler için prens veya hükümdar zorunluluk, yani kriz hâlinde her şeyi yapabilir, her türlü tedbiri alabilir, düzeni düzen uğruna kesintiye uğratabilir kimse olarak ele alınmaktadır. Schmitt'in "dünyaya aktarılan Kartezyen Tanrı" dediği "prens"e ilişkin Zygmunt Bauman ve Carlo Bordoni şunları ifade ederler: "normalin monotonluğunun Prens tarafından her an bozulabileceğine ve o anın seçiminin tamamen ve gerçekten Prens'in yetkisi, yalnızca onun yetkisi dâhilinde olduğuna ilişkin farkındalığın, onun tebaasının zihninde solmasına asla izin verilmemelidir."^[14] Zira prensin her zaman tebaasını düşündüğüne, tebaası lehine karar vereceğine dair bir ön kabul vardır. Bu da kuşkusuz düzenle prens arasındaki bağ ile alakalıdır.

Tam bu noktada konu düşmanlık ve savaş meselesine gelir. Önce Michel Foucault'nun *raison d'taat* tartışmasından ilerlenecek olursa; 1600'lerin ortasına gelindiğinde, yani Roma İmparatorluğu'na dönüş ülküsü ve/veya Kilise'nin birleştiriciliği ihtimali ortadan kalktığına, çoklu, rakip devletler yapısı ortaya çıkar. Buna göre strateji belirlemek zorunda olan devletler açısından dışarıya karşı savaş, içeride cezalandırma şeklinde gelişen şiddeti tekelleştirme konusu gündeme gelir. Bu yeni haliyle devlette *raison d'etaatın* belirleyici temeli olan "güc"ü koruyabilmek adına devletler dışarıya, diğer devletlere karşı sınırlı, güç dengesini korumaya yönelik bir

[13] Bkz. Botero, *The Reason of State*, Ed. Robert Bireley, Cambridge University Press, 2017.

[14] Zygmunt Bauman- Carlo Bordoni, *Kriz Hâli ve Devlet*, Çev. Yavuz Alogan, İthaki Yay., İstanbul 2018, s. 53.

tutum, yani politika yürüterek, içerde ise sınırsız bir yönetme anlayışı, yani o zamanlardaki manasıyla polis olarak yönetme anlayışı içine girerler.^[15] Ancak Schmitt'in de *Siyasal Kavramı*'nda ifade ettiği üzere bu iç ve dış arasındaki ayrım o kadar keskin değildir.

Schmitt meşhur kitaplarından biri olan *Siyasal Kavramı*'nın 1963 tarihli önsözünde Foucault'nun bahsettiği anlayışı klasik egemenlik anlayışı olarak nitelendirir.^[16] Bu klasik egemenlik anlayışı çerçevesinde iç barış sağlanmıştır ve statüsü belli dış düşmanlara karşı savaş vardır. Zira şiddet tekelinin söz konusu olduğu bu devlet yapısında “adalet” icraatıyla savaş, yani iç ve dış birbirinden ayrılmıştır. Mühim olan düşmanın “en yoğun hâliyle başka bir varlık ve yabancı olmasıdır”^[17] ve burada bahsedilen başkalık ontolojik bir nitelik taşır, yabancılık da siyasal birlik denilen şeye dahil olmamadır. Schmitt için bu bahisle düşmanlık “ötekinin varouşsal olumsuzlanması”dır ve hakiki anlamını fiziksel öldürmeye dair gerçek bir olasılıkta bulur. Bu sebeple burada cezalandırmadan farklı bir şey söz konusudur. Ancak mesele artık sadece dışardaki kamusal düşman olmadığı gibi, siyasal birliğin içinde gibi duran ötekiler veya yabancılardan, hâliyle ontolojik ötekilik zemininde ele alınabilecek bir iç savaştan daha doğrusu onun ihtimalinden bahsedilmektedir.^[18] Siyaset de burada -yukarıda değinildiği üzere- dış ve elbette iç düşmanın kim olduğunu ve bu düşmana karşı neler yapılacağını belirlemek, egemenlik de her şeyden evvel olağanüstü hâle^[19], yani aslında iç veya dış savaş hâline, bu bahislerle düşman ceza hukukuna dair de karar vermektir.

[15] Michel Foucault, *Güvenlik, Toprak, Nüfus- College de France Dersleri*, 1977-1987, çev. Ferhat Taylan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 252, 253, 255, 272;

[16] Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 41.

[17] Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 58.

[18] Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 65.

[19] Bkz. Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 13.

C. *Unperson*

Devrim Fransa'sında kuşatma halinin ilk çıkışından, Fransa- Prusya Savaşı ve Paris Komünü'nde kuşatma halinin genelleşmesine, 1. Dünya Savaşı'nda savaşa katılan hemen tüm ülkelerde istisna hâlinin kurumsallaşmasına... 2. Dünya Savaşı sürecinde de burjuva demokratik ülkelerde yürütmenin öne çıkışı, 1961 Cezayir krizi gerekçe gösterilerek ortaya konan De Gaulle politikaları ve elbette Weimar Anayasası'nın meşhur 48. maddesi ve onun kullanımları derken^[20] istisna hâline dair kullanımların modern yönetim paradigmasının çok önemli ve vazgeçilmez bir cüzü olduğunu tespit etmek mümkündür.

Günter Jakobs'un 1985 yılında ortaya attığı düşman ceza hukuku kavramı istisna hâline dair yapılmış ve daha da yapılabilecek olan bu tarihi ve kavramsal tartışmaların bir devamı niteliğindedir. Zira bir istisna hâli, olağanüstü hâl hukuku olan düşman ceza hukuku güvenlikle, yani zorunlulukla ilgilidir. Bu yüzden adına “hukuk” dense de düşman ceza hukuku alanına girildiğinde artık hukuk askıya alınmıştır. Seleflerinin izahatına devamla Jakobs şunları yazar: “‘Hukuk’, hakların ve yükümlülüklerin taşıyıcısı olan kişiler arasındaki ilişkidir. Dolayısıyla bir düşmanla kurulan ilişki, hukuk vasıtasıyla değil ancak zor ile belirlenebilir.”^[21] Ancak istisna hâlinin bu çıkış biçiminde de yasa-nın-biçimi ve yasa-nın-gücü olarak ikiye bölünmüş vaziyette hukuk^[22] yine de oradadır. “Bir düşman ceza hukuku dahi hukuk olduğu için en azından kurallar tarafından yürütülür ve bundan dolayı kendiliğinden gelişen, insiyakî, bilinçsiz tutum olarak

[20] Bkz. Agamben, *İstisna Hâli*, s. 21- 24.

[21] Günther Jakobs, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, çev. Cemil Ozansü, *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, Proje Yön. Kayıhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin Yay., Ankara, 2008, s. 491.

[22] Agamben, *İstisna Hâli*, s. 77.

değerlendirilemez.”^[23]

Jakobs’un bu bağlamdaki düşman tanımı veya ayrımı temelde tehlikelilik üzerinden şekillenir ve yazar herhangi bir/sıradan suçluya hukuk çerçevesinden muamele edilmesi gerekirken, devlet, düzen için tehlikeli kişiye daha farklı muamele edilmesi gerektiğini iddia eder. Jakobs, Rousseau ve Fitch’e gibi düşünürlerin tüm suçluları daha az yurttaş daha çok düşman ve bu bahisle hukuk dışı olarak görmelerine karşı çıkmaktadır. Zira Jakobs için bir normu çiğnemiş kişi yani “suçlu” hala yurttaştır ve öyle de kalmalıdır, haliyle yurttaşlık haklarına sahiptir ve toplumun yeniden üyesi olma imkanına da sahip olmalıdır, yeter ki normun geçerliliğine verdiği zararı telafi edebilsin. O halde her suçlu düşman değildir; bu kez Hobbes’a atıfla, Jakobs için ancak ihanet içinde olan düşmandır. Düşmanla suçluyu ayıran bu bahisle yurttaş ceza hukukuyla düşman ceza hukukunu ayıran şey başkaldırının, devletin mevcudiyetine ve kurumsal yapısına karşı bir fiilin söz konusu olup olmamasıdır.^[24]

Bu bahisle devlet “yeterli bilişsel güvenliği sağlayamayan”, bu yüzden tehlikeli kimseye hukuk kişisi muamelesi yapmaz ve yapmamalıdır, aksi halde Jakobs’a göre devlet diğer kişilerin güvenlik haklarını ihlal etmiş olacaktır. Neticede düşmana karşı kendini, nizamı savunmak devletin temel misyonudur. Bu temel misyonun yerine getirilmesi, haliyle düşmanlara karşı güvenliğin sağlanması adına icap eden tedbirlerin alınması lazımdır ve tam burada düşman ceza hukuku devreye girecektir ve -tekrar altını çizmek gerekirse- düşman ceza hukukunun da temelinde zorunluluğun yasası yoktur anlayışı ve yurttaş ceza hukukundan ayrım yarar. Her şeyden önce, suç işlemiş, bir yasadışı fiili dışı vurmuş yurttaşlardan farklı olarak düşman ilan edilen kişi açısından mesele normun tamir edilmesi değil, tehlikenin bertaraf edilmesidir. Bu bertaraf işlemi, sıradan ve hukuka uygun bir suç takibatı değil, savaş açma şeklinde hayat bulur.^[25]

Düşman ceza hukuku söz konusuysa yeterli güvenceyi vermeyen

[23] Jakobs, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, s. 490.

[24] Jakobs, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, s. 492, 492, 495, 496.

[25] Bkz. Jakobs, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”.

düşmana karşı diyalog, iletişim değil tehlikelilikle mücadele mevzu bahistir. Bu mîntıkada atık devletin haklar tanıma, ceza usulüne uygun yargılama yapma gibi sorumlulukları ortadan kalkmakta, bir başka ifadeyle düşmana muamele istisnai bir muamele olarak cereyan etmektedir. Kişi kavramına dahil görülmeyen düşmana adeta düşük yoğunluklu bir savaş uygulanmaktadır. Nitekim Jakobs bunu, “*not with law but with war*” yani “hukukla değil savaşla” formülasyonunu kullanarak ifade eder.^[26] Zaten Jakobs’a göre bu hukuk değil savaş alanındaki, cezaya değil savaşa maruz kalan kimse kişi değil *unperson*’dır. Schmitt de bu kimselere *hors-la-loi* (hukuk dışı) ve *hors l’humanite* (insanlık düşmanı) der. ^[27] Ancak Agamben’e kalırsa buradaki düşman kavramı kafamızı karıştırmamalıdır, zira adı hukuk olsa da -mesela uluslararası hukuk gibi- hukukun bir alt dalı niteliğinde olmayan, savaş hukuku kapsamına bile girmeyecek, düşmana bile uygulanmayacak bir hukuk, bir eşik durum söz konusudur.^[28]

II. SURUÇ’TAN ANKARA’YA DÜŞMANLIK VE HUKUK

A. *Unperson* Suça Maruz Kalınca...

Judith Butler *Kırılğan Hayat* kitabında bu eşik durumdan Guantanamo’yu mercek altına alır^[29], ancak diğer taraftan düşman ceza hukukunu katliamlarda, savaşlarda ve benzeri durumlarda hayatını kaybeden insanlara yapılan muamele açısından da ele almış olur. Evet, insan hakları vardır ve fakat “yapay bir medeniyet mefhumu insan olanın ölçüsü olarak alınıyor, öte yandan da yaşamın insandışı ve yasaüstü alanında yaşayıp ölen bir ‘insan olamayan insanlar, hayaletsi insanlar, insan olarak

[26] Günther Jakobs, “On the Theory of Enemy Criminal Law”, *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Ed.

Markus D. Dubber, 2014, s. 421, 423; Jakobs, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, s. 490, 489, 499.

[27] Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 73.

[28] Agamben, *İstisna Hâli*, s. 13.

[29] Bkz. Judith Butler, *Kırılğan Hayat: Yasın ve Şiddetin Gücü*, çev. Başak Ertür, Metis Yay., İstanbul, 2018, s. 64 vd..

varlığını yitirenler' sahası korunup sürdürülüyor"^[30]. Hâliyle bu sahada hayatını kaybeden, suça, hak ihlallerine maruz kalan insanların yaşamları da ölümleri de kâfi derecede kıymetli görülüyor. "Kimi yaşamın yası tutulabilir, ötekilerin yası tutulamaz olduğuna; hangi tür öznenin yası tutulabilir olduğuna ve yasinin tutulması gerektiğine, hangi tür öznenin ise yasinin tutulmaması gerektiğine karar veren ayrımcı yas tahsisi, kimin normatif olarak insan olduğuna, yaşanabilir bir yaşam ve yası tutulabilir bir ölüm sayılanın ne olduğuna dair belli dışlayıcı kavrayışlar üretmekte ve sürdürmektedir."^[31] Bu yas hiyerarşisi dökümü aynı zamanda cezasızlık mekanizması üzerinden işler. Bu ayrımcı tahsisat bağlamında düşman ceza hukukunun önemli bir cüzü olan siyasi yargı rol oynamakta ve kim için ne kadar hak ve adalet tesis edileceğine karar vermektedir. Nitekim bu tür durumlarda, yani *unperson*'ın bir suçun "mağdur"u olması durumunda, yakınlar, geride kalanlar adalet talep ettiğinde genelde cezasızlık devreye girmektedir.

Roma'dan beri "zorunluluğun yasası yoktur" söylemi aynı zamanda istisnai hâllerde, devletin güvenliği uğruna bir Roma yurttaşı öldürüldüğünde, öldürenler cezalandırılacak mı cezalandırılmayacak mı tartışmasını da keser.^[32] Agamben'in *homosacer* serisinin *İstisna Hâli*'yle beraber diğer bir kitabı olan *Kutsal İnsan*'da bu mevzudan daha ayrıntılı bahsedilir ve hatta kitapta "Yaşamayı Hak Etmeyen Can" diye bir alt başlık vardır.^[33] Agamben'e göre modern biyosiyasette egemen, olağanüstü hâle olduğu gibi, hatta belki de tam bu yüzden, hayatın değerine ve haliyle değersizliğine de hükmeden kişi demektir. Hâl böyle olunca hayatın sıfır noktasından da bahsetmek mümkün hâle gelir. Bu sıfır noktasında yaşam

[30] Butler, *Kırılğan Hayat*, s. 100.

[31] Butler, *Kırılğan Hayat*, s. 12.

[32] Agamben, *İstisna Hâli*, s. 65.

[33] Giorgio Agamben, *Kutsal İnsan*, çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Yay., İstanbul, 2017, s. 163 vd..

siyasal manasını yitirir, hâliyle tamamen değersizleşir ve bu yüzden hak ve özgürlük sahibi bir hukuki kişilikten değil çıplak hayattan bahsedilebilir. Artık burada, bu eşik durumunda mutlak iktidarlı egemenin karşısında tamamen çıplak kalmış/yok iktidarlı *homosacere* -öldürmek dahil- her şey yapılabilir ve hiçbir ihlal suç teşkil etmeyecektir.

Burada, hayatlara değer ve bu bahisle değersizlikler biçilirken, suç faillerine de ceza veya cezasızlıklar biçilir. Bu sırada makbul yurttaşların ölümü makbul olmayanların, yani dostun ve düşmanın ölümü birbirinden ayrılır ve ayrımcı yas ve bu bahisle adalet tahsisatında/dağıtımında bir yere konulur. Butler bu noktada şunu sorar: “Bu yası tutulamaz yaşamların kaybına yol açan şiddet ile kamusal olarak yaslarının tutulması üzerindeki yasak arasındaki ilişki nedir? Bu şiddet ile yasağın her ikisi de aynı şiddetin biçim değiştirmiş halleri mi? Söylem üzerindeki yasağın, ölümlerin ve yaşamların insanlıktan çıkarılmasıyla bir ilişkisi var mı?”^[34] Buradan bakınca aslında bu kişilere yönelik istisnai, düşmanca/ “düşmana layık” tutum veya şiddet adalet mekanizmaları içerisinde şiddet faillerine cezasızlık olarak sürmektedir. Burada düşman ceza hukukunun mantığına uygun şekilde, birinin gerçekleştirdiği şiddet fiili değil tehlikelilik düzeyi hesaba katılmaktadır. Hatta bu artık hayatta olmayan kişi için bile geçerlidir. Şayet düşman ceza hukuku söz konusuysa mağdurken bile bir nevi cezalandırılabilirsiniz.

Roma’dan bugüne, istisna hâlinin bir başka görünüm biçimi olan bu cezasızlık politikası bugünlerde, özellikle 2008 sonrası şiddetlenmek suretiyle 11 Eylül sonrasında, “terörle mücadele” adı altında uygulanmaktadır. Nihayetinde “terörle mücadele” mevzu bahisse artık orada, hukuki değil siyasi bir karar verilerek, daha doğrusu kamu hukuku ile siyasal olgu arasındaki eşikte şiddetin meşrulaştırılışı kaşımıza çıkar. Burada yaşam hakkı ve bu hakkı tanıyan hukuki düzenlemeler askıya alınır, zorunluluğun yasası yoksa şayet, zorunluluk hâlindeki, mesela “terörle mücadele” gerekçesiyle olduğu veya “terörist”/“düşman” olarak addedilenlerin öldüğü

[34] Butler, *Kırılğan Hayat*, s. 50.

ölüm vakalarının da cezası olmayabilir. Böylece yaşam hakkı askıya alınmış ve onun kutsallığı da pay edilmiş olur. Agamben'in Bush'un buyruğunda yeni olan dediği hukuki açıdan nereye konulacağı bilinmeyen, herhangi bir hukuki korunma stratejisinin işlemediği vaziyet^[35] bu kez mağdurlar için mevzu bahistir.

Düşman ceza hukuku ve onun siyasi yargıdaki görünüm biçimleri Türkiye'de Gezi Davası'ndan, gazetecilere, siyasetçilere yönelik açılan davalara kadar, daha çok Jakobs'un işaret ettiği tehlikeli kişi üzerinden ve daha çok failler bağlamında tartışıldı. Ancak, yukarıda bahsedildiği üzere, Jakobs'un bahsettiği kâfi derecede "bilişsel güvenlik sunamayan kişi", düşmanlaştırılan, tehlikeli olarak işaretlenen kişi karşımıza sıkça mağdur olarak da çıkmaktadır ve bu tür durumlarda da yapılan muamele benzerdir. Bir başka ifadeyle, düşman ceza hukuku zaten yurttaş olarak görülmeyen, hatta insan olarak bile farz edilmeyen kişilere uygulanan bir hukuk olarak, sadece cezalandırıcı uygulamalar şeklinde tezahür etmez. Daha doğrusu sadece üzerine suç atılı kişilere yönelik cezalandırma olarak değil bilakis suça maruz kalmış bir nevi cezalandırma olarak da tezahür edebilir. Şayet siyasi iktidar *mağdur, kurban, suça maruz kalan* kişi veya kişileri, daha az insan veya insan olmayan, *unperson* olarak ele alıyorsa, *Kırmızı Pazartesi* gibi göz göre göre suça seyirci kalma ve akabinde de cezasızlık olarak karşımıza çıkabilmektedir. Hrant Dink davasında olduğu gibi, bir kısım failerin korunması ve aklanması, Sivas katliamı davasında olduğu gibi, zamanaşımı hükümlerinin işletilmesi gibi şekillerde bu politikaya tesadüf etmemiz mümkündür.

Suruç'ta 20 Temmuz 2015'te gerçekleşen ve 34 insanın ölümüyle neticelenen katliamın ardından başlatılan dava süreci de failerin aklandığı, hatta mağdurların, yaşamını yitirenlerin yakınlarının suçlulaştırıldığı bir dava ve düşman ceza hukuku uygulaması örneği olarak tarihe geçti. Ankara katliamı davası da bağlantılı ve benzer bir örnek olarak tarihe

[35] Agamben, *İstisna Hâli*, s. 12.

geçti ve geçmektedir. Bundan sonraki başlıklarda bahsedilecek olan pratiklerden görüleceği üzere, bu davalarda failer, sorumlular ciddi bir cezasızlık kalkanı arkasında korunmaya alınmışken, hayatını kaybedenlere ve onların yakınlarına, geride kalanlara, bu katliamlar sebebiyle adalet isteyenlere yönelik ciddi bir düşmanlaştırma politikası izlenmektedir ve bu kimseler açısından hukuki korunma stratejilerini işletmemek için çaba sarf edildiği gözlemlenmiştir. Bu kez de mahkeme salonunun öbür tarafında düşman veya düşmanın yakını ilan edilenler hukuki güvencelerden yoksun bırakılmıştır.

B. “Takip Et, Kaydet, Dokunma” veya *Kırmızı Pazartesi*

Gabriel García Márquez’in meşhur romanlarından olan *Kırmızı Pazartesi*^[36]’de “işleneceğini herkesin bildiği bir cinayetin öyküsü” anlatılmaktadır. Santiago Nasar isimli roman kahramanının öleceğini daha ilk andan itibaren herkes ve okuyucu da bilmektedir ancak kimse bunu önlemek için bir şey yapmayacak, cinayet adım adım Nasar’a yaklaşacaktır. Daha çok Hrant Dink cinayeti için yapılan *Kırmızı Pazartesi* benzetmesi, yine özellikle kamu görevlilerinin olacaklardan haberdar olduğu veya haberdar olması gerektiği bir durumda hayatını kaybeden kişilerin söz konusu olduğu Suruç ve Ankara katliamları için de geçerlidir. Bir başka ifadeyle, bu çalışmanın konusu olan Suruç ve Ankara katliamları ve o dönem IŞİD tarafından gerçekleştirilen önceki ve sonraki katliamlar da adeta bir *Kırmızı Pazartesi* olarak ve bu bahisle Hrant Dink ve benzer pek çok cinayete benzer şekilde vuku bulmuştur. Davalar sırasındaki cezasızlık boyutuna geçmeden evvel buraya bakalım.

Pazartesi aslında 2012’den, kolluk kuvvetleri ve istihbarat birimlerince Türkiye’deki El Kaide örgütünün soruşturulduğu günlerden başlamaktadır.

[36] Gabriel García Márquez, *Kırmızı Pazartesi*, çev. İnci Kut, Can Yay., 2017, İstanbul.

O tarihlerde El Kaide'yle ilgili olarak başlayan, örgütlerin adı değişikçe adı da değişmiş bir dosya açılmış ve bu takipler daha sonra IŞİD hakkında bir teknik takibe dönüşmüştür. Diyarbakır, Suruç ve Ankara katliamlarının faillerinin de takip altında olduğu ve hâliyle bu failer hakkında da delillerin biriktiği teknik takip dosyası 2015 sonuna kadar devam etmiş, ancak bir türlü bu dosya bir dava dosyasına dönüştürülmemiştir.^[37]

Burada Ankara davası avukatlarından Kazım Bayraktar'ın bahsettiği dosya esasen IŞİD Gaziantep yapılanmasına dairdir ve söz konusu katliamlara dair davalarda da adları geçen “Yunus Durmaz, Halil İbrahim Durgun, Alagöz Kardeşler ve diğerleri”nin takip edilmesine ilişkindir. Bu kapsamda 2012 yılından beri 85 kere verilmiş teknik takip kararı söz konusudur. Mahkeme, talep edildikçe yeniden teknik takip kararları vermiş ve o sırada bu şahısların temaları, bulundukları yerler, kurdukları dernekler, telefon görüşmeleri, tape kayıtları dosyada birikmiştir. 2014 yılına kadar bu böyle devam ettikten sonra, mahkeme artık teknik takip kararı vermek yerine, bu kişiler hakkında işleme geçilmesi gerektiği uyarısında bulunur. Ancak mahkemenin bu uyarısına ve birikmiş onca suç deliline rağmen, Bayraktar'ın altını çizdiği üzere, bu kişilerle ilgili hiçbir operasyon yapılmamış, bir türlü işlem başlatılmamış, 2015 yılının son aylarına, yani üç katliam da gerçekleşene, bir sürü insan hayatını kaybedene kadar bir türlü bu suç delilleri davaya dönüştürülmemiştir.^[38]

Bayraktar o süreç içerisinde başlatılan bir dava sürecinden bahseder ancak süreç şöyle gelişmiştir: O dönem “üç IŞİD üyesi” (Ankara katliamı dosyası sanıkları Ahmet Güneş, Mustafa Delibaşlar ve “IŞİD’in Antep emiri” olarak bilinen Yunus Durmaz'ın kardeşi Ökkeş Durmaz) rutin bir yol kontrolüne takılırlar ve arabalarında IŞİD çıkartmaları bulunduğu

[37] Kazım Bayraktar, “‘Bu üç katliamın faileri ortak ve bu failerin büyük bölümü 2012’den beri teknik takip altında.’”, röportaj: Gül Büyükbeşe, *Ölüm Ne Yana Düşer Usta- Diyarbakır, Suruç, Ankara Katliamları*, Haz. Gül Büyükbeşe- Sibel Tekin, Notabene Yay., İstanbul, 2021, s. 106.

[38] Bayraktar, s. 107.

gibi, içinde “İŞİD infaz videoları”ndan birinin olduğu bir flash disk de bulunur ve bu videoda Ahmet Güneş fetva vermekte ardından bu üç kişi birden ateş ederek bir kişiyi infaz etmektedirler. Bu olayla ilgili bir iddianame hazırlanır ve Şanlıurfa 5. Ağır Ceza Mahkemesi’nde bir dosya açılır ancak 2012 yılından beri toplanan kanıtlar bu dosyaya eklenmediği gibi, bu infaz görüntüleri de ilk başta yok sayılmış ve fezlekede olmasına rağmen dosyaya konulmamıştır. Mahkeme heyeti yine de bu videoya ilişkin sorgulama yapar ve hatta Ahmet Güneş’in “ölmüş bir insan zorla ateş ettirdiler” şeklindeki savunmasını kabul etmez. Nitekim 2014 Haziran ayındaki duruşmadan sonra ek iddianame düzenlenmesi ve söz konusu dosyalar birleştirilmek üzere suç duyurusunda bulunulmasına karar verir. Ancak kendisine mahkeme tarafından suç duyurusu müzekkeresi yazılan başsavcılık işlem yapmaktan imtina eder ve dosyayı rafa kaldırır. Sonrasında bu müzekkereyi yazan mahkeme heyeti değişir ve yeni heyet kısa bir süre sonra (2014 Ekim ayı sonunda) bu üç İŞİD’liyi tahliye eder. Bir noktada raftaki dosyayı çıkaran savcılığın sonradan düzenlediği ek iddianame ise hiçbir işe yaramamış, zira Ahmet Güneş çoktan tahliye edildiği gibi, mevzu bir “kasten insan öldürme suçu” olmasına rağmen savcı tarafından sanığın yakalanması kararı verilmemiştir. Nihayetinde de yeni gelen heyet dava açılması talebini reddetmiştir. Savcı 7 günlük yasal süre içinde itiraz etmeyip, 12 gün içinde itiraz ettiği için üst mahkeme de bu kez süre geçtiği için dosyanın reddine karar vermiştir. Daha sonra savcı bu kez aynı iddianameyi yeni bir iddianame olarak hazırlar ve bu kez dosya 2. Ağır Ceza Mahkemesi’ne girer. 2. Ağır Ceza Mahkemesi de benzer bir pratik izlemeye devam ederek, Güneş hakkında ısrarla yakalama kararı çıkartmamıştır ve birkaç duruşma gerçekleştikten sonra da Diyarbakır katliamı gerçekleşmiştir.^[39]

Suruç katliamı davası avukatlarından Sezin Uçar ,Suruç katliamı öncesinde Şanlıurfa Emniyet Müdürlüğü’ne gelen ve İŞİD’in saldırı yapacağına dair istihbarat bilgileri ve raporu olduğunu ifade etmektedir.

[39] Bayraktar, s. 108- 111.

Sosyalist Gençlik Dernekleri Federasyonu kaymakamlıkla görüşerek oraya gitmiş ve gerekli bildirimleri yapmıştır. Uçar'ın da beyan ettiğine göre Federasyon üyesi gençler tarafından götürülen oyuncaklar bile didik didik aranmışken, üstelik bu tür birtakım raporlar da varken, Federasyon üyelerini korumak adına hiçbir güvenlik önlemi alınmamasının altını çizmek gerekmektedir.^[40] Ankara Gar katliamı bakımından da 10 Ekim Ankara Katliamı Davası Avukat Komisyonu, “Adaleti aramak ... adaleti aratmamak... 10 Ekim katliamının 7. yılında katliama ve mağdurlara devletin bakışı” isimli raporlarında benzer bir durumdan bahsederler. Avukatlar bu raporda “dava dosyası kapsamından ve görgü tanıklarının anlatımına göre toplanma yerinde miting katılımcılarını koruma amacıyla hiçbir güvenlik tedbiri alınmadığı” tespitini yapmışlardır.^[41] Bayraktar ayrıca saldırıyı gerçekleştirenlerin 10 Ekim katliamını gerçekleştirmek üzere yola çıktıkları sırada da polis aramalarına takıldıklarını, eskortluk yapan Yakup Şahin ve canlı bombaları taşıyan Halil İbrahim Durgun'un kullandıkları iki ayrı aracın Ankara'ya gelmeden aramaya takılmalarına rağmen polislerin ellerinden kurtulduklarının dava sırasında yapılan sorgulamalarda da ortaya çıktığını belirtmektedir. O gün böyle bir miting olmasına rağmen Ankara girişinde hiçbir arama yapılmaması da dosyanın avukatları tarafından dikkat çekici bulunmuştur.^[42]

Nitekim Ankara katliamı davası avukatlarından Erkan Ünüvar da yapılan görüşmelerde 2012'lerden itibaren o bölgede faaliyet gösteren İŞİD mensuplarının takip edilmekte ve bu kişiler hakkında bazı tespitlerin zaten yapılmış olduğunun altını çizmiştir. Ünüvar'a göre, Adıyaman,

[40] Sezin Uçar, “Eğer Suruç katliamı soruşturmasını yürüten savcı yeterli inceleme ve tetkik yapmış olsaydı, Ankara katliamı gerçekleşmeyecekti.”, röportaj: Gül Büyükbeşe, *Ölüm Ne Yana Düşer Usta- Diyarbakır, Suruç, Ankara Katliamları*, Haz. Gül Büyükbeşe- Sibel Tekin, Notabene Yay., İstanbul, 2021, s. 140.

[41] <https://bianet.org/haber/10-ekim-magdurlarinin-7-yildir-tek-dilegi-var-adalet-268125> (Erişim Tarihi: 2 Mayıs 2024).

[42] Bayraktar, s. 113, 114.

Antep ve Urfa'daki yetkililerin de söz konusu katliamlar açısından sorumluluğu bulunmaktadır. Zira teknik takibin yanı sıra, o dönem bu kişiler hakkında bazı ihbarlar ve bilgilendirmeler yapılmıştır, ancak yine de bu kişiler hakkında doğru düzgün işlem başlatılmaz, yargılama yapılmaz. Ünüvar bu noktada 10 Ekim 2015'ten 10 gün önce yapılan bir ihbardan bahseder: Yakup Şahin bombaları getirirken ihbar edilmiş ve Nizip Savcılığı bu durumu Antep Emniyeti'ne bildirmiştir.^[43] Ancak Antep Emniyet Müdürlüğü yetkilileri bu ihbarla ilgili herhangi bir girişimde bulunmamış ve bu ihbardan 10 gün sonra da katliam gerçekleşmiştir. Bir başka örnek olarak; söz konusu katliamlar gerçekleşmeden önce Urfa ve Adıyaman Emniyeti'ne canlı bombanın bilgileri sorulmuştur. Hâliyle Bayraktar gibi Ünüvar da bu katliamlar gerçekleşirken kamu otoritelerince belli başlı gelişmelerden haberdarlık durumunun, en azından gelişmelere dair bazı ihbarların ve şüphelerin olduğunu ifade etmiştir. O'na göre, belgelenmiş durumdaki bu katliamlar göz göre göre gerçekleşmiş, bu olaylara göz yumulmuştur.

Bayraktarın dediği gibi: “Hiçbir teknik takip kararı, bu kadar suç delili birikmesine rağmen operasyona dönüşmeden bir kenarda bekletilmez. (...) İzlenen politika şu; takip et, kaydet, dokunma”.^[44] Bu politikanın bir sonucu olarak, uzun süredir takip edilmekte, istihbarat birimlerince izlenmekte, haklarında birçok delil toplanmakta olan kişiler bu üç katliamı örgütlemek de dahil olmak üzere her türlü faaliyetlerine devam edebilmişlerdir.^[45] *Pazartesi* gibi düşman ceza hukukunun da buradan, henüz katliamlar gerçekleşmeden başladığını ifade etmek mümkündür. Kamu otoritelerince “bilinen veya bilinmesi gereken” bir katliamın, suç faaliyetinin önüne geçilmemiştir. Düşmanlaştırma, *unperson* olarak

[43] Ayrıca bkz. <https://bianet.org/haber/ankara-katliamindan-10-gun-once-emniyete-ihbar-telefonu-216177> (Erişim Tarihi: 2 Mayıs 2024).

[44] Bayraktar, s. 107.

[45] Bayraktar, s. 111.

kodlama buradan başlamış, katliamlarda hayatını kaybeden kişiler, *Kırmızı Pazartesi* romanındaki benzer şekilde yolda olan ve hakkında birçok emare bulunan bir saldırıdan korunmamışlardır. Burada 3. kişilerin sorumluluğu bağlamında, devletin yaşam hakkının korunmasına dair sorumluluğunu yerine getirmediği, bu hakkı askıya almış olduğu aşikârdır.

Dahası, Ankara ve Suruç katliam davalarının avukatlarının aktardığı üzere, söz konusu avukatların da en azından sonraki katliamları engellemesinin önüne geçilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu katliamlarla ilgili dosyalar kapsamında derhal gizlilik kararları verilmiştir ve haliyle avukatların dosyayı incelemeleri uzun süre mümkün olamamıştır. Haliyle avukatlar öncesinde müdahale edip, soruşturmanın daha baştan derinleştirilmesi için uğraşma, bu konuda yararlı olabilecek, sonraki feci olayların önüne geçebilecek talepler sunma fırsatı bulamamışlardır.^[46]

Suruç Katliamı davası avukatları 9 Ekim’de Ankara katliamından 1 gün önce Suruç’a gidip canlı bomba Abdurrahman Alagöz’ün ailesinin araştırılması ve başkaca deliller ve araştırmalar yapılması için taleplerde bulunmuş, dosyanın savcısıyla pek çok kez yapılan görüşmelerden birini daha yapmışlardır. Ancak dosya gizlilik kararı sebebiyle avukatlara yine gösterilmediği gibi, avukatların hiçbir talebi kabul edilmemiş, avukatlar -kendi anlatımlarına göre- gerekenin yapıldığı öne sürülerek geçirilmiştir.^[47] Suruç davası avukatlarından Sezin Uçar bu konuda şunları belirtir:

“Suruç katliamı soruşturmasını yürüten savcı yeterli bir inceleme ve gerekli tetkiklerin hepsini yapmış olsaydı, Ankara katliamı gerçekleşmeyecekti. Ankara katliamı dosyasında gerekli işlemler yapılsaydı, havalimanı katliamı gerçekleşmeyecekti, belki Sultanahmet katliamı olmayacaktı. Çünkü İŞİD katliamlarının hepsi birbiri ile bağlantılı.”^[48]

[46] Bayraktar, s. 106.

[47] Uçar, s. 135, 136.

[48] Uçar, s. 137.

Bayraktar da bu konuda şunları ifade eder:

“(...) ancak şurası kesin: eğer ki biz soruşturma sürerken, ilgili dosyaya ulaşabilseydik; şunların da araştırılması gerekir, şuralarda eksikler var, bu dosyalarla bağlantı var diyecektik. Yani soruşturmanın derinleştirilmesini ve genişletilmesini daha o aşamada sağlayacaktık. Eğer ki Diyarbakır katliamında, Suruç katliamında hazırlık soruşturması aşamasında o belgelere ulaşabilseydik, 10 Ekim katliamının faillerini orada işaret edecektik. Böylece bu zinciri birinci halkada olmasa da en azından ikinci halkada kırmak için veri ve brikim olacaktı; ‘bunlar yapılar, yine yapacaklar ver bakın bunlar Gaziantep’te’ diyebilecektik. Diyemedik. Dosyalar bizden gizlendi.”^[49]

C. Bir Kalkan Olarak Cezasızlık

Bayraktar, Ölüm Ne Yana Düşer Usta kitabı için verdiği röportajda, Ankara katliamından sadece aylar sonra, 1 Mayıs 2016’da yaşanan bir IŞİD saldırısını hatırlatır. IŞİD Türkiye ilişkilerinin de etkisiyle bu kez bir kamu kurumuna yönelik IŞİD saldırısı gerçekleşmiş, Gaziantep Emniyet Müdürlüğü bombalanmıştır. Diğer IŞİD saldırılarından farklı olarak, bu olay üzerine bir gecede 150 IŞİD üyesi yakalanmıştır. Bayraktar, bir gecede 150 IŞİD’linin tespit edilmesinin mümkün olmadığını ve bu olayın bile başlı başına aslında kamusal otoriterlerin IŞİD’liler hakkında ellerinde pek çok bilgi belge olduğunu gösterdiğini belirtmiştir.^[50] Ancak bu aynı zamanda kimin tarafından, kime karşı suç işlendiğinde adli mercilerin nasıl bir tutum aldığını ve dahası ayrımcı muameleler yapılabileceğini de göstermektedir. Zira IŞİD onlarca insanın hayatını kaybettiği pek çok katliam gerçekleştirdiğinde sessiz kalınmış, soruşturma ve kovuşturmaların kapsamı gerek failler gerekse talepler ve nihayetinde cezalandırma

[49] Bayraktar, s. 106.

[50] Bayraktar, s. 108.

bakımından olabildiğince dar tutulmuştur.

Bu bağlamda, 2015 sürecinde yaşanan Diyarbakır Suruç ve Ankara patlamalarından sonra açılan davaların ortak özelliklerinden birisi de soruşturma dosyalarına intikal eden kişilerin ancak canlı bombalar ve onların çok yakın çevresi olmasıdır.^[51] Bu özellikle Suruç davasında karşımıza bariz bir şekilde çıkar. Suruç davası açısından gizlilik kararı kaldırıldıktan sonra tespit edilebildiği üzere, dava kapsamında sadece üç kişi yargılanmıştır ve bu kişilerin de birisi canlı bomba, diğer bir kişi ise daha sonra hayatını kaybetmiştir. Üçüncü sanığın da o sırada Suriye’de olduğu bilinmektedir. Uçar, Suruç davası nezdinde aslında Ankara katliamı davasının tutuklu sanığı dışında yargılanmış kimsenin olmadığını ifade etmiştir.^[52] Nitekim söz konusu dava 22 Ekim 2021 tarihinde sona ermiş ve sadece tek tutuklu sanık Yakup Şahin’e ceza verilirken, ailelerin reddi hâkim talebi ile avukatların mütalaaya karşı savunma ve kovuşturmanın genişletilmesi talepleri reddedilmiştir.^[53] Davanın bir diğer avukatı Ruken Gülağacı katliamın 7. Yıl dönümünde kaleme aldığı yazıda bu konuya ilişkin gözlemlerini şöyle aktarmıştır: “(...) mahkeme heyeti olay öncesi ve sonrasına ait 5 saatlik kayıp görüntüyü bulma kaygısını dahi taşımıyor, bunun yargılanan tek tutuklu sanık olan Yakub Şahin açısından bir önemi olmadığını beyan ediyordu. Katliamın sorumluları aranmıyor, ‘ceza verilecek bir kişi var, bir an önce ceza verelim dava bitsin’ gözüyle yargılama yapılıyordu.”^[54]

Yine Suruç davasında, Uçar, katliamın olduğu yerde ortaya çıkan, fotoğraf çeken motosikletli birinden bahsedildiğini ve bu kişinin olay

[51] Bayraktar, s. 105.

[52] Uçar, s. 137.

[53] <https://bianet.org/haber/suruc-katliami-davasi-tek-saniga-cezayla-dava-kapatildi-252232> (Erişim tarihi: 3 Mayıs 2024).

[54] Ruken Gülağacı, *bianet*, 19 Temmuz 2022, <https://bianet.org/yazi/suruc-icin-adalet-mucadelesi-suruyor-264621> (Erişim tarihi: 3 Mayıs 2024).

yerindeki yurttaşlar tarafından yakalandığı sırada çantasından bazı deliller çıktığını belirtmiştir. Ancak bu şüpheli kişinin polis tarafından patlamanın gerçekleştiği yerdeki Amara Kültür Merkezi'ne sokulup, kaçırıldığı iddia edilmektedir ve Uçar bu kişinin ciddi şekilde şüpheli bir durum olmasına rağmen, mahkemede ancak tanık olarak dinlenebildiğini ve bir sürü çelişkili beyanı olmasına rağmen hakkında işlem yapılmadığını ifade etmiştir.^[55] Ankara katliamı davası avukatlarından Ünüvar, bunlara ek olarak, yeri belli faillerin firari olarak gösterilip Suriye'den alınıp getirilmemesine değinmiştir. Hâliyle bu kişilerin ne ifadesi alınabilmiş ne de haklarında gerçek bir yargılama yapılabilmektedir. Her iki davada da bazı IŞİD üyeleri içinse daha baştan yargılama yapılmasının önü kapatılmış, takipsizlik kararları verilmiştir.

Düşman ceza hukukunun bir parçası veya aracı olarak cezasızlık kalkanının kullanımı bakımından bu dosyaların en dikkat çekici yanı, kamu görevlilerinin neredeyse hiç cezalandırılmamış olmasıdır. Üstelik bir önceki başlıkta aktarıldığı üzere, “takip et, kaydet, dokunma” politikasının işletildiği barizdir. Hatta olayda sorumluluğu olabilecek pek çok görevli hiç araştırılmamış, ölenlerin yakınlarınca yapılan pek çok suç duyurusu sonuçsuz kalmıştır.

Suruç katliamında hayatını kaybedenlerin yakınlarının avukatları dönemin cumhurbaşkanından, Milli İstihbarat Teşkilatı'nda görev alan kişilere, Şanlıurfa valisinden Suruç kaymakamına kadar pek çok kamu görevlisi hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Ancak şu ana kadar bu katliamla ilgili olarak sadece üç emniyet müdürü yargılanmıştır. Bunlardan biri olan, Suruç Emniyet Müdürü Mehmet Yalpalı'nın Muğla'ya terfi etmiş olması sebebiyle, ifadesinin talimatla alınmasına karar verilmiştir. Ancak talimat duruşması gününden bir gün önce, mesai saati bitimine yakın saatlerde, katılan ve müşteki avukatlarının bilgisi ve katılımı dışında, hâliyle usulsüz bir şekilde sanık dinlenmiştir. Uçar'a göre bu kişi kendilerinden adeta kaçırılmış, bu kişiyle bir yüzleşme bile sağlanmamış,

[55] Uçar, s. 140.

örneğin katliamda hayatını kaybeden birinin annesi bu kişiye bir soru sorma hakkını bile kullanamamıştır. Nihayetinde de Yalpalıal hakkında 7500 TL para cezası verilmiştir.^[56]

Aynı cezalandırmamaya yönelik tavır delillerin araştırılması gibi süreçler açısından da tespit edilmiştir. Savcının re-sen harekete geçmesi gereken pek çok durumda hareketsiz kalınmış, herhangi bir ceza soruşturmasında ilk sorulması gereken deliller bile ancak avukatların ısrarlı talebiyle ve hatta bizzat katılan avukatlarının kendi araştırmalarıyla dosyaya girebilmiştir. Örneğin, Uçar'ın ifade ettiği üzere, Suruç davasında olay yerini gören kamera kayıtları bile avukatların pek çok kez talep etmesi sonucunda, davanın açılmasından aylar sonra dosyaya celp edilmiştir.^[57] Yine yukarıda Ünüvar'a atıfla bahsi geçen Yakup Şahin hakkında Ankara katliamından 10 gün önce yapılan ihbara dair evraklar Ankara Emniyeti ve savcılık tarafından katliamdan sonra alınmasına rağmen dosyaya konulmamış, yine Ünüvar'ın anlatımlarına göre, 4 yıl sonra ve tesadüfen ilgili savcının tayin olmasından sonra avukatlar tarafından bulunup, dosyaya konulmak üzere çıkarılabilmişlerdir.

Erkan Ünüvar görüşmeler sırasında, kendilerini, yani avukatların Antep, Adıyaman gibi yerlerde Ankara ve Suruç katliamlarına dair dosyada yargılanan kimselerle ilgili zaten bir süredir devam eden soruşturmalardan bulup çıkardıkları bir kısım delilden bahsetmiştir. Ünüvar'a göre kamu görevlilerinin sorumluluğunda olan bu araştırmaları avukatlar yapmasa dosyada eller tutulur bir delil bulmak bile mümkün olmayacaktır. Avukatların bu delillerin istenmesi için sundukları talepler bile reddedilmiş, bu yüzden bunları gidip ilgili dosyalardan çıkartıp, mahkemeye sunmak gerekmiş, bazı deliller bir önceki paragraftaki örnekte de görüleceği üzere dosyaya çok geç girmiştir. Dahası katliamlara dair bazı kayıp kamera kayıtları söz konusudur ve bunlara ulaşmak hiç mümkün olmamıştır.

[56] Uçar, s. 141, 142.

[57] Uçar, s. 137, 138.

D. Asıl Yargılanan

Buraya kadar, onlarca insanın hayatını kaybettiği katliamların sorumlularının birçoğunun yargılanmadığı, fail olarak kayıt altına alınan kişilerin de bir kısmının doğru düzgün cezalandırılmadığı, bu katliamın mağdurlarının ceza adaletinden mahrum bırakıldığı, ölenlerin yaşam hakkının yok sayıldığı bir tablo ele alındı. Söz konusu dokunmama politikası ve cezasızlık kalkanı, katliamın mağdurları, hayatını kaybedenler ve onların yakınları, geride kalanlar ve hatta bir gözdağı olarak ele alınırsa Türkiye'deki tüm siyasal muhalefet açısından bir düşman ceza hukuku uygulaması olarak hayata geçmiştir ve aynı zamanda özellikle yakınlar açısından adalet arayışı, bu noktaya kadar bile, bir nevi ceza niteliğine bürünmüştür. Ancak, adli merciler Suruç ve Ankara katliamı nezdinde bunun ötesine geçmişler ve hayatını kaybedenleri suçlulaştırıp/ düşmanlaştırıp, bu bağlamda yakınlarının başkaca haklarını da ihlal eden birtakım pratikler geliştirmişlerdir. Neticede düşman ceza hukuku burada karşımıza mağdurun düşman ilan edildiği hâli ile çıkmaktadır.

Bu ilanının en bariz şekilde, misyonu göz önünde bulundurulduğunda da en beklenmedik merci olan Anayasa Mahkemesi tarafından yapıldığını söylemek mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin 8 Haziran 2021 tarihli kararı IŞİD saldırısının gerçekleştirildiği Amara Kültür Merkezi ve çevresinde yeterli güvenlik tedbiri alınmamasına ilişkin açılan davada emniyet müdürü Yalpalıel'e 7 bin 500 Türk lirası adli para cezası verilmesine dairdir. Suruç'ta hayatını kaybedenlerin yakınlarıyla, yaralılarından müteşekkil 13 başvuru, görevini ihmal eden kamu görevlisi hakkında mahkemenin adli para cezası vermesi nedeniyle yaşam haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle AYM'ye başvurmuştur. 5 Ekim 2021'de Resmî Gazete'de yayınlanmış olan kararda, ihlal iddiası kabul edilemez bulunmuş, başvuruçuların iddialarının da soyut olduğu

ifade edilmiştir.^[58] Dahası hayatını kaybeden kişiler, Suruç'a giden SGDF üyeleri “terör örgütü üyesi” olarak kodlanmıştır. Bir başka ifadeyle AYM kararında da ilgili polisler katliamın sorumlusu olarak addedilmezken, hayatını kaybeden kişiler “terörist” olarak işaret edilmiştir.

Benzer bir bariz damgalamanın yapıldığı diğer merci idare mahkemeleri olur. Gerek Sezin Uçar gerekse Erkan Ünüvar'ın vurguladığı bu davalar, kamu görevlilerinin sorumluluklarını idari davalar nezdinde de ortaya çıkarmak için açılmıştır. Ancak idare mahkemesi bu katliamların sorumlularına dair değerlendirme yaparken, yaşananların sorumluluğunun %50'sinin mağdurların kendi sorumluluğu olduğuna dair bir değerlendirme yapmış ve mağdurların alacakları tazminatta bu sebeple %50 indirimine gitmiştir. İdare mahkemesi bu kararını mağdurların “terörle iltisaklı” oldukları iddiası üzerinden gerekçelendirmiştir. Buradaki söyleme veya iddiaya anlaşılan göre, Suruç'ta hayatını kaybedenlerin “terörle iltisaklı” olduğuna kani olunmalıdır ve bu iltisak nedeniyle, mahkemeye göre, hayatını kaybedenler %50 oranında bu katliama zemin hazırlayan taraftır.

Söz konusu katliamlarda hayatını kaybedenlerin yakınları ve yaralılar da benzer bir suçlulaştırma furıyası ile karşı karşıya kalmışlardır. Burada kimin kim için adalet talep edebileceğine hâliyle kimin adalet talebinden mahrum bırakılacağına dair bir mesaj verilmektedir; bazı kişiler, mesela “terörle iltisaklı” olarak işaretlenenler -ki günümüzde bu kavram gittikçe müphemleşmiş ve herkese her an atfedilebilecek hâle gelmiştir- için adalet istemek de “terörle iltisaklı” sayılma sebebi olarak görülebilmektedir. Neticede burada “herkes için adalet”, “hukuk önünde eşitlik”, “evrensel insan hakları” değil düşman ceza hukuku ve bu bahisle ayrımcı hak dağıtım mekanizması ve yas tahsisatı işlemektedir. Herkesin hayatı aynı derecede kıymeti haiz olmadığı gibi, herkesin ölümünün ardından aynı şekilde adalet istenmesi de mümkün değildir.

Bu yüzdendir ki zaten ziyadesiyle vahim bir olayda yakınlarını

[58] <https://bianet.org/haber/anayasa-mahkemesi-den-suruc-basvurusuna-ret-251313> (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2024).

kaybeden insanlar, davaların katılanları konumundaki tarafları bir de üzerine çeşitli davalara maruz bırakılmışlardır. Uçar, özellikle Suruç davası bakımından böyle bir durum olduğundan bahseder. Her şeyden evvel davanın Hilvan'da, şehirden çok uzak bir hapishane kampüsünde görülmesi, adeta kapalı yargılama şeklinde ve jandarmanın denetimi altında gerçekleştirilmesi davayı takip eden yakınlar için ciddi sıkıntılara yol açmıştır.^[59] Sezin Uçar'la bu çalışma kapsamında yapılan görüşmelerde, bunun yanı sıra, duruşmalarda da ailelerin, yaralıların sarf ettiği bazı sözlerin hakaret sayıldığı ve sorumlu pek çok kişiyle ilgili suç duyuruları takipsizlik kararları takipsizlikle sonuçlanırken, hayatını kaybedenlerin yakınları yargılanmış olduğu meselesinin altı çizilmiştir. Üstelik bu kişilerin yargılanma sebebi mahkeme salonunda kaybettikleri kişiler için adalet talebinde bulunmalarıdır.^[60]

Uçar, Suruç İçin adalet Platformu veya gençlik örgütleri tarafından yapılan Suruç anmaları ve katliamlarda hayatını kaybedenler için adalet talep edilen pek çok gösteride de kolluk güçlerinin engellemeleriyle karşılaşıldığının altını çizmektedir. Uçarın ifade ettiğine göre, Suruç anmalarında bugüne kadar yaklaşık 300 kişi göz altına alınmış, göz altına alınan bu kişilerin bir kısmı da tutuklanmıştır.^[61] Son yapılan Suruç anmasında, 21 Temmuz 2023'te de benzer bir tablo yaşanmış, "Kalplerimiz adalet için atsın" yazılı pankartın arkasında toplanmış olan, içerisinde Suruç aileleri ve Cumartesi Anneleriyle birlikte milletvekillerinin de olduğu anmada yine gözaltına

[59] Uçar, s. 144.

[60] Bkz. <https://www.evrensel.net/haber/464223/suruc-ailelerine-sorusturmacilmasina-tepki-magduru-degil-failleri-yargilayin> (Erişim tarihi: 3 Mayıs 2024).

[61] Bkz. <https://bianet.org/haber/suruc-anmalarina-polis-mudahalesi-cok-sayida-gozalti-var-247492> ; <https://bianet.org/haber/adana-da-suruc-katliami-anmasina-polis-saldirdi-247411> ; <https://bianet.org/haber/suruc-aileleri-inisiyatifini-nin-ankara-yuruyusune-polis-mudahalesi-247061> ; <https://bianet.org/haber/ankara-ve-istanbul-da-suruc-anmalarina-polis-saldirisi-227752> ; <https://bianet.org/haber/suruc-katliami-anmasina-mudahale-227717> ; <https://bianet.org/haber/ankara-ve-istanbul-da-suruc-anmasina-polis-saldirisi-199374> (Erişim tarihi: 3 Mayıs 2024).

alınanlar olmuştur.^[62] Tutuklamalar bakımından en çarpıcı örneklerden biri Suruç patlamasında katledilen 33 kişiden biri olan Evrim Deniz Erol'un annesi Besna Erol'un oğlunun cenaze töreninde yaptığı konuşma nedeniyle 7,5 yıl hapis cezası alması ve 2019'da tutuklanmasıdır.^[63] Bir *Kırmızı Pazartesi* vakasına seyirci kalmak, kamu görevini ihmal, çoğu sorumlu için takipsizlik kararıyla sonuçlanır, en fazla 7.500 TL para cezası ederken, bu olayda hayatını kaybeden oğlunun cenazesinde bir annenin konuşması 7,5 yıl hapis cezasına sebep olabilmektedir. Kime cezasızlık, kime ceza sorusu bu örnek bağlamında tekrar ve çarpıcı şekilde karşımıza çıkmaktadır.

Ankara katliamı açısından “yargılanan, suçlu olan kim?” sorusu daha patlamanın gerçekleştiği ilk dakikalardan itibaren gündeme gelmiştir. Patlamanın hemen ardından, ambulanslardan önce çevik kuvvet olay yerine gönderilmiş, ambulansların girişi polis tarafından engellenmiş, kolluk tarafından yaralıların ve olayın şokundaki miting katılımcılarının üzerine biber gazı sıkılmıştır. Hak etmediği bir muameleyle karşılaşan kitle de dağıtılınca, yaralılara yardım etmek mümkün olmadığı gibi, delillerin korunması sorumluluğu konusunda özen gösterilmemiştir. “Güvenlik güçlerinin olay esnasında ve sonrasında ölüm ve yaralamaları artıran ve delilleri yok eden müdahaleleri ile yapılan tıbbi müdahalelerin yetersizliğine ilişkin TTB ‘bilimsel uzman raporu’ hazırlamıştır.”^[64] Bu tutum katliamdan sonra da devam etmiş, avukatların tespit ettiği üzere, devletin, katliam gününden itibaren katliam mağdurları mağdur olarak görülmemiş, bilakis süreç anmalardaki polis saldırıları, yargılamalarda

[62] <https://bianet.org/haber/kadikoy-deki-suruc-anmasina-polis-saldirisi-281800> (Erişim tarihi: 3 Mayıs 2024).

[63] <https://bianet.org/haber/suruc-ta-oldurulen-oglu-evrim-icin-yazdi-mezarlik-ziyareti-bile-cok-goruluyor-281777> (Erişim tarihi: 3 Mayıs 2024).

[64] <https://bianet.org/haber/10-ekim-magdurlarinin-7-yildir-tek-dilegi-var-adalet-268125>

mağdurların ve ailelerin yaşadıkları sıkıntılar, haklarında açılan davalar ve çeşitli baskılarla devam etmiştir.^[65]

SONUÇ:

Jakobs'un 11 Eylül sonrası yazdığı neo düşman ceza hukuku makalesinde de dediği gibi Guantanamo gibi istisnai örnekler bir tarafa (yalnız altını çizmek gerekir ki Schmitt'in de ifade ettiği üzere istisna/kriz hâli aslında her şeydir), elbette pürü pak ideal bir düşman ceza hukuku uygulamasıyla pek karşılaşmak mümkün değil.^[66] Ancak farklı düzeylerde hemen her hukuk sisteminin içerisinde, yüzergezer halde ve farklı şekillerde düşman ceza hukuku pratikleri ve kurumlarına rastlamak mümkün. Hele de günümüzde... Bugün, mesela, İsrail'in Filistin saldırılarına karşı protesto edenlere hukuk devletlerinde, insan haklarına dayalı devlet olarak addedilen Batılı devletlerin nasıl muamele yaptığı görülmekte.^[67] Zaten bu ülkelerde mültecilere yönelik olan başta olmak üzere yabancı düşmanlığı çok uzun süredir hakimdi ve hâlihazırda devam etmektedir. Bunlar aynı zamanda düşman ceza hukuku uygulamaları olarak da karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye açısından uzun süredir düşman ceza hukuku bir yönetim paradigması haline gelmiştir. Olağanüstü hâlin olağan, istisnanın kural olduğu ülkelerin en önde gelenlerinden biri olan Türkiye'de Guantanamo Hapishanesi gibi bir kurum yok ve insan hak ve özgürlükleri anayasal güvencelere sahip durumda. Ancak düşman ceza hukuku farklı organlar,

[65] <https://bianet.org/haber/10-ekim-magdurlarinin-7-yildir-tek-dilegi-var-adalet-268125>

[66] Jakobs, "On the Theory of Enemy Criminal Law", s. 421.

[67] Bkz. <https://www.evrensel.net/haber/500957/almanyada-filistine-destek-eylemine-polis-engel-oldu> ; <https://tr.euronews.com/2024/04/26/abd-polis-gazze-eylemlerinde-ogretim-gorevlileri-ve-ogrencileri-guc-kullanarak-gozaltina-a> ; <https://www.evrensel.net/haber/518408/fransada-filistine-destek-eylemlerinde-8-ogrenci-gozaltina-alindi> ; https://serbestiyet.com/dis-haber/ceviri-unlu-filozof-nancy-fraser-nasil-cancellandigini-anlatti-almanya-filistini-destekledigim-icin-misafir-profesorumu-iptal-etti-163210/#google_vignette (Erişim tarihi: 3 Mayıs 2024).

kurumlar, pratikler vasıtasıyla hukuk sistemini ve haliyle siyasal alanı sürekli kat etmektedir. İsmiyle müsemma siyasi yargı da düşman ceza hukuku uygulamalarına karşı (insan haklarını ve özgürlükleri koruyucu) değil, bu hukukun bizzat uygulayıcısı misyonunu üstlenmiş durumdadır.

Bu çalışmanın konusu olan davalar ve benzerleri bize şunu göstermekte; düşman ceza hukuku tezahürü olarak siyasi yargı vasıtasıyla “katili cezalandırılabilir olanlar ve olmayanlar” birbirinden ayrılmış ve her birine “adalet” sistemi içerisinde bambaşka yerlerin tahsis edilebileceği ortaya konmuş duruda. Bu tablonun gösterdiği üzere, siyasi iktidarlar için kimin cezalandırılabilir kimin cezasızlık zırhını giymiş olduğu, kimin hayatının hayat ve bu bahisle kıymetli sayıldığı zaten belli. Karşımızda artık tanımlanması, izahı zor bir politika var ve bu politika çerçevesinde güvenlik, kamu güvenliği için birilerinin yaşamı yaşam sayılmazken, bu yaşamı gasp edenlere bir şey yapılmayabilmekte.

Burada “güvenli yaşam”, “dış güçlere karşı kendini savunan devlet”, “terörle mücadele”, “kamu güvenliği” gibi söylemler ilk bakışta gayet sempatik gelebilmektedir. Ancak bugün düşman ilan edilenlerin de skalası bir hayli genişlemişken gerçekten kimin güvenliği, neyin güvenliği sağlanmak istenmekte sorusu da hep akıllarda tutulmalıdır. Devamla: “Ya güvenlik otoritenin insan hayatına derinlemesine nüfuz etmesine olanak sağlayan semantik ve semiyotik bir kara delikten başka bir şey değilse?”^[68] Bu kara deliğe düşmeye razı mı olacağız, bu hakların ve özgürlüklerin askıya alındığı ve o sırada bir çok kişinin mağdur edilip, üzerine bir de adalet taleplerinin karşılanmadığı bu tablo karşısında düşmanlık politikası yerine dostluk politikası işletip, hem içkin hem aşkın manasıyla adalet talebini yükseltmeye mi çalışacağız?

[68] Mark Neocleous, *Güvenliğin Eleştirisi*, Çev. Tonguç Ok, Notabene Yay., Ankara 2014, s. 83.

KAYNAKÇA:

Agamben, Giorgio, *İstisna Hâli*, çev. Kemal Atakay, Ayrıntı Yay., 2018, İstanbul.

Agamben, Giorgio, *Kutsal İnsan*, çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Yay., İstanbul, 2017.

Bauman, Zygmunt- Bordoni, Carlo, *Kriz Hâli ve Devlet*, Çev. Yavuz Alogan, İthaki Yay., İstanbul 2018.

Bayraktar, Kazım, “Bu üç katliamın failleri ortak ve bu faillerin büyük bölümü 2012’den beri teknik takip altında.”, röportaj: Gül Büyükbeşe, *Ölüm Ne Yana Düşer Usta- Diyarbakır, Suruç, Ankara Katliamları*, Haz. Gül Büyükbeşe- Sibel Tekin, Notabene Yay., İstanbul, 2021.

Botero, The Reason of State, Ed. Robert Bireley, Cambridge University Press, 2017.

Butler, Judith, *Kırılğan Hayat: Yasın ve Şiddetin Gücü*, çev. Başak Ertür, Metis Yay., İstanbul, 2018.

Çelebi, Aykut, “Kuraldışı Durumlarda Karar Vermek- Carl Schmitt ve Walter Benjamin Üzerine Bir İnceleme”, *Defter*, S. 42, 2001.

Foucault, Michel, *Güvenlik, Toprak, Nüfus- College de France Dersleri*, 1977- 1987, çev. Ferhat Taylan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.

Gülağacı, Ruken, *bianet*, 19 Temmuz 2022, <https://bianet.org/yazi/suruc-icin-adalet-mucadelesi-suruyor-264621>.

Jakobs, Günther, “On the Theory of Enemy Criminal Law”, *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Ed. Markus D. Dubber, 2014.

Jakobs, Günther, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, çev. Cemil Ozansü, *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, Proje Yön. Kayıhan

İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin Yay., Ankara, 2008.

Márquez, Gabriel García, *Kırmızı Pazartesi*, çev. İnci Kut, Can Yay., 2017, İstanbul.

Neocleous, Mark, *Güvenliğin Eleştirisi*, Çev. Tonguç Ok, Notabene Yay., Ankara, 2014.

Schmitt, Carl, *Siyasi İlahiyat- Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, çev. A. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2016.

Schmitt, Carl, *Siyasal Kavramı*, çev. Ece Göztepe, Metis Yay., İstanbul, 2021.

Tuck, Richard, *Philosophy and Government 1572- 1651*, Cambridge University Press, 1993.

Uçar, Sezin, “Eğer Suruç katliamı soruşturmasını yürüten savcı yeterli inceleme ve tetkik yapmış olsaydı, Ankara katliamı gerçekleşmeyecekti.”, röportaj: Gül Büyükbeşe, *Ölüm Ne Yana Düşer Usta- Diyarbakır, Suruç, Ankara Katliamları*, Haz. Gül Büyükbeşe- Sibel Tekin, Notabene Yay., İstanbul, 2021.

Mahkeme Kararı:

AYM, *Ali Saadet ve diğerleri*, B. No: 2018/6838, 8.6.2021.

İnternet Kaynakları:

<https://bianet.org/haber/10-ekim-magdurlarinin-7-yildir-tek-dilegi-var-adalet-268125>.

<https://bianet.org/haber/ankara-katliamindan-10-gun-once-emniyete-ihbar-telefonu-216177>.

<https://bianet.org/haber/suruc-katliami-davasi-tek-saniga-cezayla-dava-kapatildi-252232>.

<https://bianet.org/haber/anayasa-mahkemesi-den-suruc-basvurusuna-ret-251313> (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2024).

<https://www.evrensel.net/haber/464223/suruc-ailelerine-sorusturma-acilmasina-tepki-magduru-degil-failleri-yargilayin>.

<https://bianet.org/haber/suruc-anmalarina-polis-mudahalesi-cok-sayida-gozalti-var-247492>.

<https://bianet.org/haber/adana-da-suruc-katliami-anmasina-polis-saldiridi-247411>.

<https://bianet.org/haber/suruc-aileleri-inisiyatifi-nin-ankara-yuruyusune-polis-mudahalesi-247061>.

<https://bianet.org/haber/ankara-ve-istanbul-da-suruc-anmalarina-polis-saldirisi-227752>.

<https://bianet.org/haber/suruc-katliami-anmasina-mudahale-227717>.

<https://bianet.org/haber/ankara-ve-istanbul-da-suruc-anmasina-polis-saldirisi-199374>.

<https://bianet.org/haber/kadikoy-deki-suruc-anmasina-polis-saldirisi-281800>.

<https://bianet.org/haber/suruc-ta-oldurulen-oglu-evrim-icin-yazdi-mezarlik-ziyareti-bile-cok-goruluyor-281777>.

<https://bianet.org/haber/10-ekim-magdurlarinin-7-yildir-tek-dilegi-var-adalet-268125>.

<https://www.evrensel.net/haber/500957/almanyada-filistine-destek-eylemine-polis-engel-oldu>.

<https://tr.euronews.com/2024/04/26/abd-polis-gazze-eylemlerinde-ogretim-gorevlileri-ve-ogrencileri-guc-kullanarak-gozaltina-a>.

<https://www.evrensel.net/haber/518408/fransada-filistine-destek-eylemlerinde-8-ogrenci-gozaltina-alindi>.

https://serbestiyet.com/dis-haber/ceviri-unlu-filozof-nancy-fraser-nasil-cancellandigini-anlatti-almanya-filistini-destekledigim-icin-misafir-profesorgumu-iptal-etti-163210/#google_vignette.

Gerekçeli Karar Hakkının İhlali Dolayısıyla Diğer Hakların İhlali: Mülkiyet Hakkı Örneği

Ezgi Fulya AKKUŞ

Adil yargılanma hakkı da tıpkı mülkiyet hakkı gibi haklar demetinden oluşmaktadır. Gerekçeli karar hakkı bu demetin ve dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinin bir parçasıdır. Gerekçeli karar hakkı ayrıca Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrası ile de garanti altına alınmıştır. Bu sebeple hak arama hürriyetinin de bir parçası olarak kabul edilmektedir.^[1] Gerekçeli karar hakkının ihlali ve mülkiyet hakkının ihlali bazı durumlarda birbiriyle kesişmektedir. Kesişmeler birbirinden farklılık göstermesine rağmen, Anayasa Mahkemesi tarafından gerekçeli karar hakkı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlali kararı öncelenerek mülkiyet hakkı bakımından ayrıca inceleme yapılmamaktadır. Oysa somut olayın özelliklerine göre bir ayrıma gidilmesi, bireysel başvuru bağlamında anayasa yargısının temel işlevini yerine getirmesi bakımından önemi haizdir.

AİHM, özel kişiler arası ilişkiler de dahil olmak üzere devletin mülkiyet hakkını korumak için gerekli tedbirleri alması gereğinin en temel unsurunu usule ilişkin güvencelerin oluşturduğunu belirtir. Hakkı korumaya yönelik hükümleri uygulamak ve mahkemelerde mülkiyet uyuşmazlıklarını çözmek için adil yargılamaya ilişkin güvenceleri oluşturmak

[1] Bkz. AYM, *Vedat Benli*, B. No: 2013/307, K.T. 16.5.2013, para. 30.

devletin görevidir.^[2] Yargı kurumları önünde mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi etkili bir şekilde ortaya koyabilme olanağının olup olmadığı, konuya ilişkin sürecin tamamına bakılarak değerlendirilir.^[3] Ayrıca mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvurusunun esasa ilişkin tüm iddialarının mahkeme kararında bir şekilde (ayrıntılı olmasa da) karşılık bulması gereği de usule ilişkin güvencelerdendir.^[4] Anayasa Mahkemesi de, özel kişiler arasındaki mülkiyet hakkına ilişkin uyumsuzluklarda devlete düşen usulî **görevin, iddia ve savunmaların adil bir şekilde ortaya konulup tarafsızca incelenebileceği mekanizmaların işletilmesi olarak belirlemiştir.**^[5] Örneğin, ceza yargılamasındaki hukuka aykırılıklardan ve eksikliklerden dolayı hukuk yargılamasında mülkiyet hakkına kavuşamamış olan kişi bakımından devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği kabul edilir.^[6] Bu mekanizmalara ilişkin düzenlemeler yorumlanırken mülkiyet hakkının korunmasından yana anayasal bir yorum yapılmalıdır.^[7]

Anayasa Mahkemesi ve AİHM incelemelerinde gerekçeli karar hakkına

-
- [2] AİHM, *Sovtransavto Holding/ Ukrayna*, para. 96; *Kotov/ Rusya*, B. No: 54522/00, K.T. 3.4.2012, para. 112; *Capital Bank AD/ Bulgaristan*, B. No: 49429/99, K.T. 24.11.2005, para. 134; *Kushoglu/ Bulgaristan*, B. No: 48191/99, K.T. 10.5.2007, para. 47.
- [3] AİHM, *AGOSI/ Birleşik Krallık*, B. No: 9118/80, K.T. 24.10.1986, para. 60; *Jokela/ Finlandiya*, B. No: 28856/95, K.T. 21.5.2002, para. 45.
- [4] AİHM, *Gereksar ve diğerleri/ Türkiye*, B. No: 34764-34786-34800-34811/05, K.T. 1.2.2011, para. 54.
- [5] AYM, *Kamil Darbaz ve Gmo Yapı Grup End. San. Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2015/12563, K.T. 24.5.2018, para. 53.
- [6] AYM, *Abdulvahap Taşkın*, B. No: 2015/16840, K.T. 24.5.2018, para. 51.
- [7] AYM, *Kamil İnce*, B. No: 2014/1167, K.T. 25.10.2017, para. 34.

ilişkin bir ihlal tespit ettiklerinde ayrıca mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin değerlendirme yapmamaktadır. Bunun temelinde, adil yargılanmaya ilişkin ihlalin giderilmesi halinde mülkiyet hakkına ilişkin ihlalin varsa bile ortadan kalkacağı fikri yatmaktadır. Fakat kanımızca bu tip durumları ayırıştırarak incelemek gerekmektedir. Bir mülke sahip olma iddiası ve bunun ispatlanmasına dair yargılamalar ile mevcut olduğu belli olan bir mülkiyet hakkına yönelik ihlalin olması durumları farklı değerlendirilmelidir. Zira Anayasa Mahkemesi'ne ve AİHM'ye göre mevcut hukukça korunan, ancak mevcut mülkiyet hakkıdır. Hakkın varlığının sabit olduğu durumlarda adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi evleviyetle mülkiyet hakkının da ihlal edildiği sonucunu doğurur. Hakkın varlığının belirsiz olduğu bir yargılama sürecinde varlığının ispatı, gerekçeli karar hakkının gereklerinin yerine getirilmesi ile doğrudan bağlantılı ise, mülkiyet hakkının ayrıca ihlal edildiğinden söz edilemez. Böyle durumlarda mülkiyet hakkı bakımından ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek de yoktur. Fakat ne Anayasa Mahkemesi ve ne de AİHM bu ayrıma gitmekte, her durumda adil yargılanma hakkına yönelik ihlalin giderilmesini yeterli görmektedir. Oysa bu malikin ticari ya da kişisel itibarının zedelenmesi, yargılamada kaybedilen zaman sebebiyle yoksun kalınan kazançlar, gerekçeli karar hakkı ihlali ortadan kalksa da giderilemeyecek maddi zararlar ve benzeri durumlarda mülkiyet hakkı bakımından yeniden ihlaller doğuracaktır. Gerekçeli karar hakkının ihlalinin kaynaklanan mülkiyet hakkı ihlallerinde gerekçeli karar hakkı ihlali giderilse de mülkiyet hakkı ihlali devam edecek olabilir. Bu durumda malike ayrıca dava açma külfeti yüklenerek mülkiyet hakkı ihlalinin ileri sürmek kalmaktadır. Bunun ayrıca bir dava ile ileri sürülüp sürülemeyeceği ise somut olayın özelliklerine ve usul kurallarına bağlı olarak değişkenlik gösterebilir.

Mahkemeler yargılama sırasında ortaya çıkan yeni olguları da incelemeli ve gerekçesinde bunları incelediğini ve bu olguların vardığı sonuca ne şekilde etki ettiğini belirtmelidir. Bir tarafın ileri sürdüğü bir argümanın davanın sonucu bakımından özel öneme sahip olması durumunda,

gerekçede bu argümana ilişkin değerlendirmeye açıkça yer verilmelidir. Bunlar, gerekçeli karar hakkının kapsamındadır. Bazı durumlarda gerekçenin eksik olması mülkiyet hakkının varlığının tespiti ile sıkı ilişki içindedir ve bu durumlarda ayrıca mülkiyet hakkı bakımından değerlendirme yapılmasına gerek olmaz. Örneğin, AİHM'ye yapılan Cihangir Yıldız başvurusunda Çankaya Belediyesi'ne imar affına dayanarak başvurmuş olmasına rağmen kendisine mülkiyet hakkının tesis edilmeyip taşınmazı hakkında yıkım kararı çıkarılan bir başvuru söz konusudur. Danıştay kararında başvuru ileri sürdüğü ve sonuca etki edecek argümanları değerlendirmemiştir. Değerlendirmemesinden başvuru ileri sürdüğü konu delillere temyiz aşamasında ve usulen geç bir zamanda dayanması sebebiyle dikkate alınmamış olduğu anlaşılrsa da gerekçede buna ilişkin hiçbir açıklamanın olmaması gerekçeli karar hakkının ihlalidir. Mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin ayrıca değerlendirme yapmanın gerekli olmadığına değinilmiştir.^[8] Esasen bu açıklama da neden gerekli olmadığına açıkça belirtilmemesi sebebiyle gerekçeli karar hakkı bakımından eleştiriye açıktır. Fakat, ortada mevcut bir mülkiyet hakkı olmadığı ve mülkiyet hakkına ilişkin iddianın gerekçe ile sıkı sıkıya bağlı olması nedenleriyle ayrıca mülkiyet hakkına ilişkin değerlendirme yapılmaması yerindedir.

Gerekçeli karar hakkı, mülkiyet hakkına ilişkin usulî güvencelerdendir. Mülkiyet hakkından gereğince yararlanılmasına ve hakkın korunmasına katkıda bulunur. Gerekçeli karar hakkının ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği durumlarda mülkiyet hakkı ihlali mahiyet bakımından değerlendirilmelidir. Mülkiyet hakkının varlığı, hakka yönelik ihlalin sürekliliği ve zaman bakımından ortaya çıkabilecek olası mali zararlar bu bağlamda değerlendirilmelidir. Gerekçeli karar hakkına yönelik ihlalin ortadan kalkması her durumda mülkiyet hakkına yönelik ihlali gidermez.

[8] AİHM, *Cihangir Yıldız/ Türkiye*, B. No: 39407/03, K.T. 17.04.2018, para. 50, 54.

Mülkiyet hakkını ilgilendiren ve davanın sonucuna doğrudan etkili iddia ve itirazların yargılamada değerlendirildiğinin gerekçeden anlaşılması gerekmektedir.^[9] Bu durumda gerekçede yeterince yer verilmeyen iddia ya da itirazın mülkiyet hakkını doğrudan ya da dolaylı etkilediğine ilişkin bir ayırım yapılmasında fayda vardır. Aksi halde, mülkiyet hakkının ve diğer hakların güvencesi olarak değerlendirilen gerekçeli karar hakkı, hakka yönelik ihlali büyütme için araçsallaşmak tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Örneğin maddi iddiaların da olduğu bir boşanma davasında gerekçeli karar hakkının hangi açılardan ihlal edildiği önemlidir. Boşanmaya ilişkin manevi unsurlardan ayrıca değerlendirilebilecek nitelikteyse (örneğin itibarın zedelenmesi, ticari hayatın zarar görmesi vs.) mülkiyet hakkı bakımından ayrıca inceleme yapılması gerekir. Kamulaştırılan taşınmaza ilişkin kamu yararının ortadan kalkmasına rağmen ilk malike iade edilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının; onama kararının gerekçesiz olması nedeniyle de gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin bir başvuruda,^[10] işlemin iptal edilmemesini onayan kararda gerekçe olsa bile mülkiyet hakkına yönelik ihlale ilişkin incelemeye ihtiyaç vardır. Burada kamulaştırılan alan kısa bir süre sonra başka bir özel şirkete satılmıştır. Başvurucu şirket ise, kamu yararının kalmamış olduğundan bahisle mülkiyetin iadesini talep etmektedir. Buna benzer bir konuda yalnızca gerekçeli karar hakkının ihlalinden dolayı yeniden yargılama kararı verilirse, mülkiyet hakkı bakımından dosyanın tekrar mahkeme önüne gelmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu ise, adil yargılanma hakkına ilişkin başkaca hukuka aykırılıklar yaratır.

Gerekçeli karar hakkına bir aykırılık söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesi genelde “diğer iddiaların incelenmesine yer olmadığı” yönünde karar vermektedir. Mülkiyet hakkı ile gerekçede eksik bırakılan hususların doğrudan ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmemektedir. Davanın

[9] AYM, *Kamil Darbaz*, para. 53.

[10] AYM, *Ç.T.V.S.T.A.Ş.*, B. No: 2017/34853, K.T. 10.03.2020.

konusu doğrudan mülkiyet hakkının varlığının tespitine ilişkin ise doğrudan ilişki olduğu varsayıp ayrıca inceleme yapılamayacaksa da, bunun mülkiyet hakkına ilişkin değerlendirme yapılmasına gerek olmadığına ilişkin değerlendirmenin yapıldığı yerde açıklanması gerekir. Kategorik olarak gerekçeli karar hakkının ihlal edilmesi hallerinde diğer haklar bakımından incelenmesine yer olmadığına karar verilmesi ayrıca hak ihlallerinin gerçekleşmesine yol açabilir. Bu bakımdan da anayasa yargısının temel hakları koruma işlevini yerine getirmesinin önünde engel oluşturur. Bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli karar hakkına yönelik ihlalden mülkiyet hakkının doğrudan etkilenip etkilenmediğini ya da etkilenip etkilenmeyeceğini de ortaya koyması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi gerekçeli karar hakkının kapsamına ilişkin değerlendirme yaparken ilgili davanın niteliğine ve koşullarına göre ayrı ayrı gereklilikleri olabileceği ve ayrı değerlendirmelere tabi tutulabileceğini belirtmektedir.^[11] Buna rağmen kendi yaptığı incelemelerde başvurular arasında ayırım gözetmeden her gerekçe eksikliğinin mülkiyet hakkı ile doğrudan bağlantılı olup bu eksikliğin giderilmesinin mülkiyet hakkına ilişkin (varsa bile) ihlali ortadan kaldıracığı ön kabulüyle hareket etmektedir. Derece mahkemelerinin kararlarını incelerken her somut olayın farklı gereklilikleri olabileceğine dair esnekliği, kendi önüne gelen başvuruları incelerken göstermemektedir. Bu bakımdan kategorik olarak her gerekçeli karar hakkının mülkiyet hakkı ile bağlantılı sayılması hatalıdır. Mülkiyet hakkına yönelik ihlal iddiasında, gerekçeli karar hakkı ihlali sebebiyle kategorik bir incelenmeye yer olmadığı kararı yerine, doğrudan ya da dolaylı etkilerinin, mülkiyet hakkının varlığının hüküm sonucu ile bağlantısının açıklanması gerekir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi kararlarında, esasa etkili gerekçe eksikliği değerlendirmesini yaparken, karar sonucunun değişip değişmeyeceğine göre bir tespit belirtebilir. Örneğin, mevcut olumsuz ve gerekçesiz karardan dolayı mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri süren kişinin başvurusunun incelenmesi so-

[11] AYM, *Abdullah Topçu*, B. No: 2014/8868, K.T. 19.04.2017, para. 75-76; *Sencer Başat ve Diğerleri*, B. No: 2013/7800, K.T. 18.06.2014, para. 31-39.

nucunda;

1. Karar değişir ve sonuç mülk sahibi kişi lehine dönerse yoksun kalınan kazanç için ayrıca dava açılmasına yer bırakmayacak bir hüküm eklenmelidir.

2. Gerekçeli karar hakkının gerekleri yerine getirilse bile hüküm sonucu aynı kalacaksa malikin haklarına yönelik bir değerlendirme yapılabilir (somut olayın özelliklerine göre).

Başvuruda ayrılabilir iddialar varsa, mülkiyet hakkı bakımından ayrıca ihlal kararı verilmesi yerindedir. Örneğin, hem ön alıma ilişkin alacağına işletilen faizin enflasyona yenilmiş olması ve hem de yargılama giderlerinin mahkemeye erişim hakkını ihlal edecek şekilde kendisine yükletilmiş olması sebebiyle başvuran bir kişi bakımından mülkiyet hakkının ihlaline ayrıca karar verilebilir. Bu durumda adil yargılanma hakkı bağlamında verilecek yeniden yargılama bakımından yeniden yargılamanın gerektirdikleri sınırlı olacaktır.

Hakların Hakkı Olarak Vatandaşlığa Dair Güncel Bir Tartışma: Shamima Begum Davası ve Vatandaşlık Hakkı

Kardelen KAMILOĞLU^[1]

ÖZ

Bu çalışma, ulusal güvenlik, insan hakları ve vatandaşlık hakkının kesişimini araştırmak için Birleşik Krallık'ta görülmekte olan Shamima Begüm davasına odaklanmakta ve vatandaşlığı bir hak olarak çevreleyen yaklaşımı incelemektedir. IŞİD'e katıldığı iddiasıyla vatandaşlığı elinden alınan Birleşik Krallık doğumlu Shamima Begüm, devlet gücü ve bireysel hakların sınırlarına ilişkin tartışmalı bir figür haline gelmiştir. Çalışma, Begüm'ün davasının hukuki boyutlarını, bunun da özelinde vatandaşlıktan çıkarma kararlarının alınmasında ulusal güvenliğin araçsallaştırılmasını irdelemektedir. Ayrıca, bu tür eylemlerin diğer insan haklarına erişimi sağlayan temel bir hak olarak vatandaşlık kavramı üzerindeki daha geniş etkilerini değerlendirmektedir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Sözleşme kapsamında uluslararası insan hakları hukukunun ulusal mahkemelere yansımalarını inceleyen çalışma, Begüm ve benzeri davalarda temel insan hakları ve eşitlik ilkelerinin ihlal edildiğini savunmaktadır. Tartışma, insan haklarında egemenlik ve evrensellik arasındaki gerilimleri vurgulamakta ve giderek güvenlikleştirilmiş ve küreselleşmiş bir dünyada vatandaşlığın konumunu ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler:

vatandaşlık

vatandaşlık hakkı

vatansızlık

vatandaşlıktan çıkarılma

ulusal güvenlik

[1] Arş. Gör. Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, kardelenkamiloglu@gmail.com,
ORCID: 0000-0002-8724-458_

A Current Debate On Citizenship As A Right Of Rights: The Shamima Begum Case And The Right To Have A Citizenship

ABSTRACT

This paper focuses on the UK case of Shamima Begum to explore the intersection of national security, human rights and the right to citizenship and examines the approach of citizenship as a right. UK-born Shamima Begum, who was deprived of citizenship for allegedly joining ISIS, has become a controversial figure in debates on the limits of state power and individual rights. The study examines the legal dimensions of Begum's case and, in particular, the instrumentalization of national security in decisions to deprive citizenship. It also assesses the broader implications of such actions on the concept of citizenship as a fundamental right that provides access to other human rights. Examining the reflection of international human rights law in national courts under the United Nations Universal Declaration of Human Rights and the United Nations Convention on the Reduction of Statelessness of 1961, the study argues that fundamental human rights and principles of equality are violated in Begüm and similar cases. The discussion highlights the tensions between sovereignty and universality in human rights and reveals the position of citizenship in an increasingly securitized and globalized world.

Keywords:

citizenship

statelessness

deprivation of citizenship

national security

the right to have a
citizenship

GİRİŞ

Klasik vatandaşlık hukuku, vatandaşlığı gerçek kişileri devlete bağlayan siyasi ve hukuki bağ olarak tanımlamakta ve bir statü olarak kabul etmektedir. II. Dünya Savaşı'ndan sonra hazırlanan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ise vatandaşlığa sahip olma hakkını düzenlemiş ve bağlayıcılığı olmasa da 1948'den sonra kabul edilen anayasalara yol göstermiştir. Böylece bir yandan kişilere bir kimlik kazandırmak diğer yandan da vatansızlığın ve II. Dünya Savaşı öncesinde özellikle Nazi Almanyası'nda yaşanan keyfi vatandaşlık kaybettirmelerin önüne geçmek amaçlanmıştır.^[2] Bugün, devletler her ne kadar vatandaşlığın insan haklarının belli yönlerini içerdiğini kabul etse de hakkın kapsamı konusundaki görüş ayrılıkları devam etmektedir. Kaldı ki bu kavramın devlet tüzel kişiliğinin çok içinde olması ve farklı anlayışların devletlerin farklı tarihsel ve sosyolojik gelişmelerinden kaynaklanması vatandaşlığı karmaşık bir hale getirmiş ve bir hak olarak evrilmesini yavaşlatmıştır.

Tarihsel süreç içinde vatandaşlığın tüm insanların doğal hakkı olduğu görüşü en azından teorik anlamda kabul görmüştür. Arendt'in kavramsallaştırmasıyla "haklara sahip olma hakkı" olarak vatandaşlık, bugün, devletin sükelerine bahşettiği bir statü olmanın yanı sıra ve hatta bunun ötesinde temel bir insan hakkı olarak gelişimini sürdürmektedir. Özellikle dünyada krize dönüşen göçmenlik, sığınmacılar ve uluslararası terörizm vatandaşlığa dair tartışmaları çok yönlü olarak geliştirmiştir.

Shamima Begüm davası, vatandaşlık hakkı ile devletin güvenlik politikalarının çatışması ile ilgili tartışmaların sürdüğü bir dönemde gerçekleşmiştir. Begüm davası, İngiltere'de doğup büyüyen ve 15 yaşındayken IŞİD'e katılan bir kadının vatandaşlıktan çıkarılmasına ilişkin yürütölen bir davadır. Begüm'ün vatandaşlıktan çıkarılması, vatandaşlığın bireyin

[2] İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin hazırlık çalışmaları ve vatandaşlık tartışmaları için Bkz. Arzu Alibaba, *Vatandaşlık Hakkı ve Vatandaşlığın Kazanılmasında ve Kaybında İnsan Hakları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 26-29.

temel haklarına erişimini engelleyen bir araca dönüşme tehlikesini beraberinde getirmiştir.

İnsan hakları hukukçuları Begüm davasını özellikle vatandaşlık hakkı, vatansız kalmanın önlenmesi ilkesi ve hukukun üstünlüğü bakımından incelemekte ve ulusal mahkemelerce verilen kararlar eleştirilmektedir. Bildiri tam da bu eleştiriler üzerinden vatandaşlığın hak olarak tanınması karşısında devletin vatandaşlıktan çıkarma politikaları üzerinedir. İlk olarak vatandaşlığın ne olduğu, kimi kapsadığı ortaya konulacak, ardından Arendt'in vatandaşlık hakkı tezine dair temel bilgiler verilecektir. İkinci olarak da Begüm Davası'nın arka planı ile davadaki tarafların tezleri insan hakları hukuku perspektifinden incelenecektir.

I. BİR İNSAN HAKKI OLARAK VATANDAŞLIK

A. Vatandaşlığın Tanımı ve Tarihsel Gelişimi

Vatandaşlık, en genel tanımıyla, bireyi devlete bağlayan hukuki ve siyasi bağıdır.^[3] Bir başka görüşe göre ise vatandaşlık hukuki ve siyasi bağın ötesinde manevi ve ahlaki unsurlarla donatılmış bir haktır. Vatandaşlığın içinde zihinsel bir bağ mevcuttur ki bu her şeyden önce insan olmaktan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu görüş, kişisel değerler ve aidiyet temelli bir vatandaşlığı yansıtmaktadır.^[4] Görüşü somutlaştıran Nomer'e göre ise vatandaşlık aidiyet statüsünü belirlemektedir.^[5]

Literatürde vatandaşlık dört büyük başlık altında tanımlanmaktadır:

-
- [3] Gülin Güngör, *Tabiyet Hukuku: Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler- Şeyler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1.; Kerem Batır, *Uluslararası Hukukta Vatandaşlık*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 5.
 - [4] Felicitia Medved, "Interaction Between Nationality and Intergation", *2nd European Conference On Nationality "Challenges To National and International Law on Nationality at the Beginning of the New Millennium"*, 2001, s. 23-40.
 - [5] Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 13.

- (1) Ulusal kimlik veya milliyet olarak vatandaşlık,
- (2) Evraklar temelinde vatandaşlık,
- (3) Haklar temelinde vatandaşlık
- (4) Görev sorumluluk olarak vatandaşlık.^[6]

Modern devletin insanların ancak bir ulus devletin üyesi olarak şekillenebileceği temeline dayanan milliyet eksenindeki vatandaşlık tanımının kökü Fransız Devrimi'ne dayanmaktadır. Buna göre ulusal kimlik bilinci-ne sahip ve ulusa karşı sorumluluklarının farkında olan kişi, vatandaşdır.^[7]

İkinci olarak evraklar temelinde vatandaşlıktan anlaşılması gereken çoğunlukla vatandaşlık belgeleri ve pasaportlardır. Ancak her evrak sahibi aynı haklara sahip olmayabilir. Örnek vermek gerekirse, Birleşik Krallık'a bağlı denizasıırı ülke vatandaşı kişilerin Birleşik Krallık pasaportları olmakla birlikte bu pasaport ülke sınırları içinde ikamet hakkı vermemektedir^[8] ki vatandaşlığın en temel göstergelerinden biri vatandaşı olan ülkede bulunma hakkıdır.

Haklar temelinde vatandaşlık tanımına ilk olarak Marshall'ın yazılarında görülmekte ve liberal vatandaşlık teorisini ortaya koymaktadır. Modern vatandaşlık birtakım sivil, siyasi ve sosyal haklar içermektedir. Sivil haklar, 18.yüzyılda mutlakiyetçi devlet karşısında bireyin kazandığı hukuki hakları ifade etmek için kullanılmaktadır. Siyasal haklar ise 19.yüzyılda modern parlamenter sistemlerin gelişimiyle paralel bir ilerleme göstermiştir. Sosyal haklar ile refah devleti talepleri de 20.yüzyıl itibariyle vatandaşlık tartışmalarına eklenmiş görünmektedir.^[9]

[6] Ayşe Kadioğlu, "Vatandaşlık: Kavramın Farklı Anlamları," *Vatandaşlığın Dönüşümü: Üyelikten Haklara*, Haz. Ayşe Kadioğlu, Metis Yayınları, İstanbul, 2012, s. 21.

[7] *a.g.e.* s. 22.

[8] Laurş Fransman, *Fransman's British Nationality Law*, Fourmat Publishing, Londra, 1989, s. 139.

[9] T.H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, University of Chicago Press, Chicago, 1977, s. 80-82.

Ulus devletleşme sürecinin eseri olan görev ve sorumluluk temelinde vatandaşlık anlayışı, haklara vurgu yapan liberal söylemin zayıf olduğu, cumhuriyetçi geleneğin görüşünü temsil etmektedir. Bu anlayış, toplumsal faydayı bireyin önünde tutmaktadır.^[10]

Tarihsel süreçte kökenleri antik çağa uzanan vatandaşlık, Yunan şehir devletlerinde şehir yönetimine katılma ayrıcalığı olarak görülmüş ve Aristotelesçi anlamda hem yöneten hem de yönetilen vatandaş anlayışını yansıtmıştır. Bu dönemde vatandaşlık sadece özgür olmanın bir aracı değil; aynı zamanda özgürlüğün kendisi olarak düşünülmüş ve fakat vatandaşlığı *jus sanguinis* olarak alan yetişkin erkeklerin yalnızca vatandaş olabileceği kuralı ile toplumların diğer kesimleri kolektif özyönetimin dışında tutulmuştur.^[11] Roma İmparatorluğu'nda ise vatandaşlık şehir devletlerinin sınırlarını aşmış ve yönetilen toprakları da içine alacak şekilde genişlemiştir. Bu genişleme vatandaşlığın niteliğini de etkilemiş ve Roma *civitas*'ı siyasi kararlara katılmanın yanı sıra hukuki bir statü olarak vatandaşlığı kabul yoluna girmiştir. Bu sistemde birey sosyal statü, mülkiyet ve hukuka göre vatandaş olabilmıştır.^[12] Roma vatandaşlığı vatandaşların hukuk karşısındaki statü ve eşitliğine odaklanırken; Yunan devletlerinde yöneticiler arasındaki eşitliği vurgulanmış olmakla birlikte kadınlar ve köleler hukuki korumadan ve ayrıcalıklardan mahrum bırakılmaya devam etmiştir.

Avrupa Orta Çağı'nın feodalitesinde ise vatandaşlık siyasi önlemini büyük ölçüde yitirmiş ve yerini krala, feodal beye ya da dini otoriteye aidiyet ve sadakate bırakmıştır. Vatandaşlık biçimleri yalnızca kasaba ve şehirlerde ortaya çıkmış ve Geç Orta Çağ'da bu şehirler kısmen bağımsız, kendini

[10] Ayşe Kadioğlu, s. 28-29.

[11] Christian Meier, *The Greek Discovery of Politics*, Çev. David McLintock, Harvard University Press, 1990, s. 57.

[12] Elif Selen Batıgün, *Roma Hukukunda Vatandaşlığın Kazanılması ve Kazanım Prensipleri ve Şartlarının Modern Kıta Avrupası Vatandaşlık Hukukuna Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 17-19.

yöneten siyasi birimlere dönüşmüştür. Bu şehirlerde yaşayanların belirli ayrıcalıkları ve yükümlülükleri olmuş ve *jus sanguinis* vatandaşlık kazanma esas kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra bir meslek loncasına üye olmak ya da bir mesleği icra etmek veya ticaret yapabilme hakkına sahip olmak da vatandaşlıkla ilişkilendirilmiştir.^[13]

Westphalia Barışı'nı takip eden süreçte ulus devlet paradigmasının doğuşu ve gelişmesi ile erken modern dönemde egemen bir devlete üyelik olarak vatandaşlık ortaya çıkmış; Fransız ve Amerikan Devrimleri halk egemenliğinin temeli olarak özgür ve eşit vatandaşın merkezi rolü desteklenmiş ve feodal kalıntıların üzerinde halk egemenliği yükselişe geçmiştir. Bu dönüşüm vatandaş haklarının ilanına ve *jus soli* vatandaşlık aktarımına, vatandaşlığın kabul yoluyla kazanılmasına imkan sağlamıştır. Özellikle Fransız Devrimi sadece eşit ve kapsayıcı değil bunun ötesinde herkesin edinebileceği açık ve şeffaf bir hukuki statü olarak vatandaşlık tanımı getirmişse de buradaki “herkes”in yetişkin özgür erkeklerle sınırlı olduğu unutulmamalıdır.^[14] Egemen devletlerin birincil biçimi olarak ulus devletlerin üstünlüğü 19. ve 20.yüzyıllarda kabul görmüş ve yaygınlaşma milliyetçiliğinin de yükselişini beraberinde getirmiştir. Vatandaşları yabancılardan ayıran ortak köken, kültür, dil, din gibi belirli ulusal özelliklere sahip olma olarak kabul edilmiştir. Buna bağlı olarak devletle ulusun sınırları örtüşürülmüş; böylece mekânsal dışlama ilkesi vatandaşlık hukukunun öncülü sayılabilecek olan egemene tabi olma ilkesinin yerini almıştır.

Tarihsel gelişimin köşe taşlarının yukarıdaki özeti ile vatandaşlığın çağdaş, siyasi ve hukuki söylemde perspektife ve bağlama bağlı olarak bir vatandaşlık kavram tanımlamasına yönelik sayısız girişim olmuştur. Macklin'in ilgi çekici ifadesiyle “*Vatandaşlık bir ev aleti olsaydı ihtiyacınız*

[13] Gonçalo Matias, *Citizenship As a Human Right: The Fundamental Right to a Specific Citizenship*, Palgarve Macmillan, Londra, 2016, s. 32-33.

[14] *a.g.e.* s. 34-35.

olan tek alet olurdu.^[15] Yine de vatandaşlık alanında yapılan çalışmalarda vatandaşlığın ana unsurları belirlenmeye çalışılmış; hukuki statü olarak vatandaşlık, hak olarak vatandaşlık, kimlik veya aidiyet olarak vatandaşlık ve siyasi faaliyet olarak vatandaşlık gibi teorik olarak ayırt edilebilir ancak uygulamada genellikle birbiriyle örtüşür ve birbirine bağımlı vatandaşlık tanımları yapılmıştır.^[16] Bu düşünüş vatandaşlığın *ne* olduğu sorusuna cevap vermekte ancak vatandaşlığın *nerede* gerçekleştiği ve daha da önemlisi vatandaş kategorisine *kimlerin* girdiği sorularını cevaplamamaktadır.

Ulusal olarak vatandaşlık, hukukta genellikle devletle ilişkilendirilmekteyse de geleneksel devlet odağının ötesine geçen ve vatandaşlığı yerel, bölgesel, küresel ve ulus üstü düzeyde ele alan vatandaşlık açıklamaları ile topraktan uzaklaştırılmış bağımsız kavramsallaştırmalar da mevcuttur.^[17]

Vatandaşlığın öznesinin kim olduğu sorusuna ise genellikle iki cevap verilmektedir. Kimi düşünürler vatandaşlığı nihai olarak herkesi kapsamı gereken evrensel bir kavram olarak görürken; kimileri de vatandaşlığı sınırları üzerinden ele almakta ve içerdiği dışlayıcı mekanizmalara odaklanmaktadır. Oysaki, ister hak, statü, üyelik ister kimlik olarak ele alınsın, siyasi bir kavram olarak vatandaşlık her zaman ait olanın dahil edilmesini ve dışarıdakilerin dışlanmasını ifade eder. Brubaker'ın ifadesiyle vatandaşlık *"içsel olarak kapsayıcı ve dışsal olarak dışlayıcı, dolayısıyla sosyal kapanmaya izin veren bir kavramdır."*^[18] Bununla birlikte bugünün vatandaşlığı salt içeri

[15] Audrey Macklin, "Who is the Citizen's Other? Considering the Heft of Citizenship", Theoretical Inquiries in Law, Cilt 8, 2007, s. 333-334.

[16] Benzer kategoriler için Bkz. Linda Bosniak, "Citizenship Denationalized", India Journal of Global Legal Studies, Sayı 7, 2000, s. 333.

[17] Linda Bosniak, "Citizenship Denationalized", s. 335.; Yasemin Nuhoglu Soysal, Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe, University of Chicago Press, 1994, s. 119-120.

[18] Rogers Brubaker, Citizenship and Nationhood in France and Germany, Harvard University Press, 1992, s. 21.

alınanlar ve dışarıdakiler ile sınırlı değildir, aksine bugünün kendine özgü vatandaşlık ve yabancılaşma dereceleri bulunmaktadır. Çünkü bugünün vatandaşlığı eşitlikle de bağlantılıdır ve ulusal sınırlar içinde siyasal sorunlar (azınlıklar, mülteciler vb.), sosyal normlar (cinsiyet gibi) ve bireylerde bu durum somutlaşmaktadır. Özellikle eleştirel ırk teorisi, eleştirel engellilik çalışmaları ile feminist teoride vatandaşlığın görünürdeki evrenselliği ve eşitçiliği sorgulanmaktadır.^[19] Rubenstein de vatandaşlığın “*ne cinsiyet, ne sınıfta ne de ırk açısından nötr olduğunu, farklı grupların ulus devletler içindeki konumundan vatandaşlığın da etkilendiğini*” hatırlatmaktadır.^[20]

Tüm bunlar vatandaşlığın ve vatandaşlık öznelerinin inşa edildiğine ışık tutmakta; hukuk ve siyaset tarafından yaratılmış, doğada bulunmayan bir vatandaş- vatandaşı olmayan ayrımını ispatlar niteliktedir. Aynı şekilde vatandaşlık kazanma biçimleri olarak doğumla kazanma “*jus soli*” ve soy temelinde kazanma “*jus sanguinis*” de eşit derecede siyasi alanda inşa edilmiş; hukuksallaştırılarak uygulanmış ve birey bakımından yaşamının ilerleyen dönemlerinde kabul yoluyla vatandaşlık kazanma biçimleri de benzer şekilde inşai olarak şekillenmiştir.

B. Hannah ARENDT’in Vatandaşlığa İlişkin Görüşleri ve Shami-ma Begüm Davası ile İlişkisi

Tarihsel olarak, Hobbes ve Locke insanlara belirli doğal hakların bahşedildiğini ve daha sonra vatandaşlık statüsü yoluyla devlet tarafından korunduğunu ileri sürmektedir. Ancak, çeşitli vatandaşlık teorisyenleri bu fikre karşı çıkmakta ve devlet korumasının verili olmadığını savunmaktadır.^[21]

[19] Ratna Kapur, “The Citizen and the Migrant: Postcolonial Anxieties, Law, and the Politics of Exclusion/Inclusion”, *Theoretical Inquiries in Law*, Cilt 8, 2024, s. 537.

[20] Kim Rubenstein, “International Citizenship: The Future of Nationality in a Globalized World”, *India Journal of Global Legal Studies*, Cilt 7, 2000, s. 163.

[21] Görüşler için Bkz. Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt, Brace, New York, 1951.; Dennis C. Mueller, “Rights and Citizenship in a World of

Bu görüşün savunucularından Arendt vatandaşlığı en temel unsuruyla ortaya koymaktadır: Birincil insan hakkı ya da haklara sahip olma hakkı. O, bu temel insan hakkının her zaman bahşedilmediğini kabul etmekte; böylece haklar ve vatandaşlık ayrıcalığını iç içe geçirmektedir. Arendt argümanını genişleterek, vatandaşlığın tüm insan haklarının temelini oluşturduğunu, dolayısıyla vatandaşlığın kaybının tüm hakların kaybıyla eş anlamlı olduğunu ifade etmektedir.^[22]

Görüşlerinin arka planında yatan II. Dünya Savaşı ve öncesinde Nazi Almanyası'nda yaşanan vahşettir. Yaşananlar, insan haklarına en çok ihtiyaç duyulan totaliter rejimler karşısında ulus devletin koruma kapasitesini gösteremediğini kanıtlar niteliktedir.^[23] Savaştan sonra insanlık her şeyden önce “dünyada düşünceleri anlamlı ve eylemleri etkili kılan bir yer”^[24] olma vasfını kaybetmiştir. Arendt'in kendi ifadesiyle;

“Bir kişinin doğduğu topluma ait olması doğal bir mesele olmaktan çıktığında vatandaşların hakları olan özgürlük ve adaletten çok daha temel bir şey tehlikeye girer. Bu, insan haklarından mahrum bırakılmış insanların durumundan başka bir şey değildir. Özgürlük hakkından değil, eylem hakkından; istedikleri gibi düşünme hakkından değil, fikir hakkından mahrum bırakılmışlardır.”^[25]

Özünde insanlar aslında insanlıktan kovulmuş ve vatandaşlık hakkının kaybıyla vatansız insanlar insan haklarını da fiilen kaybetmiş olmuşlardır.

Global Terrorism”, European Journal of Political Economy, Cilt 20, Sayı 2, 2008, s. 335–338.; SPECTAR J. M., “To Ban or Not to Ban an American Taliban? Revocation of Citizenship and Statelessness in a Statecentric System”, California Western Law Review, Cilt 39, Sayı 2, 2003, s. 263–302.

[22] Hannah Arendt, s. 296.

[23] a.g.e. s. 291.

[24] a.g.e. s. 297.

[25] Vurgu bize aittir.

Arendt'e göre vatandaşlık, haklara sahip olma hakkıdır çünkü insanlığa ait olmanın önkoşuludur. O'na göre devlet ve vatandaşlık insan haklarının garantörüdür: Nitekim Arendt, vatansızların haklara sahip olma hakkının varlığına işaret etmektedir. Buna göre, insan hakları siyasi bir topluluğa üyelikten kaynaklanıyorsa, tek gerçek insan hakkı bu topluluğa ait olma hakkıdır. Dolayısıyla vatandaşlıktan çıkarma ve diğer vatandaşlık kaybettirme uygulamaları en temel insan hakları sorununa işaret etmekte ve son derece siyasi bir eylem olduğundan, devletin bir meşrulaştırma eylemini gerektirmektedir. Keza meşrulaştırma ihtiyacı, devletin hakları tanımamasının sadece bireyin yararına değil, aynı zamanda devletin tüm üyelerini içeren kolektif siyasi beden için de haklı bir eylem olduğu fikrinden kaynaklanmaktadır.^[26] Begüm davası bu ilişkiyi en somut şekilde ortaya koymaktadır.

C. SHAMIMA BEGUM DAVASI

D. Davanın Arka Planı

Birleşik Krallık'ta doğmuş ve Şubat 2015'e kadar Londra'da yaşayan Birleşik Krallık vatandaşı Begüm, 15 yaşındayken, okuldan iki arkadaşıyla birlikte, bir terör örgütü olan IŞİD'e^[27] katılmak üzere Suriye'ye gitmiştir.^[28] Suriye'ye vardıktan birkaç gün sonra bir IŞİD savaşçısıyla evlendirilmiş ve hepsi bebekken ölen üç çocuk doğurmuştur.

[26] Dennis C. Mueller, s. 342.

[27] IŞİD, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 2015 yılında aldığı S/RES/2253 (2015) kararıyla terör örgütü olarak kabul edilmiştir. Karar için Bkz. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n15/437/45/pdf/n1543745.pdf>, (E.T. 10.02.2024)

[28] Kamuoyunda öğrencisi oldukları Bethnal Green College nedeniyle Bethnal üçlüsü olarak isimlendirilen üç öğrenciden biri Begüm'dür. Bkz. FISHER Lucy, "Bethnal Green Trio Fled Britain With Help From Isis's Best Female Recruiter", The Times, 13.02.2019, <https://www.thetimes.com/article/jihadi-bride-shamima-begum-bethnal-green-trio-fled-britain-with-help-from-isis-s-best-female-recruiter-vcvxzrvvj>, (E.T. 10.02.2024)

Ocak 2019’ da IŞİD’ in kendi ilan ettiği halifelik çökmüş; Begüm ve eşi Suriye Demokratik Güçleri tarafından yakalanmış; Suriye’nin kuzeydoğusundaki Al-Hawl mülteci kampına götürülmüşlerdir. Begüm kamptayken yazılı ve görsel basına röportajlar vermiş ve vatandaşı olduğu Birleşik Krallık’a geri dönmesine izin verilmesini talep etmiş ve hamile olduğunu, doğmamış çocuğunun hayatta kalması ve iyi bir yaşam sürebilmesi için bunun gerekli olduğunu dile getirmiştir. Ülkesine geri dönme talebinden kısa bir süre sonra dönemin Birleşik Krallık İçişleri Bakanı Sajid Javid resmi bir açıklama yaparak Begüm’ün vatandaşlıktan çıkarıldığını ilan etmiştir.^[29] Begüm’ün talebinin ardından Javid’in verdiği karar önemlidir; zira Begüm, insan hakları savunucularının, Begüm’ün ailesinin ve Begüm’ün kendisinin taleplerine rağmen vatandaşlığı elinden alınan ilk Birleşik Krallık vatandaşı kadın olmuştur.^[30]

A. Dava Süreci

Begüm’ün Birleşik Krallık’taki yargılaması, vatandaşlığın iptali kurumunun insan hakları hukuku bakımından sınırlarını test eden, oldukça karmaşık bir dizi davadan oluşmaktadır.

1. Birleşik Krallık İç İşleri Bakanlığının Kararı

Birleşik Krallık İç İşleri Bakanlığının 2019 yılında aldığı kararla Begüm’ün vatandaşlığı uluslararası terör örgütleriyle bağlantısı gerekçe gösterilerek iptal edilmiş; böylece ülkeye dönme hakkı elinden alınmıştır.

[29] İçişleri Bakanı Sajid Javid, Begüm’ü vatandaşlıktan çıkarma kararını “Hükümetin ilk görevi ve İçişleri Bakanı olarak benim en büyük önceliğim halkı korumaktır.” diyerek gerekçelendirmiştir. <https://www.aljazeera.com/news/2023/2/23/shamima-begum-4>, (E.T. 9.03.2024)

[30] 2010 yılından bu yana 150’den fazla Birleşik Krallık vatandaşının vatandaşlığı elinden alınmış olup, bunların yaklaşık 120’si 2016 yılından bu yana vatandaşlıktan çıkarılmıştır. 2006’dan 2014’e kadar söz konusu kişilerin biri hariç hepsinin Müslüman erkekler olduğunu belirtmektedir. Bkz. Audrey Macklin, “Citizenship Revocation, The Privilege to Have Rights and the Production of the Alien”, Queen’s Law Review, Cilt 40, Sayı 1, s. 17.

Bakanlık bu idari işlemi 1981 tarihli Birleşik Krallık Vatandaşlık Yasası'nın 40/2. maddesinde yer alan "kamu yararı" ilkesine dayandığını ve Bakanlığın kamu yararı nedeniyle vatandaşlığı iptal etme konusunda takdir yetkisi olduğunu belirtmiştir. İlgili yasa maddesi şu şekildedir:

"(2) Dışişleri Bakanı, mahrumiyetin kamu yararına uygun olduğuna kanaat getirirse, bir kişiyi vatandaşlık statüsünden mahrum edebilir.

...

(4) Dışişleri Bakanı, emrin bir kişiyi vatansız bırakacağına kanaat getirirse, (2) uyarınca bir emir veremez.

...

(5) Dışişleri Bakanı, bir kişiyle ilgili olarak bu madde uyarınca bir emir vermeden önce, o kişiye aşağıdakileri belirten yazılı bir bildirimde bulunmalıdır:

(a) Dışişleri Bakanının bir emir vermeye karar verdiğini,

(b) emrin nedenlerini ve

(c) kişinin 1997 Özel Göçmenlik Temyiz Komisyonu Yasası'nın 40A(1) veya 2B bölümleri uyarınca temyiz hakkını.^{31]}

Madde uyarınca Birleşik Krallık hukukuna göre vatandaşlığın iptalinde takdir yetkisinin sınırı vatansız kalmama olarak belirlendiğinden; Bakanlık Begüm'ün Bangladeş Devleti nezdinde vatandaşlık hakkının bulunduğunu; bu nedenle vatansız kalmayacağını ilan etmiş olmuştur.

2. Shamima Begüm'ün İddiaları

Begüm ve hukuki temsilcileri tarafından yargılamanın farklı safhalarında ileri sürülen iddialar 3 büyük başlık altında özetlenebilir:

-Bakanlık, Begüm'ün insan ticareti suçunun mağduru olup olmadığı

[31] 1981 Tarihli Birleşik Krallık Vatandaşlık Yasası (*British Nationality Act*), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/61> (E.T. 02.02.2024)

ğına ilişkin bir soruşturma yapmamıştır. Vatandaşlıktan çıkarma kararı, AİHS'in 4. Maddesinde düzenlenen zorla çalıştırma yasağına ve bu hakkı iç hukuka aktaran ve bağlayıcı hale getiren 1998 tarihli Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası'nın 6. Maddesini ihlal etmektedir.

-Vatandaşlıktan çıkarma kararı, Begüm'ü fiilen vatansız hale getirmiştir. Bakanlık çıkarma işlemini tesis ederken bu hususu dikkate almamış, başka bir Devlet olan Bangladeş'in iç hukukunu referans göstermekle yetinmiştir.

-Bakanlık, Begüm'ün vatandaşlıktan çıkarılmasına gerekçe gösterilen ulusal güvenliği tehdit ettiği iddiasını somutlaştırmamıştır. Bununla birlikte şayet bir risk teşkil ediyorsa da Begüm hakkında risk ölçüsünde vatandaşlık hakkına daha az müdahale edecek bir önlem alınması gerekirdi. Bu nedenle yapılan işlem AİHS 8.maddesinde düzenlenen Özel Hayata Saygı Hakkı ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılmıştır.

3. Ulusal Mahkeme Kararları

İç İşleri Bakanlığı'nın vatandaşlıktan çıkarma işlemine karşı ilk olarak SIAC (The Special Immigration Appeals Commission) önünde dava açılmıştır. SIAC'ta görülen ilk dava iki temel soruna odaklanmıştır. Bunlar, Begüm'ün Birleşik Krallık vatandaşlığından çıkarılmasının onu vatansız kılıp kılmadığı ve yargılama sırasında Suriye'de bulunmasının adil yargılanma hakkı bakımından bir ihlal yaratıp yaratmadığıdır.^[32]

SIAC kararına karşı İstinaf Mahkemesine (Court of Appeal) başvurulmuştur. Mahkeme Begüm'ün vatansız kalacağına dair iddiaları dikkate almamış ve fakat Suriye'de bulunduğu kamp koşulları nedeniyle yargılamaya etkili katılamayacağı itirazını yerinde bulmuş ve Begüm'ün ülkeye

[32] Special Immigration Appeals Commission (SIAC), 7 Şubat 2020 tarihli *Begum v Secretary of State for the Home Department* Kararı, <https://siac.decisions.tribunals.gov.uk/Documents/outcomes/documents/Shamima%20Begum%20OPEN%20Judgment%20-%202007.02.2020.pdf>, (E.T. 10.01.2024)

girişinin önünü açmıştır.^[33] Karar üzerine Begüm ve hukuki temsilcileri vatansız kalma, insan ve çocuk ticareti yönündeki iddiaları nedeniyle; İç İşleri Bakanlığı da Begüm'ün ülkeye dönmesi hakkında ortaya çıkacak ulusal güvenlik riskleri iddiasıyla Yüksek Mahkeme'ye (Supreme Court) temyiz başvurusunda bulunmuşlardır. Aşağıda açıklanacağı üzere Yüksek Mahkeme Begüm'ün ülkeye dönmesine ilişkin kararı bozmuştur. Diğer iddialar bakımından ise dosyanın yeniden SIAC'a gönderilmesine karar vermiştir.

SIAC ikinci yargılamada da benzer bir karar vermiş; bunun üzerine dosya tekrar İstinaf Mahkemesi'ne taşınmıştır. Bu bildirinin sunulduğu tarih itibariyle İstinaf Mahkemesi henüz bir karar vermemiştir. Dolayısıyla yargılama sürecine ilişkin asıl tartışmalar SIAC kararlarındadır ve aşağıda yargılamanın ana hatları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

a. **SIAC**

Birleşik Krallık Hukukuna göre, ulusal güvenlik gerekçesiyle yapılan vatandaşlıktan çıkarma işlemlerine karşı SIAC önünde dava açılabilir. Mahkeme'nin ulusal güvenlikle ilgili gördüğü hususlarda kapalı duruşma yapabileceği, kararlarını kamuoyuna açıklamama ve kişi avukatla temsil ediliyorsa avukata yalnızca dosyanın esasına ilişkin bilgi verme imkanları bulunmaktadır.^[34]

SIAC Şubat 2020'de vatandaşlıktan çıkarma işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Vatansızlık yönünden yapılan itiraz Mahkeme nezdinde şu şekilde cevap vermiştir:

[33] Court of Appeal, 16 Temmuz 2020 tarihli *Begum v Special Immigration Appeals Commission and another* Kararı, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/07/WP-Begum-Judgment-NCN.pdf>, (E.T. 10.01.2024)

[34] SIAC, 1997 yılında çıkarılan bir yasa ile kurulmuş; özellikle göç, göçmenlik, sığınmacılık statüleriyle ulusal güvenlikle ilgili uyumsuzluklara bakmakla yetkili özel bir mahkemedir. Devyani Prabhat, "The Begum Case: Why Ministerial Discretion Includes Human Rights Issues", VerfBlog, 2023, <https://verfassungsblog.de/the-begum-case-why-ministerial-discretion-precludes-human-rights-issues/>, (E.T. 5.02.2024)

“Başvuru SIAC’ a ancak 2022’nin sonlarında gelmiştir. Pandeminin yanı sıra gecikmedeki önemli bir faktör de yukarıda ana hatlarını çizdiğimiz bu Mahkemeye ve Yüksek Mahkeme’ye yapılan temyiz başvurularıydı. Ancak itiraz edilen karar, Dışişleri Bakanı’nın 19 Şubat 2019 tarihli kararı olarak kaldı. Aslında, aynı kararın artık verilemeyeceğini belirtmek önemlidir, çünkü Bayan Begüm’ un 21. yaş gününe ulaştığında Bangladeş vatandaşlığını kaybetmesiyle birlikte, kendisini şimdi Birleşik Krallık vatandaşlığından çıkarma kararı onu vatansız bırakacaktır.”^[35]

Begüm’ün Bangladeş devleti nezdinde vatandaşlık hakkı bulunduğunu hükme bağlamakla birlikte fiili vatansızlık halinin varlığı kabul edilmiştir.^[36] Oysa Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi *Pham v Secretary of State for the Home Department* davasında 1981 tarihli Birleşik Krallık Vatandaşlık Yasasının 40/4.maddesindeki vatansız kavramının “herhangi bir devletin kendi yasasının işleyişi uyarınca vatandaş olarak kabul edilmemesi” anlamına geldiğine karar vermiştir. Dolayısıyla başka bir devletin uygulamasının vatansızlık sorunuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlık tarafından işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla vatansız kalabilecek olan kişinin vatandaşlıktan çıkarılması hukuka aykırı görülmüştür.^[37]

AİHS’nin 4.maddesi uyarınca insan ticareti yapıldığına ilişkin iddiaları ciddi bulan Mahkeme, Sözleşme’nin ilgili maddesinin devletin sorumluluğu ile ilgili olduğunu tespit ederek vatandaşlıktan çıkarma işleminin bir zorla çalıştırma olup olmadığıyla sınırlı bir inceleme yapmıştır.

[35] Court of Appeal, 23 Şubat 2024 tarihli *R (Begum) v Special Immigration Appeals Commission* Kararı, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/02/Begum-v-SSHD-CA-2023-000900-2024-EWCA-Civ-152.pdf>, para. 30. (E.T. 03.03.2024)

[36] Court of Appeal, 16 Temmuz 2020 tarihli *R (Begum) v Special Immigration Appeals Commission* Kararı, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/07/WP-Begum-Judgment-NCN.pdf>.

[37] Alison Harvey, “Burden of Proof in Statelessness Cases And the Meaning of ‘by operation of its law’”, 31.1.2020, <https://www.statelessness.eu/updates/blog/burden-proof-statelessness-cases-and-meaning-operation-its-law>. (E.T. 20.02.2024)

Mahkeme'nin değerlendirmesiyle;

“Begum ayrıca, Birleşik Krallık Vatandaşlık Yasası'nın 40. maddesindeki yetkinin kullanılmasının AIHS'nin 4. maddesi kapsamındaki haklarının ihlali anlamına geldiğini göstermelidir. Bundan daha azı, 2B maddesi kapsamındaki bu itirazda yeterli olmayacaktır. Kendisinin kaçırıldığına dair güvenilir bir şüphe, kendi başına 4. maddenin ihlali anlamına gelmez.”^[38]

Bu bağlamda olay, vatandaşlıktan çıkarma kararı alındığında Begüm ülke dışında olduğu ve hakkında bir geri gönderme işlemi yapılmadığından 4.madde kapsamında görülmemiştir:

“Suriye'ye gitmeden önce Birleşik Krallık Devleti Bayan Begum'a karşı görevlerini yerine getirmemiş olabilir, ancak şu anda koruma kapsamının çok ötesindedir... Genel ve belirsiz bir anlamda, Bayan Begum'un vatandaşlığından mahrum bırakılmasıyla “korunmadığı” kabul edilse bile dava konusu bu değildir. Yetkinin kullanılması ile hakkın ihlali arasında doğrudan bir bağlantı olmalıdır. 2015'te olanlar, geçmişteki bir adaletsizliğin düzeltilmesi veya en azından tanınmasını gerektirse bile, bu bağlantıyı sağlamaz.”^[39]

Özetle Mahkeme, Avrupa Konseyi İnsan Ticaretiyle Mücadeleye İlişkin Sözleşme uyarınca devletin yükümlülüklerini kabul etmekte ve fakat bunların hiçbirinin davada doğrudan yargılanabilir hükümler olmadığını tespit etmektedir.^[40]

Ülkeye dönüp adil yargılanma hakkı çerçevesinde savunma hakkını kullanmak isteyen Begüm'ün talebi bakımından yapılan incelemede ise davacının Suriye'de yer alan bir kamptan yargılamaya etkin bir şekilde katılmasının zor olabileceği kabul edilmiş; ancak ülkeye giriş yapmasının

[38] SIAC, *Begum v Secretary of State for the Home Department*, para. 227.

[39] SIAC, *Begum v Secretary of State for the Home Department*, para. 238.

[40] Court of Appeal, *R (Begum) v Special Immigration Appeals Commission*, para. 93-94.

yaratacağı ulusal güvenlik riskleri gerekçe gösterilerek bu talebi de reddedilmiştir.

Kararda son olarak dikkat çekici olan nokta başka bir Devlete vatandaşlık bağı olan ya da potansiyel vatandaş olarak değerlendirilen ve çoğunluğunu ikinci kuşak Birleşik Krallık vatandaşlarının hukuki durumu hakkında yapılan tespittir. SIAC kararında,

“...bu ülkenin Müslüman topluluklarındaki (ve ötesinde) birçok insan, kendilerine ikinci sınıf vatandaş muamelesi yapıldığını ve/veya hoş karşılanmalarının bir şekilde şarta bağlı olduğunu hissetmektedir. Mahkeme bu endişeleri dikkate almaktadır. Dışişleri Bakanlığının toplumlar arası ilişkilere genel düzeyde dikkat ettiğini veya Bayan Begum’un mahrumiyetinin kamuoyunun çoğunluğu tarafından güçlü bir şekilde desteklendiği yönünde gözlemler yapılmıştır.”^[41] demektedir.

Kararın tamamı okunduğunda ise toplumu oluşturan farklı kesimlerin ve bu kesimler arasındaki ilişkilerin dikkate alınıp alınmadığına, azınlık haklarına ya da potansiyel bir ayrımcılık yasağı ihlaline dair bir çıkarım yapmak mümkün görünmemektedir.^[42]

b. Temyiz

Dosyayı temyizden inceleyen Mahkeme Temmuz 2020’de verdiği kararla Begüm’ün adil yargılanma hakkından yararlanabilmesi için hangi önlemlerin alınabileceği hakkında bir tartışma yapmış ve temyiz incelemesinin Begüm Suriye’deki kamptan ayrılıp güvenli bir bölgeye yerleşene kadar ertelenmesi yönündeki öneriyi de incelemiştir. Mahkeme, Begüm’ün üçüncü güvenli ülke olarak gönderilme ihtimali bulunan Irak ve Bangladeş’te güvenli olamayacağına dair iddiaları dikkate almış; makul bir çözüm olmadığına kanaat getirmiştir. Bu nedenle de Mahkeme Begüm’ün gerekli

[41] SIAC, *Begum v Secretary of State for the Home Department*, para. 397.

[42] Devyani Prabhat, “*The Begum Case*”.

önlemler alınarak davaya katılabilmesi için Birleşik Krallık'a geri dönmesi gerektiğine hükmetmiştir:

“Begüm’ün Birleşik Krallık’tan ayrılıp Suriye’de kaldığı koşullar ve bunu kendi özgür iradesiyle yapıp yapmadığı, SIAC’ın Begüm’ün adil ve etkili bir yargılamada bulunup bulunamayacağı sonucuna varmasının hukuki ve usuli sonuçlarıyla ilgili değildir. Mahkeme’nin davanın esasına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmadan, sadece temyiz başvurusunun kabul edilmesi ve vatandaşlıktan çıkarma kararının iptal edilmesi gerektiği sonucuna varması, adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırı olacaktır. Adalet tek taraflı değildir ve sadece Begüm’ün değil, Bakanlığın da durumunun dikkate alınmasını gerektirir. (...) Mahkeme ayrıca, ulusal güvenlik çıkarları da dahil olmak üzere, vatandaşlıktan çıkarma kararına gerekçe gösterilen kamu yararı mülahazalarını dikkate almak zorundadır. Mahkeme için kritik soru, etkili yargılama eksikliğini gidermek için hangi adımların atılabileceğidir. Birleşik Krallık’a dönmesi halinde ele alınabilecek ve yönetilebilecek türde ve düzeyde bir ulusal güvenlik riski iddiası bulunduğu görülmektedir.”^[43]

İçişleri Bakanlığı ise ulusal güvenlik risklerini gerekçe göstererek davayı Yüksek Mahkeme’ye taşımıştır.

Vatansızlık iddiası hakkında ise Begüm’ün iddiaları yerinde görülmemiştir. Kararda fiili vatansızlık kavramının uluslararası hukuk bakımından kabul edilebilir olup olmadığı üzerinde sınırlı bir inceleme yapılmıştır. 2021 yılı itibarıyla 21 yaşını dolduracak olan Begüm’ün davanın görüldüğü tarihte Bangladeş’te vatandaşlık hakkının mevcut olduğu; ancak bu ülkeye girebilmesi veya girmesine izin verilmesi hususunda gerçekten bir belirsizlik bulunduğu tespit edilmiştir. Bununla birlikte Bakanlık tarafından sunulan gizli ve açık kanıtlara bakıldığında ulusal güvenlik açısından risk teşkil edecek unsurlar tespit edildiğinden SIAC kararı yerinde bulunmuş-

[43] Court of Appeal, *R (Begum) v Special Immigration Appeals Commission*, para. 43.

tur.^[44] Yani, Mahkeme'ye göre *de jure* vatansızlık hali olmadığı sürece Begüm vatansız sayılmamış, vatandaşlıktan çıkarmanın *de facto* vatansızlığa neden olması ise hukuki bir gerekçe olarak kabul edilmemiştir. Begüm ve hukuki temsilcileri de kararı bu yönden Yüksek Mahkeme'ye taşımışlardır.

c. Yüksek Mahkeme Kararı

Yüksek Mahkeme yargılamanın önceki aşamalarındaki vatansızlık iddialarına karşı kullanılan fiili vatansızlık argümanını kabul etmiştir:

“...Her iki Mahkemenin de Bakanlığın vatandaşlıktan çıkarma kararının Temyiz Eden'i fiilen vatansız hale getireceği gerçeğini dikkate aldığını tespit etmiştir. Temyiz Eden'in, Temyiz Mahkemesi'nin fiili vatansızlık olgusu ile bu olgunun önemi arasında ayırım yapmadığı yönündeki iddiası (birincisi yerine ikincisinin zorunlu ilgili husus olduğu ileri sürülmektedir), heyete tartışılabilir bir hukuk meselesi olarak görünmemektedir...Heyet, Temyiz Eden'in, 1981 tarihli İngiliz Vatandaşlık Yasası'nın 40/4. maddesi uyarınca, bir kişiyi vatansız bırakacak bir çıkarma kararı verme yasağının, fiili vatansızlıktan ziyade hukuki vatansızlığa atıfta bulunduğu dair mevcut yasaya itiraz etmediğini belirtmektedir.”^[45]

Begüm'ün ülkeye geri dönme talebi yönünden yapılan incelemede ise Yüksek Mahkeme, Begüm'ün ülkeye girmesi halinde ortaya çıkabilecek ulusal güvenliğe yönelik tehdidin boyutunun Temyiz Mahkemesi önünde nasıl incelendiğini irdelemiştir ve şu sonuca varmıştır: *“Temyiz Mahkemesi, ulusal güvenlikle ilgili konularda karar verme yetkisinin hem kurumsal hem de anayasal sınırlarını da göz ardı etmiş görünmektedir.”^[46]*

[44] The Supreme Court of the United Kingdom, 26 Şubat 20201 tarihli *R (Begum) v Special Immigration Appeals Commission* Kararı, https://supremecourt.uk/uploads/uksc_2020_0156_judgment_25dddf538f.pdf , para. 93-94

[45] The Supreme Court of the United Kingdom, 26 Şubat 20201 tarihli *R (Begum) v Special Immigration Appeals Commission* Kararı, para. 79.

[46] The Supreme Court of the United Kingdom, 26 Şubat 20201 tarihli *R (Begum) v Special Immigration Appeals Commission* Kararı, para. 110.

B. Davanın İnsan Hakları Boyutu

Devlet gücünün insan hakları ve vatandaşlık üzerinde iki temel dinamiğinden söz edilebilmektedir. Birincisi, devletin vatandaşlıktan çıkarma uygulamaları ile vatandaşlık hakkının kullanımını imkansız hale getirmesidir. Bu durum, Birleşik Krallık hukuk kültüründe hiyerarşik insan hakları kavramlarını akla getirmekte ve devletin vatandaşlarına karşı yükümlülükleri, özellikle ırk ve cinsiyete odaklı sosyal kimliklerin inşasına bağlı olarak farklılaştıran anlayışı somutlaştırmaktadır. İkinci olarak, ulusal güvenlik riskini öne sürerek, devletin vatandaşlarına karşı yükümlülüklerine ilişkin farklılaşmış anlayışları pekiştirmekte ve dışlayıcı vatandaşlık anlayışını meşrulaştırmaya çalışmaktadır.^[47]

Marjinalleştirilmiş bir gruptan bir vatandaşın, bireyin topluma karşı sorumluluğundan saptığı iddia edildiğinde, devletin keyfi olarak üç önemli kontrol aracını kullandığı görülmektedir:

- (1) kişinin marjinalleştirilmiş sosyal kimliğinin kötülenmesi^[48];
- (2) kişinin adil yargılanma hakkının reddi;
- (3) ve tam vatandaşlıktan çıkarma.

Bu tür süreçler, çağdaş liberal demokratik devletlerin, anayasal düzenleri

[47] Alison Harvey, “Shamima Begum Supreme Court Judgment: What are the Implications for Statelessness Cases?” <https://www.statelessness.eu/updates/blog/shamima-begum-supreme-court-judgment-what-are-implications-statelessness-cases>. (E.T. 20.03.2024)

[48] Shamima Begüm davası incelendiğinde, Begüm’ün ulusal güvenliğe yönelik aşırı bir tehdit olarak damgalandığı görülmektedir. Bu tasvir, dönemin İçişleri Bakanı Sajid Javid kararıyla ilgili olarak Parlamento’da yaptığı konuşmada “*Sözde halifelikte aldıkları rol ne olursa olsun, hepsinin bir terör örgütünü desteklediğini ve bunu yaparak ülkemizden ve savunduğumuz değerlerden nefret ettiklerini gösterdikleri*” şeklinde ifadesinde kendini göstermektedir. Javid S, Home Secretary Speech on Keeping Our Country Safe. UK Government — Home

Office. <https://www.gov.uk/government/speeches/home-secretary-speech-on-keeping-our-country-safe>. (E.T. 10.2.2024)

bireyin geçmişine bakılmaksızın siyasi eşitliği^[49] açıkça garanti altına alsa bile, emperyal geçmişlerinden ve çağdaş sömürü yapılarından kurtulamadıklarını göstermektedir.

Sorunun bir yönü Birleşik Krallık'ın eski imparatorluk döneminden kaynaklanan kan ve kültüre dayalı bir kimlik oluşturan aşırı kapsayıcı bir vatandaşlık tanımıdır. Joppke, 1981 tarihli Vatandaşlık Yasası'ndan önce Birleşik Krallık'ta vatandaşlığın olmadığını, ancak ulus öncesi bir tebaa kavramından bahsedilebileceğini savunmaktadır.^[50] Dolayısıyla, bu gecikmiş düzenleme ait olma hakkına sahip olanları daraltmış ve siyasi üyelik tanımını etnikleştirmiştir.^[51] Birleşik Krallık'ta doğmak hukuki vatandaşlığı belirlerken, bu kişiler “gerçekten” vatandaş olarak görülmemiştir.

Bir diğer temel sorun ise Amerika Birleşik Devletleri'ndeki 11 Eylül saldırıları ile devamında Birleşik Krallık'ta 2005 yılında gerçekleştirilen 7/7 Londra saldırılarını takiben izlenen kamu güvenliğine dair politikalar. Vatandaşlık ile devlet güvenlik mekanizmaları yan yana getirilmiştir. Terörizmle mücadele gerekçesiyle vatandaşlıktan çıkarma uygulamaları meşrulaştırılmaya çalışılmış ve bu yapılırken de “Biz ve Onlar” retoriğine başvurulmuştur.^[52]

Adeta bir vatansızlık dayatması olarak görülebilecek bu süreçler herke-

[49] Benzer bir bakış Schmitt'in dost-düşman ayrımında görülebilir. O'na göre eşitlik ancak karşıtı ile ele alınabilen bir kavramdır yani eşit olmayanın tespitini zorunlu kılar. Dolayısıyla eşitliğe dayanan ortak kimlik, bu kimliğe aidiyeti olmayanın varlığıyla anlam kazanır. Ulus devlet homojen bir topluma ihtiyaç duyduğu için bu homojenliği sağlamada ülkeye girecek kişinin belirlenmesi yaşamsal önem kazanmaktadır. Enes GÜRAN, “Schmitt: Olağanüstü Halde Hukuk”, Felsefe Arkivi, Sayı 46, 2017/1, 21-40, s. 2.

[50] C Joppke . 1999. “How Immigration is Changing Citizenship: A Comparative View”, *Ethnic and Racial Studies* Cilt 22, Sayı 4, 629–652 s. 641.

[51] *a.g.e.* s. 642.

[52] Salvador Regilme, “A Human Rights Tragedy: Strategic Localization of US Foreign Policy in Colombia”, *International Relations*, Cilt 32, Sayı 3, 2018, s. 343–365.

sin bir vatandaşlık hakkına sahip olduğunu belirten İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 15. maddesinin ve devletlerin bireyi vatansız bırakması halinde vatandaşlıktan çıkaramayacağını beyan eden 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 8/1. maddesinin önemli bir ihlalini teşkil etmektedir.^[53] Bununla birlikte, Birleşik Krallık'ın vatandaşlıktan çıkarmaya ilişkin yasaları ve yukarıda özetlenmeye çalışılan Mahkeme kararlarında vatansızlık iddiası yalnızca *de jure* olması halinde dikkate alınacağı savı karşısında fiili olarak vatansız kalacak kişinin vatandaşlıktan çıkarılması hukuka uygun kabul edilmektedir.

Çifte vatandaşlık ve devlete aidiyet çatışması yani bir vatandaşın başka bir devlete bağlılık sözü verme “gücüne” sahip olduğu fikri, özellikle vatandaşlığın *jus sanguinis* veya *jus soli* yöntemlerinin kabulü oranında farklılıklar doğurmaktadır.^[54] *Jus sanguinis* nedeniyle birden fazla vatandaşlık hakkı olan vatandaşların, vatandaşlıktan çıkarılma ihtimalleri artmaktadır. Begüm'ün davası bu konuyu çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Birleşik Krallık Hükümeti Begüm *jus soli* Birleşik Krallık vatandaşı olmasına ve Bangladeş Hükümetinin aynı nedenle Begüm'un vatandaşlık hakkını reddetmesine rağmen, *jus sanguinis* yoluyla Bangladeş vatandaşlığına hakkı olduğunu savunmuştur.

Vatandaşlıktan çıkarılması nedeniyle Begüm, bu tür diğer bireyler gibi yabancı ve istenmeyen kişi olarak damgalanmış ve adeta Agamben'in *homo sacer*'ine dönüştürülmüştür.^[55] *Homo sacer*, hem insanın kutsallığını hem

[53] Mirna Adjami, and Julia Harrington, “The Scope and Content of Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights”, *Refugee Survey Quarterly*, Cilt 27, Sayı 3, 2008, s. 93–109.

[54] UNHCR (UN High Commissioner for Refugees), *Interpreting the 1961 Statelessness Convention and Avoiding Statelessness Resulting from Loss and Deprivation of Nationality* (“Tunis Conclusions”), 2014, para. 67. <https://www.refworld.org/docid/533a754b4.html> (E.T. 10.03.2024)

[55] Agamben'in siyaset felsefesinin temelinde, eski Roma hukukunda yer alan *homo sacer* (kutsal insan) olarak adlandırılan figür yer almaktadır. Kutsal insan en basit

de öldürülebilirliğini açıklayan kendi içinde çelişkili bir kavram gibi görülse de, özünde, egemenin hayatın dinin, hukukun ve ahlakın askıya alınmasındaki gücünü simgelemektedir.^[56]

Egemen, tıpkı Carl Schmitt'in de dediği gibi olağanüstü hale karar verebilen ve hukuku askıya alabilendir. Hukuktan dışlanma Agamben'in istisna halidir. İstisna olanın kendisi hukukun dışına çıkmasa da hukuk onu askıya aldığı anda hukuk düzenindeki hakların öznesi olma sıfatını kaybeder.^[57] Bu bakımdan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, tebaanın yerini vatandaşa bıraktığı ulus devlete içkindir ve yalnızca vatandaş olanın hakka sahip olduğu bir düzen ortaya çıkarmıştır. Agamben'e göre insanın doğuştan sahip olduğu haklar onun bir ulusun parçası olmasıyla gerçeklik kazanır. Yani insan hakları olarak ortaya çıkan haklar esasında vatandaşlık haklarıdır. Bu nedenle vatandaş olmayanlar, insan haklarına sahip değildir ve bir egemenin korumasında bu haklardan yararlanamazlar. Özetle, tıpkı Arendt'in dediği gibi haklara sahip olabilmek ancak vatandaşlık hakkına sahip olmakla mümkündür.

SONUÇ

Shamima Begüm davası, vatandaşlık hakkının ulusal güvenlik ve insan hakları çatışmasında nasıl araçsallaştırılabileceğine dair önemli bir örnektir. Vatandaşlık, bireyin sadece bir devlete bağlılığını ifade eden bir statü değil,

hali ile vatandaşlıktan çıkarılmış bir kişidir. Detaylandırılacak olursa, kutsal insanın dini ritüellerde öldürülmesi yasaklanan ancak başka her tür durumda öldürülmesine karşı bir yasağın olmadığı insan figürü olduğu görülmektedir. Kutsal insan, bir suçtan dolayı halk tarafından yargılanan kişidir. Bu kişinin kurban edilmesine izin verilmez. Fakat bu kişiyi öldüren birisi cinayet işlemiş sayılmaz. Giorgio Agamben, Kutsal İnsan, Egemen, İktidar ve Çıplak Hayat, Çev. İsmail Türkmen, 4.Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2020, s. 9.

[56] *a.g.e* s. 91.

[57] Damla Ercan, "Schmitt'in 'Olağanüstü Hali' ile Agamben'in 'İstisna Hali': Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 2, 2021, 1395-1415.

aynı zamanda temel haklar ve hukuk önündeki eşitliğin de anahtarıdır.

Begüm'ün vatandaşlıktan çıkarılması, devletlerin güvenlik tehditlerine karşı aldığı önlemleri artırma eğiliminde olduğu bir dönemde meydana gelmiştir. Birleşik Krallık özelinde 11 Eylül saldırılarının ve 7/7 Londra saldırılarının ardından ulusal güvenlik tehdidi ülkede öncelikli hale gelmiş ve uluslararası terörizmle mücadele ülke gündeminde üst sıralarda yer edinmiştir.

Bununla birlikte ulusal güvenlik ve vatandaşlık ilişkisi bakımından Birleşik Krallık tek örnek olarak düşünülmemelidir. Örneğin, Fransa, terörle bağlantılı olduğundan şüphelenilen bazı vatandaşları vatandaşlıktan çıkarmış ve bu kişileri ülkelerine geri kabul etmeme yoluna gitmiştir.^[58] Benzer şekilde Avustralya, terörle bağlantılı oldukları gerekçesiyle vatandaşlık çıkarma kurumuna başvururken, bu kişileri hukuki olarak vatansız bırakacak sınırları tartışmaya açmıştır.^[59]

Bu tür davalar, vatandaşlık hakkının bir temel insan hakkı mı yoksa devletlerin güvenlik politikalarının bir aracı mı olduğu sorusunu küresel düzeyde gündeme taşımaktadır. Özellikle uluslararası insan hakları hukuku belgelerinin yasakladığı vatansızlık konusunda ulusal yargı organlarının çekişen davrandığını ve ulusal hukuku önceleyen bir yaklaşım sergiledikleri belirtilmelidir. Begüm davası özelinde Birleşik Krallık Mahkemeleri'nin Bangladeş vatandaşlığı hakkında yaptığı tartışma eleştiriye açıktır. Şöyle ki Begüm'ün vatansızlığına ilişkin iddiaları başka bir ülkenin ulusal hukuku gerekçe gösterilerek reddedilmiş ve adeta o ülkenin egemenlik yetkisine

[58] Vatandaşlık çıkarma uygulamaları ve Fransa'daki yeni göç yasası hakkında Anayasa Konseyi tarafından verilen karar için Bkz. <https://gasteyrupa.org/2024/01/25/fransa-anayasa-konseyi-yeni-gocmen-yasasindaki-maddelerin-yarisinin-anayasaya-aykiri-olduguna-hukmetti/> (20.02.2024)

[59] Avustralya'da Abdul Benbrika davasını ve Yüksek Mahkeme kararını ele alan bir haber için Bkz. https://www.yenivatan.com.au/haber/yuksek-mahkemeden-vatandaslik-iptaline-red-1555#google_vignette (E.T. 30.03.2024)

müdahale edilmiştir. Halihazırda çifte vatandaş olmayan Begüm'ün potansiyel vatandaşlığı tüm yargılama sürecinin temelini oluşturmuş ve salt *de jure* vatansızlığın uluslararası hukukta yasaklandığı yorumuna gidilerek dava konusu olaydaki *de facto* vatansızlık hali dikkate alınmamıştır. Tüm bunların ötesinde vatansızlığın, bireylerin yalnızca hukuki statülerini değil aynı zamanda insan onurunu ve yaşamlarını derinden etkileyen sonuçlar doğurduğu iddiası ise dikkate alınmamıştır.

Shamima Begüm davası, devletlerin vatandaşlık politikalarını yeniden düşünmeleri gerektiğini ve bu politikaların daha kapsayıcı, şeffaf ve uluslararası insan hakları ilkeleriyle uyumlu olması gerektiğini göstermektedir. İnsan hakları ile güvenlik kaygıları arasında bir denge kurulması mümkün olsa da bu dengenin bireyin temel haklarını ihlal etmeyecek şekilde sağlanması, sürdürülebilir bir hukuk devleti için elzemdir. Begüm davası, yalnızca Birleşik Krallık için değil dünya genelindeki tüm devletler için önemli dersler barındırmaktadır.

KAYNAKÇA

Adjami Mirna, Harrington Julia, “The Scope and Content of Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights”, Refugee Survey Quarterly, Cilt 27, Sayı 3, 2008, s. 93–109.

Agamben Giorgio, Kutsal İnsan, Egemen, İktidar ve Çıplak Hayat, Çev. İsmail Türkmen, 4.Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2020.

Alibaba Arzu, Vatandaşlık Hakkı ve Vatandaşlığın Kazanılmasında ve Kaybında İnsan Hakları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

Arendt Hannah, The Origins of Totalitarianism, Harcourt, Brace, New York, 1951.

Batıgün Elif Selen, Roma Hukukunda Vatandaşlığın Kazanılması ve Kazanım Prensip ve Şartlarının Modern Kıta Avrupası Vatandaşlık Hukukuna Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.

Batır Kerem, Uluslararası Hukukta Vatandaşlık, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Bosniak Linda , “Citizenship Denationalized”, India Journal of Global Legal Studies, Cilt 7, 2000, s. 325-335.

Brubaker Rogers, Citizenship and Nationhood in France and Germany, Harvard University Press, 1992.

C Joppke . 1999. “How Immigration is Changing Citizenship: A Comparative View”, Ethnic and Racial Studies Cilt 22, Sayı 4, 629–652 s. 641.

Ercan Damla, “Schmitt’in ‘Olağanüstü Hali’ ile Agamben’in ‘İstisna Hali’: Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 2, 2021, s.1395-1415.

Fransman Laurse, Fransman’s British Nationality Law, Fourmat Publishing, Londra, 1989.

Güngör Gülin, Tabiyet Hukuku: Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler- Şeyler,

Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Güran Enes “Schmitt: Olağanüstü Halde Hukuk”, Felsefe Arkivi, Sayı 46, 2017/1, 21-40, s. 2.

Kadıoğlu Ayşe, “Vatandaşlık: Kavramın Farklı Anlamları,” Vatandaşlığın Dönüşümü: Üyelikten Haklara, Haz. Ayşe Kadıoğlu, Metis Yayınları, İstanbul, 2012.

Kapur Ratna, “The Citizen and the Migrant: Postcolonial Anxieties, Law, and the Politics of Exclusion/Inclusion”, Theoretical Inquiries in Law, Cilt 8, 2024, s. 530-557.

Macklin Audrey, “Citizenship Revocation, The Privilege to Have Rights and the Production of the Alien”, Queen’s Law Review, Cilt 40, Sayı 1, s. 1-54.

Macklin Audrey, “Who is the Citizen’s Other? Considering the Heft of Citizenship”, Theoretical Inquiries in Law, Cilt 8, 2007, s. 333-354.

Marshall T.H., Class, Citizenship and Social Development, University of Chicago Press, Chicago, 1977.

Matias Gonçalo, Citizenship As a Human Right: The Fundamental Right to a Specific Citizenship, Palgarve Macmillan, Londra, 2016.

Medved Felicita, “Interaction Between Nationality and Intergation”, 2nd European Conference On Nationality “Challenges To National and International Law on Nationality at the Beginning of the New Millennium”, 2001, s. 23-40.

Meier Christian, The Greek Discovery of Politics, Çev. David McLintock, Harvard University Press, 1990.

Mueller Dennis C., “Rights and Citizenship in a World of Global Terrorism”, European Journal of Political Economy, Cilt 20, Sayı 2, 2008, s. 335-358.

Nomer Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

Nuhoğlu Soysal Yasemin, Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe, University of Chicago Press, 1994.

Rubenstein Kim, “International Citizenship: The Future of Nationality in a Globalized World”, India Journal of Global Legal Studies, Cilt 7, 2000, s. 155-173.

Salvador Regilme, “A Human Rights Tragedy: Strategic Localization of US Foreign Policy in Colombia”, International Relations, Cilt 32, Sayı 3, 2018, s. 343–365.

Spectar J. M., “To Ban or Not to Ban an American Taliban? Revocation of Citizenship and Statelessness in a Statecentric System”, California Western Law Review, Cilt 39, Sayı 2, 2003, s. 263–302.

Mahkeme Kararları

Special Immigration Appeals Commission (SIAC), Begum v Secretary of State for the Home Department, 20.02.2020, (<https://siac.decisions.tribunals.gov.uk/Documents/outcomes/documents/Shamima%20Begum%20OPEN%20Judgment%20-%2007.02.2020.pdf>)

Court of Appeal, Begum v Special Immigration Appeals Commission and another, 16.07.2020, (<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/07/WP-Begum-Judgment-NCN.pdf>)

Court of Appeal, *R (Begum) v Special Immigration Appeals Commission*, 23.02.2024, (<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/02/Begum-v-SSHD-CA-2023-000900-2024-EWCA-Civ-152.pdf>)

The Supreme Court of the United Kingdom, *R (Begum) v Special Immigration Appeals Commission*, 26.02.2021, (https://supremecourt.uk/uploads/uksc_2020_0156_judgment_25dddf538f.pdf)

Birleşmiş Milletler Kararları

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi S/RES/2253 (2015) (<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n15/437/45/pdf/n1543745.pdf>)

Birleşmiş Milletler Göçmenler Yüksek Komiserliği, Interpreting the 1961 Statelessness Convention and Avoiding Statelessness Resulting from Loss and Deprivation of Nationality ('Tunis Conclusions'), 2014. (<https://www.refworld.org/docid/533a754b4.html>)

İnternet Kaynakları

Lucy Fisher, "Bethnal Green Trio Fled Britain With Help From Isis's Best Female Recruiter, The Times, 13.02.2019, (<https://www.thetimes.com/article/jihadi-bride-shamima-begum-bethnal-green-trio-fled-britain-with-help-from-isis-s-best-female-recruiter-vcvxzrvvj>)

Prabhat Devyani, "The Begum Case: Why Ministerial Discretion Includes Human Rights Issues", VerfBlog, 2023, (<https://verfassungsblog.de/the-begum-case-why-ministerial-discretion-precludes-human-rights-issues>)

Harvey Alison, "Burden of Proof in Statelessness Cases And the Meaning of 'by operation of its law'", 31.1.2020, (<https://www.statelessness.eu/updates/blog/burden-proof-statelessness-cases-and-meaning-operation-its-law>)

Harvey Alison, "Shamima Begum Supreme Court Judgment: What are the Implications for Statelessness Cases?", 2.3.2021, (<https://www.statelessness.eu/updates/blog/shamima-begum-supreme-court-judgment-what-are-implications-statelessness-cases>.)

Javid S, Home Secretary Speech on Keeping Our Country Safe. UK Government, Home

Office. (<https://www.gov.uk/government/speeches/home-secretary-speech-on-keeping-our-country-safe>)

<https://gasteavrupa.org/2024/01/25/fransa-anayasa-konseyi-yeni-gocmen->

Hakların Hakkı Olarak Vatandaşlığa Dair Güncel Bir Tartışma:
Shamima Begum Davası ve Vatandaşlık Hakkı

-yasadaki-maddelerin-yarisinin-anayasaya-aykiri-olduguna-bukmettil/

[https://www.yenivatan.com.au/haber/yuksek-mahkemeden-vatandaslik-iptaline-red-1555#google_vignette](https://www.yenivatan.com.au/haber/yuksek-mahkemedden-vatandaslik-iptaline-red-1555#google_vignette)



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI

Hukuk Yargılamasında Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması

Emel BADUR^{[1]*}

ÖZ

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun (KVKK) 28/1. maddesinde, beş bent halinde düzenlenen hallerde Kanun hükümlerinin anılan işleme faaliyetlerine uygulanmayacağı belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle sınırlı sayma ilkesine tabi olarak belirtilen istisnalardan birinin söz konusu olması durumunda, KVKK kapsamında bir işleme faaliyeti ve ilgili kişiye bu kapsamda sağlanan bir koruma bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu istisnalar Kanunun uygulanması açısından “*tam istisnalar*” olarak adlandırılabilir. Anılan maddenin ilk fıkrasının (d) bendinde, “*Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi*” halinin Kanun’un kapsamı dışında bırakıldığı görülür.

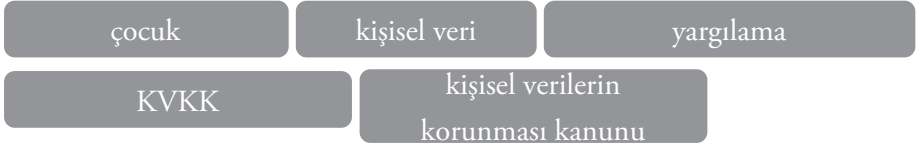
Aslında yargılama faaliyeti, gerek tarafların dava ve cevap dilekçeleri gerekse sundukları deliller nedeniyle hem davanın taraflarının hem de taraf olmayan (tanık, uzman veya bilirkişi vb.) kişilerin kişisel verilerinin işlenmesine neden olmaktadır. Bu istisnai hükümle, sadece yargı makamları (ve infaz mercileri) açısından ve yargılama işlemlerine ilişkin olarak işlenen kişisel veriler, genel veya özel nitelikli veri ayrımı yapılmaksızın, Kanun’un kapsamının dışına çıkarılmaktadır. Bu istisna gereğince, KVKK kapsamında bir işleme faaliyetinden söz edilemeyecek olsa bile mahkemeler, öncelikle davaya taraf olmayan kişiler, sonrasında da taraflar açısından

[1] * Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, badur@cankaya.edu.tr, Orcid Id: 0000-0002-5133-8541.

kişisel verilerinin korunmasında, özel yaşamın gizliliğine saygı gösterilmesi hakkına uygun davranmalıdırlar.

Özellikle ilgili kişinin çocuk olduğu durumlarda, bu çocuğun yargılama faaliyetinde taşıdığı sığata bakılmaksızın (davacı, davalı, sanık, mağdur, tanık vb.) kişisel verileriyle ilgili gerekli korumanın sağlanması Anayasal bir gereklilik olarak değeriendirilmelidir. Bu kadar geniş kapsamda bir işleme faaliyetinin tamamen Kanunun kapsamı dışına çıkarılmasının, amacı aşan bir düzenleme olduğu düşünölmektedir. Sadece yargılamanın taraflarının değeri; yargılama faaliyetinin bütün aktörlerinin söz konusu kapsama dahil edilmesi yerinde değeri. Ayrıca bu kapsamdaki işlemlerin tamamen Kanunun kapsamı dışına çıkarılması yerine; yapılacak bir yasal düzenlemeye en azından kısmi istisnalar kısmına taşınması, kısa vadede bir çözüm oluşturabilecek niteliktedir.

Anahtar Kelimeler:



Protection Of Personal Data Of The Child In Civil Proceedings

ABSTRACT

Article 28/1 of the Law on the Protection of Personal Data (LPPD) states that the provisions of this Law shall not apply to the aforementioned processing activities in cases regulated in five clauses. In other words, subject to the principle of limited counting, in the event of one of the specified exceptions, there is no processing activity within the scope of the LPPD and no protection provided to the data subject within this scope. Therefore, these exceptions can be called “*full exceptions*” in terms of the application of the Law. In subparagraph (d) of the first paragraph of the aforementioned article, it is seen that “*Processing of personal data by judicial authorities or enforcement authorities in relation to investigation, prosecution, trial or execution procedures*” is excluded from the scope of the Law.

In fact, the judicial activity leads to the processing of personal data of both parties and non-parties (such as witnesses or experts, etc.) due to the petitions of the parties and the evidence they submit. With this exceptional provision, personal data processed only for judicial authorities (and enforcement authorities) and in relation to judicial proceedings are excluded from the scope of the Law, without any distinction between general and special categories of data. Pursuant to this exception, the courts should act in accordance with the right to respect for the privacy of private life in the protection of personal data, firstly for the persons who are not parties to the case, and then for the parties, even if there is no processing activity within the scope of the LPPD.

Especially in cases where the person concerned is a child, it should be considered as a constitutional requirement to provide the necessary protection for the personal data of this child, regardless of his/her title in the judicial activity (plaintiff, defendant, victim, witness, etc.). It is considered that excluding such a wide range of processing activities completely from the scope of the Law is a regulation that exceeds its purpose. It is not appropriate to include not only the parties to the proceedings, but all actors

of the proceedings within the scope of the Law. In addition, instead of completely excluding the transactions within this scope from the scope of the Law, moving them to at least partial exceptions with a legal regulation to be made may constitute a solution in the short term.

Keywords:

children

personal data

prosecution

LPPD

law of the protection of
personal data

GİRİŞ

Sözlerime başlarken öncelikle Hukuk Kurultayı'nın düzenlenmesinde emeği geçen tüm meslektaşlarıma içtenlikle teşekkür etmek isterim. Ankara Barosu tarafından bu sene XIII'üncüsü düzenlenen Hukuk Kurultaylarını sadece hukuk camiası açısından değil; kişisel akademik kariyerim açısından da çok önemsedığımı belirtmeliyim. Bu konuşma için hazırlık sürecini yürüttüğüm sırada Hukuk Kurultayına ilk kez 2002 yılında henüz doktorasını bitirmemiş genç bir akademisyen olarak katıldığımı teyit ettim. Aradan geçen yıllarda çeşitli vesileler ile başka Hukuk Kurultaylarına da katılmış biri olarak, burada bulunmaktan son derece mutlu olduğumu ifade etmek isterim.

Kişiyi, kişisel verilerinin korunmasına dair sağlanan hak, kişisel verilerin başkaları tarafından bilinir hale gelmesi ve hatta bu kişilerin kontrolüne geçmesiyle, verilere sahip olan kişinin, verileri üzerindeki kaybolan hakimiyetini yeniden sağlamaya yönelik bir hak olarak değerlendirilebilir. Başka bir ifadeyle kişisel verilerin korunması, kişileri haklarındaki verilerin hukuka uygun olmayan şekillerde işlenmesinden kaynaklanan hak ihlallerinden ve zararlardan koruma amacına yönelmiş, temel ve evrensel ilkelere somutlaşmış yasal, idari ve teknik önlemleri ifade eder.

Hukuk sistemleri, kişisel verilerin korunmasının hayata geçirilmesi kapsamında kişilerin, kendi verilerinin geleceğini bizzat kendilerinin belirlemelerini bir hak olarak kabul etmiştir. Kişisel verilerin korunması, sadece verilerin değil; bu verilerin ilişkili olduğu kişilerin korunmasını da sağlamaktadır. Bu korumanın insan onuru başta olmak üzere pek çok temel hakkın ve kişilik hakkının da bir gereği olduğunun kabulü; kişisel verilerin korunmasının, insan haklarıyla olan ilgisini gösterir. Bir başka ifadeyle kişisel verilerin korunmasını hedefleyen hukuk sistemleri, aslında bizzatı ve soyut bir kavram olarak bilginin değil; bilginin ilişkili olduğu kişinin korunmasını amaçlamaktadırlar.

Çocuklar, kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin riskler, işlemenin sonuçları, bu konuda kendilerine tanınan güvenceler ve haklar konusunda, yetişkinlere kıyasla daha az farkındalığa sahip olabileceklerinden, kişisel

verileriyle ilgili özel korumayı hak ederler. Çocuğun genel ve özel nitelikli ayrımı yapılmaksızın bütün kişisel verilerinin işlenmesinde çocuğun insan haklarına, anayasal korumaya, kişilik hakkına ve veri işlemeye hakim olan genel ilkelere uygun davranılması konusunda en yüksek derecede özen gösterilmesi gerekli olmakla birlikte; bazı kişisel veriler açısından hukuka uygun olmayan işlemlerin sonuçlarının daha da ağır olabileceğini öngörmek çok zor olmayacaktır.

I. KİŞİSEL VERİ VE İŞLEME KAVRAMLARI

Türk Hukuku açısından kişisel veri kavramını doğrudan ilgilendiren ilk düzenleme adımı, 108 sayılı Sözleşme'nin imzalanması ile atılmıştır. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 108 sayılı “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunması Sözleşmesi*”, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 28.01.1981 tarihinde imzalanmış ve onay süreci 6669 sayılı Kanun'un 30.01.2016 tarihinde kabul edilmesi ile tamamlanmıştır.^[2] Türkiye Cumhuriyeti, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile “*Özel hayatın gizliliği*” kenar başlıklı 20. maddeye eklenen üçüncü fıkra sayesinde kişisel verilerin korunmasını talep hakkını anayasal güvenceye kavuşturmuştur. Kişisel verilere ilişkin bir diğer önemli gelişme, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) 07.04.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesidir. Ancak KVKK'nın yürürlüğe girmesinden önce de hukuk sistemimizde kişisel verilerin korunmasına dair bazı düzenlemeler yapılmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 135-140. maddeleri arasında kişisel verilerin kaydedilmesi, hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi ve belirlenen sürede yok edilmemesine ilişkin suç tipleri düzenlenmiştir.

A. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) “*Tanımlar*” kenar başlıklı 3/1/d maddesinde kişisel veri kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi kapsayacak genişlikte tanımlanmıştır.

[2] 17.03.2016 tarih ve 29656 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanun'un Gerekçesinde^[3] kişisel veri kavramı, “Bu bağlamda sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilmek özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir.” ifadesiyle açıklığa kavuşturulmuştur.

Kişisel verilere ilişkin ve mevzuatımız açısından bağlayıcı bir diğer tanımlama, 108 sayılı Sözleşme'nin 2/a maddesinde KVKK ile uyumlu olarak, “Kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi (ilgili kişi) hakkındaki tüm bilgiyi” ifade edecek şekilde yapılmıştır. Yapılan açıklamalardan da açıkça anlaşılabacağı üzere, Türk Hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde, kişisel verilerin sınırlı sayıda olacak şekilde belirlenerek düzenlenmesi veya örnek olarak sayılması yolları tercih olunmamıştır.^[4]

Bunun nedeni, kişisel verilerin niteliğinin, sayısının ve değişkenliğinin

[3] <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf> (E. T. 28.04.2024)

[4] Ancak KVKK'nın 6/1. maddesinde özel nitelikli kişisel verilerin “kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri” olarak sınırlı şekilde sayılması yapılırken, Türk Hukuku açısından da yasa koyucu aracılığıyla bazı verilerin kişisel (özel nitelikli) veri olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.

saymayla belirlenmeye uygun olmamasıdır. Benzer bir tercih, kişilik değerlerinin de özel olarak sayılmamasının nedenini oluşturur. Bu sayede gerek kişilik değerlerinin gerekse kişisel verilerin yaşamın dinamik yapısına uygun olarak belirlenebilmesi mümkün kılınır. Özellikle bilişim teknolojilerinde yaşanan gelişmelerin, her an korunması gereken yeni kişisel verilerin ortaya çıkmasına sebep olması, şaşırtıcı olmayacaktır.

Kişinin toplumdaki diğer fertlerden ayrılmasını sağlayan her türlü bilgi, yapılan kişisel veri tanımının kapsamı içerisine dahil edilmiştir. Kişinin bir dönem yürüttüğü bir görev, bilimsel veya sanatsal bir eserine yapılan göndermeler, kazandığı (veya henüz kazanmamış olmakla birlikte beklediği) gelir, ödediği vergi, borç ve/veya alacakları, sahip olduğu ödül ya da aldığı derece de kişiye ulaşmada kullanılabilecek ve gerçek kişiyi belirlenebilir kılmakta zorlanmayı gerektirmeyecek veriler arasındadır.^[5]

Yasa koyucu kişisel veri teriminin tanımını yaparken yasama tercihi- ni kapsayıcı olmaktan yana kullanmış ve bu amaçla sadece belirli değil; belirlenebilir kişilere ilişkin verileri de kapsama dahil etme yolunu tercih etmiştir. Belirli veya belirlenebilir kişilere ait verilerin, kişisel veri olarak nitelenebilmeleri için, gizli, doğru veya güncel olmaları da şart değildir. Bu bilgiler kan grubu, parmak izi, kimlik numarası gibi nesnel nitelikli olabileceği gibi; kişinin güvenilir veya borcuna sadık olup olmadığı, itaatkarlığı ya da isyankarlığı, işe yatkınlığı ve çalışma hevesi gibi öznel bilgiler de olabilir.^[6]

[5] **HİZARCI, Emine:** 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun AB Veri Koruma Hukuku Işığında Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 26; **KELLEHER, Denis/ MURRAY, Karen:** EU Data Protection Law, Bloomsbury, London 2019, s. 82, 83.

[6] **AKSOY, Hüseyin Can:** Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2016, s. 14; **AŞIKOĞLU, Şehriban İpek:** Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 9; **TAŞTAN, Furkan Güven:** Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, B. 2, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 38; **ÖZKAN, Oğulcan:** Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 10.

Bir bilginin kişisel veri olarak nitelenmesi için, belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilebilmesi yeterlidir. Bu bilginin elde edilme, üretilme, kaydedilme, saklanma ve aktarılma biçimleri, kişisel veri olarak kabul edilmesi^[7] açısından önem taşımaz. Başka bir ifadeyle kişisel verinin yazılı olması, dijital ortamda saklanması, fotoğraf, resim, ses veya hareketli görüntüye ilişkin olması, o verinin kişisel veri niteliğini etkilemeyecektir.^[8] Örneğin evde bakılan bir çocuğun dadı kamerasından veya kreş ortamındaki çocukların kreş kamerasından izlenmesi sırasında, bu çocukların ses ve görüntülerine ilişkin kişisel verileri işlenmektedir. Bir görüntünün kişisel veri olarak nitelendirilmesi için, ilgili gerçek kişinin görüntüsü olması da şart değildir. Çocuğun çizdiği resim de onun kişisel verisi olarak nitelenebilir.

Kişisel veriler kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşımasının yanı sıra kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler, dolaylı da olsa, kişiyi belirlenebilir kılabilmek özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir.

B. KİŞİSEL VERİLERİN TÜRLERİ

KVKK'nın düzenlenme sistematigi ilk bakışta, kişisel verilerin açık bir şekilde türlere ayrılmadığı izlenimini uyandırabilir. Buna karşılık Kanunun kapsamındaki kişisel verilerin kendi içerisinde genel ve özel nitelikli kişisel veriler olmak üzere bir ayrıma tabi tutulmuş ve her veri grubunda yer alan

[7] Bir bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi, bu verinin KVKK kapsamında korumaya sahip olduğu anlamına gelmez. Zira KVKK'nın 28. maddesinde Kanunun uygulanmayacağı bazı istisnalara yer verildiği gibi; ancak Kanunun işleme tanımı içinde kalan faaliyetlere tabi tutulan kişisel verilere koruma sağlanmıştır.

[8] Aksoy, s. 15.

verilerin işlenmesine ilişkin hukuka uygunluk sebeplerinin ayrı ayrı belirlenmiş olduğunun söylenmesi mümkündür.

Kanunun 6. maddesinde yasa koyucu tarafından sadece özel nitelikli kişisel verilerden söz edilmiş olmakla birlikte; bunların dışında kalanlar açısından ismen bir belirleme yapılması tercih olunmamıştır. Ancak kişisel veri türleri arasında bir karışıklığa yer vermemek adına, özel nitelikli kişisel veriler dışında kalan verilerin, genel nitelikli kişisel veri olarak isimlendirileceğini belirtmek gerekir.

Özel nitelikli kişisel verilerin aksine, genel nitelikli kişisel veri belirlemesi yasa koyucu tarafından yapılmamıştır. Başka bir ifadeyle Kanun'da genel nitelikli (veya adi) kişisel veri ifadesine yer verilmemiştir. Bununla birlikte özel nitelikli kişisel verilerin dışında kalan ve en genel tabirle özel nitelikli kişisel veri kategorisine dahil edilmeyen her tür kişisel veriyi ifade etmek için genel nitelikli kişisel veri teriminin kullanılması tercih olunmuştur.

Özel nitelikli veriler sınırlı sayma usulüyle belirlenirken (numerus clausus) genel nitelikli kişisel verilerde sınırlı sayı ilkesi geçerli değildir. Bu kapsamda, teknolojinin gelişmesi sonucunda kişiyi belirlenebilir kılan veya ilgili kişiye ilişkin olan tüm yeni verilerin; aksine bir düzenleme yapıp özel nitelikli olarak kabul edilmediği sürece bu kapsamda olacağının söylenmesi mümkündür.

Örneğin kişinin adı, soyadı, medeni hali, kimlik numarası, nüfusa kayıtlı olduğu yer, doğum yeri ve tarihi gibi kimlik bilgilerinin yanı sıra, bedenindeki yara izi, ben, dövme gibi belirleyici işaretler, kişisel görüntüsü, fotoğrafı, telefon numarası, banka hesap/IBAN/kredi kartı numaraları ve şifreleri, emeklilik, kurum sicil, sosyal sigorta numaraları, internet protokolü (IP) adresi, ev ve elektronik posta adresi, sosyal medya hesap bilgileri, bunlara ilişkin şifreler, güvenlik kodları, genel nitelikli kişisel verilerdendir.

Özel nitelikli kişisel veriler Kanunun 6/1. maddesinde sınırlı sayıda olmak üzere *“Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendi-*

ka üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.” ifadesiyle sayılmışlardır.^[9] 108 sayılı Sözleşme’nin 6. maddesinde de ırksal kökene, siyasi görüşlere, dini veya diğer inançlara, sağlığa, cinsel yaşama ve mahkumiyetlere ilişkin veriler, özel nitelikli veri olarak kabul edilmiştir.

Hukuk yargılamasına ilişkin bir faaliyetin yürütülmesi nedeniyle çocuğun isim, ikametgah, banka hesap numarası ve ekonomik durumu gibi genel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesinin yanı sıra özel nitelikli kişisel verilerinin de işlenmesi mümkündür. Özellikle soybağına ilişkin davalarda çocuğun hem kan grubu gibi sağlık verileri hem de genetik verileri işlenmektedir.

C. İŞLEME KAVRAMI

Yasa koyucu, KVKK kapsamında, kişisel verilerle ilgili her türlü fiili değil; sadece işleme faaliyeti kapsamında kalan fiilleri koruma kapsamına dahil etmiştir. Bu durum KVKK’nın kapsama dair 2. maddesinde “... tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen ...” ifadesiyle de açıklığa kavuşturulmuştur. Demek ki herhangi bir şekilde otomatiklik barındırmayan bir işleme, bir veri kayıt sisteminin de parçası değilse, KVKK kapsamında korunmayacaktır.

[9] Özel nitelikli kişisel verilerin tanımları hakkında bkz. **BULUT, Metin:** “Özel Bir Hukuksal Koruma ve Veri Kategorisi Alanı: Hassas Kişisel Veriler”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Ankara 2020, s. 111; **ÖZER DENİZ, Miray:** **Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bundan Doğan Sorumluluk, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022**, s. 38 vd. Maddede benimsenen sınırlı saymaya kişilerin finansal (mali) verileriyle konum (yer) verilerinin dahil edilmemiş olması eleştirilmektedir. s. 134; Aksoy, s. 32; **BAŞAR, Cemal:** **Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020**, s. 97. Konum verileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNOĞLU, Dilara:** **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Açısından Mobil Uygulamalarda Konum Gizliliği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021**, s. 12 vd.; Guide to the Case-Law of the of the European Court of Human Rights, s. 16 vd. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Data_protection_ENG.pdf, (E. T. 02.02.2023).

Kişisel verilerin işlenmesi kavramı da en az kişisel veri teriminin kapsamı kadar geniş bir alanı kapsamaktadır. Kanun'un 3/e maddesinde kişisel verilerin işlenmesi, *"Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi"* kapsayacak genişlikte kullanılmıştır.

Yasa koyucu tarafından işleme faaliyetinin kapsamına ilişkin bazı fiiller sayıldıktan sonra kullanılan *"gibi"* bağlacından anlaşılabacağı üzere, bu sayma sınırlı sayıda olmayıp; verilerin işlenmesi sırasında yapılabilecek işlemlerin örneklendirilmesi amacını taşımaktadır. Buna göre kişisel verilerin işlenmesi, verilerin ilk defa elde edilmesinden başlayarak, veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi ifade etmektedir.^[10]

Ancak işleme faaliyeti açısından üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus, işlemeye ilişkin fiillerin *"tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla"* yapılması gerekliliğidir. Yasa koyucu, otomatik işleme kavramını tanımlama yolunu tercih etmemiştir. Türk Hukuku açısından otomatik işlemeden ne anlaşılması gerektiği 108 sayılı Sözleşme hükümlerince açıklığa kavuşturulmuştur. Sözleşme'nin 2/c maddesine göre oto-

[10] Öğretide de kişisel verilerin işlenmesinin, bu verilerin elde edilmesi, saklanması, sınıflandırılması, aktarılması ve imha edilmesi gibi süreçler içerisinde veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi kapsayacak şekilde tanımlandığı ifade edilebilir. Kelleher/ Murray, s. 95; **MACMILLAN, Mac (Edt. USTARAN, Eduardo):** *"Data Protection Concepts"*, European Data Protection Law and Practice, B. 3, IAPP Publication, 2023, s. 103; Welfare/ Carey, s. 15; **KUNER, Christopher:** European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation, Oxford University Press, B. 2, Oxford 2007, s. 75; ÇEKİN, Mesut Serdar: *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, B. 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 46; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 135.

matik işleme kavramından, tamamen veya kısmen otomatik yöntemlerce gerçekleştirilen; verilerin kaydı ve bu verilere mantıksal ve/veya aritmetik işlemlerin uygulanması, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, geri elde edilmesi veya dağıtılması anlaşılmalıdır.

II. YARGILAMA FAALİYETİNE İLİŞKİN YASAL İSTİSNA

KVKK'nın “İstisnalar” kenar başlıklı 28. maddesinde, iki fıkra halinde Kanun hükümlerinin tamamının veya bir kısmının uygulanmayacağı bazı durum ve koşullar belirlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında beş bent halinde sayılan hallerde Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Başka bir ifadeyle sayılan istisnalardan birinin söz konusu olması halinde, KVKK kapsamında bir işleme faaliyeti ve ilgili kişiye bu kapsamda sağlanan bir koruma bulunmamaktadır.^[11] Bu nedenle söz konusu istisnalar Kanunun uygulanması açısından “*tam istisnalar*” olarak adlandırılabilir. KVKK'nın 28/1. maddesinde, beş bent halinde düzenlenen hallerde bu Kanun hükümlerinin anılan işleme faaliyetlerine uygulanmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu sayma sınırlı sayılı olup, istisna hükümlerinin dar yorumlanması kuralına tabi olacaklardır. Bu hallerin kıyasen genişletilmeleri de mümkün değildir.

A. KAPSAMI

KVKK'nın 28/1/d maddesinde, “*Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi*” halinin Kanun'un kapsamı dışında bırakıldığı görülür. Aslında yargılama faaliyeti, gerek tarafların dava ve cevap dilekçeleri gerekse sundukları deliller nedeniyle hem davanın taraflarının hem de taraf olmayan (tanık, uzman veya bilirkişi vb.) kişilerin kişisel verilerinin işlenmesine neden olmaktadır.^[12] Bu istisnai hükümle, sadece yargı

[11] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **UZUNÖZ, Ali**: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun İstisnaları (KVKK m. 28), Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 51 vd.

[12] Konu hakkında bkz. **ÜÇÜNCÜ, Hilal**: Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 20 vd.; **MUTLU, Muhammet Sefa**: Kişisel Verilerin Soruşturma Evresinde İşlenmesi

makamları (ve infaz mercileri) açısından ve yargılama işlemlerine ilişkin olarak işlenen kişisel veriler, genel veya özel nitelikli veri ayrımı yapılmaksızın, Kanun'un kapsamının dışına çıkarılmaktadır.^[13]

KVKK'da düzenlenen tam istisna hallerinden birinin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ayrılmasının, yargılama hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan aleniyet ilkesinden bağımsız değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu ilkenin temel dayanağını Anayasa'nın *"Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması"* kenar başlığını taşıyan 141. maddesinde kullanılan *"Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir."* düzenlemesi oluşturmaktadır. Ancak maddenin ikinci fıkrasında *"Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur."* ifadesi kullanılmak suretiyle çocukların korunması gerekliliğine de işaret edilmiştir.

Usul hukukunun temel ilkelerinden biri olan aleniyet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) *"Aleniyet ilkesi"* kenar başlıklı 28. maddesinde *"Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir."* ifadesiyle açıklığa kavuştu-

ve İnsan Hakları Kapsamında Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 145 vd.; **DÜLGER, Murat Volkan/ ÖZKAN, Onur:** *"Kolluk Teşkilatında ve Ceza Yargılamalarında Kişisel Verilerin Korunması: 'Unutulan' Direktifin Kapsamı"*, Ceza Hukuku Dergisi, C. 15, S. 42, İstanbul 2020, s. 85-149.

- [13] Söz konusu düzenleme, özel nitelikli kişisel verilerin ve bu kategori içinde de kişisel sağlık verilerinin, genetik ve biyometrik verilerin (hatta cinsel hayata verilerin) korunmasının önemi göz önünde bulundurulduğunda eleştiriye açık niteliktedir. Atalay konuya ceza muhakemesi açısından yaklaşıırken *"Özellikle ceza muhakemesi hukuku işlemleri, süjelerinin kişisel verilerinin korunması konusunda herhangi bir ihlâl yaratılmamasına en çok dikkat edilmesini gerektiren hukuk dalını oluşturmaktadır. Çünkü özel yaşamın gizliliği hakkına müdahalenin en fazla olduğu ve en çok kişisel verinin toplandığı hukuk dalı, ceza muhakemesi hukuku olmaktadır."* ifadesini kullanmaktadır. **ATALAY, Ayşe Özge:** *"Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi"*, Journal of Penal Law and Criminology, C. 7, S. 2, İstanbul 2019, s. 130.

rulmuştur. Ancak yasa koyucu HMK’da bir yandan yargılamanın aleniliği ilkesini benimserken; diğer yandan da “*Kayıt ve yayın yasağı*” kenar başlıklı 153/1. maddesinde^[14] “*Duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Ancak, dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde, mahkemece çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir. Bu şekilde yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamaz.*” ifadesiyle aslında kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir koruma da sağlamayı hedeflemektedir.^[15]

Konuya ilişkin olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus, fiziki ortamda gerçekleşen bir duruşma esnasında geçerli olan kayıt ve yayın yasağına ilişkin kurallar, istisnalar ve yaptırımların elektronik ortamda gerçekleştirilen yargılama faaliyetleri açısından da geçerli olmasıdır. Zira Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi’ Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik’in^[16] 14/1-2. maddesi gereğince e-duruşma ile mahkeme huzurunda fiziken yapılan duruşma arasında, duruşmanın düzeni, usulü, esasları ve sonuçları bakımından bir farklılık yoktur.^[17]

Anılan HMK (ve Yönetmelik) düzenlemeleri yasa koyucunun yargıla-

[14] Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **ARSLAN, Aziz Serkan**: “*Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Hukuk Mahkemelerinde Duruşmanın Kayıt ve Yayın Yasağı*”, Medeni Hukuk Dergisi, C. 1, S. 1 Kırıkale 2024, s. 123-136; **ARTANTAŞ, Günce**: “*Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması*”, AÜHFD, C. 71, S. 1, Ankara 2022, s. 413-436; **ULUSAN, Banu**: “*Medeni Yargılama Hukukunda Tanığın E-Duruşma ile Dinlenilmesi ve Kişisel Verilerin Korunması: Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme*”, TBBT, S. 163, Ankara 2022, s. 155-189.

[15] Anılan maddenin ikinci fıkrasında duruşma sırasında bu yasağa aykırı davranan kişiler hakkında HMK’nın duruşma düzenine ilişkin 151. maddesinin; üçüncü fıkrasında ise kayıt ve yayın yasağına aykırı davranan kişiler hakkında, ayrıca Türk Ceza Kanununun 286. maddesinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

[16] 30.06.2021 tarih ve 31527 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

[17] Arslan, s. 129.

manın aleniliğinin sağlanması amacına, kişisel verilerin korunmasının feda edilemeyeceğine dair bir bakış açısına sahip olduğunu göstermesi açısından önemlidir. Zira bu durum, Anayasa'nın “Özel hayatın gizliliği” başlığı altında düzenlenen 20/1. maddesiyle korunan özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine ve aynı maddenin üçüncü ve son fıkrasında kabul edilen kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel hakların da bir yansımasıdır.

Yargılama faaliyeti sırasında kişisel verilerin korunması gerekliliğinin göz ardı edilemeyeceğine dair benzer bir yaklaşımın Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) da benimsendiği görülmektedir. CMK'nın 209/2. maddesinde yer verilen “*Sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda anlatılmasına mahkemece karar verilebilir.*” hükmü, ceza yargılamasında sanık ve mağdurun kişisel verilerinin korunmasının sağlanması amacına hizmet eder niteliktedir. Yine CMK'nın “Zorunlu kapalılık” kenar başlıklı 185. maddesinde “*Sanık, onsekiz yaşını doldurmamış ise duruşma kapalı yapılır; hüküm de kapalı duruşmada açıklanır.*” ifadesiyle çocuğun ceza yargılamasının süjesi olması durumunda, aleniyet ilkesinden feragat edilerek, gizlilik kuralı benimsenmiştir.

B. KONUYA İLİŞKİN YARGI KARARLARI

Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili bir kararında^[18], göğüsleriyle ilgili geçirdiği cerrahi operasyonda hatalı tıbbi uygulama olduğu iddiasıyla hekime tazminat davası açan başvuruçunun, gizlilik talebinin gerekçe gösterilmeksizin reddedilmesi; hastanın dosyaya delil olarak sunduğu göğüs

[18] “Gizlilik talebi reddedilmiştir. Ancak bu kararda hiçbir gerekçe bulunmamakta olup hangi somut nedenlere bağlı olarak gizlilik kararı verilmediği açıklanmamıştır. Bir başka ifadeyle delil mahiyetinde dosyaya sunulan ve kişisel veri oluşturan bir fotoğraf hakkında gizlilik kararı verilmesinin ‘aleniyet ilkesi’ni neden ihlal edeceğinin gerekçesi ortaya konmamıştır. Bu bağlamda söz konusu kararların konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir.” AYM, K. 2014/14189, T. 25.10.2017. Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **ÇİFTÇİ, Pınar:** “Özel Hayatın Korunması Menfaati Kapsamında Medenî Yargılamada Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, DEÜHFD, C. 20, S. 2, İzmir 2018, s. 159-189.

bölgesi fotoğraflarının mahrem nitelik taşıması nedeniyle, bu fotoğraflara yönelik gizlilik kararının ilk derece mahkemesi tarafından verilmemesi, Anayasa'nın özel hayatın korunmasına ilişkin 20. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.^[19]

Konuya ilişkin bir diğer yargı kararında^[20], icra dosyasının tarafı olmayan üçüncü kişiye ait tapu kaydının ve satış sözleşmelerinin icra müdürlüğünce celbinin istenemeyeceğine hükmedilirken, bu kayıtların (kişisel verilerin) davaya taraf olmayan üçüncü kişilere ait olduğunun altı çizilmiştir. Mahkeme, KVKK'nın 28/1/d maddesinde düzenlenen hükmün, sadece yargılamanın tarafları açısından geçerli olabileceğini şu şekilde ifade etmektedir: *“Yasanın 28/1/d maddesinde yargısal organlara tanınan istisna, ancak uyumsuzluğun tarafları açısından geçerli olabilir.”* Yine kararın devamında *“Anayasa'nın 20/3. maddesine göre aynı zamanda temel haklardan olan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, 6698 Sayılı Yasanın 28/1-d maddesinin geniş yorumlanması ile daraltılamaz. Alacaklının hukuki menfaati, 3. şahısların Anayasa ile korunan özel hayatın gizliliğine ilişkin temel*

[19] Anayasa Mahkemesinin benzer bir kararı da başvurucunun bireysel başvurusu sonrasında verilen ve yine HIV taşıyıcısı kişinin gizlilik talebinin iş mahkemesi tarafından reddedilmesine ilişkin davada verilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararda şu ifadeleri kullanmıştır: *“HIV enfeksiyonu rahatsızlığı olan kişilerin uzun zamandır ön yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğu, söz konusu dışlanma, damgalanma ve ön yargıların özellikle iş hayatında mevcut olması durumunda kişiler üzerindeki etkilerinin çok daha yıkıcı olabileceği dikkate alındığında başvurucunun gizlilik talebi, özel hayata saygı hakkına ilişkin makul ve savunulabilir niteliktedir. İş Mahkemesince dava dilekçesinin mahiyeti gereği gizlilik talebinin reddedildiği belirtilmekle birlikte söz konusu ifade muğlak olup hangi somut nedenlere bağlı olarak gizlilik kararı verilmediğini açıklamaktan uzaktır. Kararın temyizi aşamasında aynı iddialar ileri sürülmüş olmasına rağmen temyiz hakkında verilen kararda da bu hususlara ilişkin bir gerekçeye yer verilmediği anlaşılmıştır. Bu bağlamda söz konusu kararların konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir. Açıklanan nedenlerle başvurucunun, Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkının unsurlarından olan kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.”* AYM, K. 2014/19081, T. 01.02.2017.

[20] İstanbul BAM, 23. HD, E. 2017/596, K. 2017/527, T. 31.03.2017.

hakkından üstün tutulması mümkün değildir.” ifadesi kullanılmıştır.^[21]

Özellikle ilgili kişinin çocuk olduğu durumlarda, bu çocuğun yargılama faaliyetinde taşıdığı sığa bakılmaksızın (davacı, davalı, sanık, mağdur, tanık vb.) kişisel verileriyle ilgili gerekli korumanın sağlanması Anayasal bir gereklilik olarak değerdendirilmelidir. Kurul tarafından hazırlanan “*Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması*” adlı yayında^[22] kişisel veri örneğı olarak “*bir velayet davasında ailesine ilişkin çocuğa yaptırılan çizim*” verilmiştir. Açıklama olarak da çocuğun ailesine karşı duygularını gösteren bu resmin, bu açıdan çocuk için; söz konusu çizim aracılığıyla anne ve babanın aile içindeki davranışlarının da anlaşılması nedeniyle de aynı zamanda anne ve baba için de kişisel verisi sayılacağı belirtilmiştir.^[23]

Aslında bu örnek bile getirilen yasal istisnanın kapsamının genişliğinin görülebilmesi açısından yeterlidir. Zira yasa koyucu tarafından kullanılan “*Kişisel verilerin ... yargılama ... işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları ...*

[21] İzmir BAM tarafından da yukarıda anılan karara benzer bir yaklaşımla hüküm kurulmuştur. “*Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez. Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenebilmesi ise bu kuralın istisnasıdır. Olayda nüfus kaydına ulaşması ve kaydetmesi istenen kurum icra müdürlüğü olup bu kurumun belirtilen istisnalar arasında sayılan kurumlardan olmadığı açıktır. Yapılacak bir fayda-zarar kıyaslamasında kişisel verilere kolaylıkla ulaşılmasının yaratması muhtemel olan zararlarının sağlaması muhtemel olan yararlarına göre daha fazla ve daha mühim olduğu anlaşılmaktadır. Bu açıklamalar çerçevesinde davacı tarafın icra müdürlüğüne yaptığı borçlunun anne babasını gösterir aile nüfus kaydının sorgulanarak, muris tespit edilmesi halinde, adına kayıtlı taşınmaz bulunup bulunmadığının sorgulanmasına ilişkin talebi yerinde olmayıp, bu talebin reddine ilişkin müdürlük kararı doğrudur.*” İzmir BAM, 12. HD, E. 2016/59, K. 2016/68, T. 13.10.2016.

[22] <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcc0e667.PDF>, s. 2. (E. T. 06.02.2024)

[23] Aynı örnek Article 29 Çalışma Grubu tarafından hazırlanan bir rapor çerçevesinde de kişisel veri örneğı olarak verilmiştir. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 On The Concept Of Personal Data, s. 8. https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf (E. T. 28.04.2024)

tarafından işlenmesi” ifadesi gereğince, örnekteki çocuk tarafından çizilen resim, çocuk için de anne ve babası için de kişisel veri değildir. Zira velayetin belirlenmesine ilişkin bir davada yargı makamı tarafından yapılan işlemler KVKK’nın kapsamında değildir.^[24]

Çocuğun kişisel verilerinin yargı makamları tarafından işlenmesine ilişkin ihlaller açısından en belirleyici AİHM kararları^[25], T. ve V.’nin başvurusu üzerine Birleşik Krallık aleyhine verilmiştir. T. ve V., uyuşmazlığın AİHM’nin önüne gelmesi sürecinde, Birleşik Krallık Mahkemeleri tarafından -10 yaşındalarken- iki yaşında bir çocuğun dövülerek öldürülmesi suçundan mahkum edilmişlerdir. AİHM’e yaptıkları başvurunun temel dayanaklarından bir kısmı, haklarında yapılan açık yargılama sırasında ve mahkumiyetleri sonrasında isimlerinin gizlenmemiş olması ve adlarını içeren haberlerin medyada yer almasıdır.

Başvurucular AİHS’nin özel hayata saygı hakkının düzenlendiği 8. maddesinin değil; işkence yasağına dair 3. ve adil yargılanma hakkını koruyan 6. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmektedirler. Mahkeme, Sözleşme’nin 6. maddesinin ihlal edildiği yönünde hüküm kurarken, basının ve halkın böylesine ilgi gösterdiği yargılamalar yapılırken çocukların kimliklerinin gizlenmemesinin, çocukların korkmaları ve çekinmeleri sonucunu doğuracağını, sadece bunun bile adil yargılanma hakkıyla bağdaşmayacağını belirtmiştir.

Soybağının belirlenmesine ilişkin davalarda da çocuğun genetik verile-

[24] Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun 18.02.2020 tarihli ve 2020/138 sayılı kararında, ilgili kişinin özlük dosyasında yer alan sağlık raporunun veri sorumlusu tarafından dava savunmasında kullanılmak üzere mahkemeye sunulması hakkında yaptığı başvuruya ilişkin olarak, anılan durumun Kanunun 28/1/d maddesi kapsamında olması gerekçesiyle, Kurul tarafından tesis edilecek bir işlem bulunmadığına karar vermiştir. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6887/2020-138> (E. T. 28.04.2024). Aynı yönde bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun 27/01/2020 tarihli ve 2020/59 sayılı Kararı <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6869/2020-59> (E. T. 28.04.2024).

[25] T. v. Birleşik Krallık, K. 24724/94, T. 16.12.1999; V. v. Birleşik Krallık, K. 24888/94, T. 16.12.1999.

siyle korunan hakların ihlaline neden olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, ilgili kişinin akıl sağlığına ilişkin olan özel nitelikli kişisel sağlık verilerinin hakim tarafından taraflara ve kamuya açık bir duruşmada okunmasının, kişinin özel hayatına ilişkin detayların pek çok kişi tarafından öğrenilmesine yol açtığını ifade etmiştir. Yerel mahkeme tarafından başvuranın sağlık verilerinin yargılama sırasında açıklanmasını, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

Yapılan yargılama sırasında dava dosyasına giren ve çocuğun kişisel verisi niteliğini taşıyan delillere de herkesin erişimi mümkün olmamalıdır. Bu hususa hem hukuk hem ceza yargısı (ve idari yargı) açısından dikkatli yaklaşılmalı; yargılama faaliyetinde çocuğun mağdur/sanık, davacı/davalı veya tanık sıfatını haiz olması bu yaklaşımı farklılaştırmamalıdır. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında^[29] (doğrudan çocuğun olmasa da) dava dosyasında bulunan kişisel verilerinin korunması ile ilgili kararında şu ifadeleri kullanmıştır:

“Suçun mağdurunun özel hayatına ilişkin cinsel içerikli görüntü, ses kaydı, fotoğraf gibi materyallerin kişisel veri niteliğinde olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte, bunlar aynı zamanda kanıt niteliği de taşımaktadır. İstisnai düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla CMK'nın 206 ve 217. maddeleri gereğince kanıtların, davanın taraflarından gizlenmesi, erişiminin engellenmesi ya da zorlaştırılması veya kısıtlanması mümkün değildir. Davanın tarafları, kanıtları inceleyerek hukukiliğini ve kaynağını sorgulama, sağlamlığı ve inandırıcılığı hakkında fikir ileri sürme hakkına sahiptir. Kanıt niteliğinde olup dava dosyasında bulundurulması gereken kişisel veri niteliği taşıyan materyaller, hüküm kurulurken dosyada bulundurulmalı, temyiz/istinaf incelemesinde üst dereceli mahkemeler ya da itiraz halinde mercii tarafından da gerek görülürse incelenebilmelidir. Bunun yanında kanıtları inceleme hakkı ile Anayasanın 20/3. maddesindeki kişisel verilerin korunması gerekliliğine ilişkin emredici düzenleme uyarınca; mağdurunun özel hayatına ilişkin kişisel veri niteliğindeki

[29] Y. 4. CD, E. 2014/3972, K. 2016/9894, T. 16.05.2016.

materyallerin, davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin erişimine karşı korunması arasında, savunma ve kanıtlama haklarını sınırlamayacak şekilde denge kurulması gerekir. Bu itibarla, mağdurunun özel hayatına ilişkin *kişisel veri* niteliğindeki materyallerin dava dosyasında kanıt olarak bulundurulması, ancak *kişisel verilerin korunması gereğince davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin erişimine karşı korunması için de mühürlü bir zarf içine bulundurma gibi tedbirlerin alınması isabetli olacaktır. Açıklanan gerekçelerle; mağdura ait kişisel veri niteliğindeki emanete alınıp dosyada delil olarak saklanmasına karar verilen CD ile CD içeriğine dair bilirkişi raporunun, mahallinde mühürlü zarf içine alınmak sureti ile muhafazasının mümkün olduğu ...”*

III. SONUÇ VE ÖNERİLER

Dijital çağda hukuk sistemleri, yetişkinlerin mahremiyetinin sağlanmasına dair koruma normlarını düzenlemek konusunda bile sorun yaşarken; çocukların mahremiyetinin sağlanması daha da komplike düzenlemeler gerektirmektedir. Çocukların, mahremiyet anlayışlarının, özel yaşama dair bilinçlerinin ve hukuka aykırılık farkındalıklarının, bir yetişkininkiyle kıyaslanamayacak düzeyde olması; onların kişisel verilerine ilişkin hukuki korumanın, bir yetişkinin kişisel verilerine dair sağlanan korumadan üstte tutulmasını zorunlu kılmaktadır.

Çocuğun kişisel verilerinin korunmasını özel ve önemli kılan bir neden de yeterli hukuki koruma mekanizmalarının bulunmaması sonucunda yaşanan ihlallerin, çocuğun sadece ihlalin gerçekleştiği andaki kişiliğini (veya mal varlığını) değil; yaşamının geri kalanını da etkileyebilecek nitelikte olmasıdır. Ayrıca çocuğun kişisel verilerinin işlenmesinin söz konusu olduğu her somut uyuşmazlıkta Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin en temel ilkelerinden biri olan ve çocuğa ilişkin her türlü yasal düzenleme ve uygulamada esas alınan “*çocuğun üstün menfaati*” ilkesi dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

Özellikle hukuk yargılamasında çocuğun üstün yararı gözetilirken, yine çocuğun katılımı sağlanırken ve bu amaçla onun görüşüne başvurulurken;

onun kişisel verilerinin korunması gerekliliği de göz ardı edilmemelidir. Üstelik yargılama faaliyeti sırasında ve yargılama makamlarınca bir çocuğun kişisel verilerinin korunmasının, bir yetişkinin kişisel verilerinin korunmasına kıyasla çok daha önemli olduğu unutulmamalıdır.

KVKK'nın 28. maddesinde yapılan düzenleme ile bu kadar geniş kapsamda bir işleme faaliyetinin tamamen Kanunun kapsamı dışına çıkarılmasının, amacı aşan bir düzenleme olduğu düşünülmektedir. Sadece yargılamanın taraflarının değil; yargılama faaliyetinin bütün aktörlerinin kişisel verilerinin -genel veya özel nitelikli olup olmadığına dair bir ayrım bile gözetilmeksizin- söz konusu kapsama dahil edilmesi yerinde değildir. KVKK kapsamında böyle bir istisna düzenlemesi yapılmış olmasına rağmen, özellikle çocuğun kişisel verilerinin işlendiği hallerde, Kanunun 4. maddesinde düzenlenen genel ilkelere uygun davranılmalıdır.

Yargılama faaliyeti kapsamındaki işlemlerin tamamen Kanunun kapsamı dışına çıkarılması yerine; yapılacak bir yasal düzenlemeyle en azından kısmi istisnalar kısmına taşınması, çözüm oluşturabilecek niteliktedir. KVKK'da yapılacak değişiklikler arasında çocuğun kişisel verilerine ilişkin özel koruma normlarının eklenmesinin de fayda sağlayacağı tartışmasızdır. Üzerinde düşünülebilecek bir diğer yasal değişiklik önerisi de ceza yargılamasında olduğu gibi, hukuk yargılamasında da çocuğun taraf olduğu duruşmalar açısından kapalılık ilkesinin benimsenmesidir.

Ancak yapılacak yasal değişikliklere kadar, yargılama faaliyetinin söz konusu olduğu durumlarda, KVKK'nın 28/1/d maddesinin açık hükmü karşısında mahkemeler açısından KVKK kapsamında bir işleme faaliyetinden söz edilemeyecek olsa bile; tüm yargı teşkilatının öncelikle davaya taraf olmayan çocuklar, sonrasında da taraflar olmak üzere, kişisel verilerin korunmasında, özel yaşamın gizliliğine saygı gösterilmesi hakkına uygun davranmaları gerekir. Bu kapsamda çocuğun özel nitelikli kişisel verilerinin korunmasına ayrıca özen gösterilmelidir. Gerekli özenin gösterilmesi sadece mahkemelerin, Cumhuriyet Savcılıklarının ve infaz mercilerinin değil; aynı oranda avukatların (ve stajyer avukatların) da bir yükümlülüğü olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

AKSOY, Hüseyin Can: Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2016.

ARSLAN, Aziz Serkan: “Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Hukuk Mahkemelerinde Duruşmanın Kayıt ve Yayın Yasağı”, Medeni Hukuk Dergisi, C. 1, S. 1 Kırıkale 2024, s. 123-136.

ARTANTAŞ, Günce: “Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması”, AÜHFD, C. 71, S. 1, Ankara 2022, s. 413-436.

AŞIKOĞLU, Şehriban İpek: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.

ATALAY, Ayşe Özge: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi”, Journal of Penal Law and Criminology, C. 7, S. 2, İstanbul 2019, s. 127-184.

BAŞAR, Cemal: Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

BULUT, Metin: “Özel Bir Hukuksal Koruma ve Veri Kategorisi Alanı: Hassas Kişisel Veriler”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Ankara 2020.

ÇEKİN, Mesut Serdar: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, B. 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

ÇİFTÇİ, Pınar: “Özel Hayatın Korunması Menfaati Kapsamında Medenî Yargılamada Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, DEÜHFD, C. 20, S. 2, İzmir 2018, s. 159-189.

DÜLGER, Murat Volkan/ ÖZKAN, Onur: “Kolluk Teşkilatında ve Ceza Yargılamalarında Kişisel Verilerin Korunması: ‘Unutulan’ Direktifin Kapsamı”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 15, S. 42, İstanbul 2020, s. 85-149.

HİZARCI, Emine: 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun AB Veri Koruma Hukuku Işığında Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

KELLEHER, Denis/ MURRAY, Karen: EU Data Protection Law, Bloomsbury, London 2019.

KUNER, Christopher: European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation, Oxford University Press, B. 2, Oxford 2007.

MACMILLAN, Mac (Edt. USTARAN, Eduardo): “Data Protection Concepts”, European Data Protection Law and Practice, B. 3, IAPP Publication, 2023, s. 81-105.

MUTLU, Muhammet Sefa: Kişisel Verilerin Soruşturma Evresinde İş-

lenmesi ve İnsan Hakları Kapsamında Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

ÖZER DENİZ, Miray: *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bundan Doğan Sorumluluk, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022.*

ÖZKAN, Oğulcan: Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

TAŞTAN, Furkan Güven: Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, B. 2, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

TEKİNOĞLU, Dilara: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Açısından Mobil Uygulamalarda Konum Gizliliği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

ULUSAN, Banu: *“Medeni Yargılama Hukukunda Tanığın E-Duruşma ile Dinlenilmesi ve Kişisel Verilerin Korunması: Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”*, TBBD, S. 163, Ankara 2022, s. 155-189.

UZUNÖZ, Ali: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun İstisnaları (KVKK m. 28), Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

ÜÇÜNCÜ, Hilal: Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrasında Çocuğun Katılım Hakkı

Nesibe KURT KONCA

ÖZ

Çocuğun katılımı hakkı, çocuğu ilgilendiren karar verme süreçlerinde çocuğun aktif bir şekilde yer almasının sağlanmasını, görüşünü özgürce ifade edebilmesini süreç boyunca çocuğun görüşlerinin dikkate alınmasını anlamına gelmektedir. Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12 uyarınca, çocuk kendini etkileyen her türlü adli veya idari işlemde kendi görüşünü ifade edebilme imkânına sahip olmalıdır. Dolayısıyla, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası sürecinde de çocuğun katılım hakkına riayet edilmelidir. Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen 41/A ilâ 41/İ maddelerinde, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararlarının, Adalet Bakanlığı'na kurulan adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerince yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Ayrıca, sürece katılanların görev, yetki ve sorumlulukları ile sürece ilişkin usul ve esaslar, 04.08.2022 tarihli Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâm ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik'te ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Yönetmelik m. 6 uyarınca, çocuklar yapılacak iş ve işlemler hakkında gelişim düzeylerine uygun şekilde bilgilendirilir. Çocuğun yaşı ve gelişim düzeyi göz önünde bulundurularak, çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüş oluşturma ve bu görüşleri serbestçe ifade etme hakkı gözetilir. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin müdürlükçe yapılan işlem ve verilen kararlara karşı, şikâyetle bulunulabilir. Şikâyet üzerine mahkeme,

yapılan işlemlerin yerine getirilmesini durdurabilir ve dosya üzerinden veya gerektiğinde çocuk da dahil olmak üzere ilgilileri dinlemek suretiyle ivedilikle karar verir. Çalışmada, çocuğun katılım hakkını sağlamaya yönelik hükümler değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler:

çocuk

katılım hakkı

çocuğun üstün yararı

çocuk teslimi

çocukla kişisel
ilişki kurulması

**The Child's Right To Participate In The Execution Of Orders
Regarding The Custody Of The Child And The Establishment Of A
Personal Contact With The Child**

ABSTRACT

The child's right to participation means ensuring that the child is actively involved in decision-making processes that concern the child, that he or she can freely express his or her views, and that the child's views are taken into account throughout the process. According to CRC art. 12, the child must have the opportunity to express his or her opinion in any judicial or administrative proceeding affecting him or her. Therefore, the child's right to participate must be respected during the execution of the orders regarding the custody of the child and establishing a personal contact with the child. In Articles 41/A to 41/I, which were added to the Child Protection Code, the procedures and principles regarding the execution of judgments or injunctions regarding child surrender or personal contact with the child are to be performed by the legal support and victim services directorates established by the Ministry of Justice. In addition, the duties, powers and responsibilities of those participating in the process, as well as the procedures and principles regarding the process, are regulated in detail in the Regulation on the Execution of Decisions and Injunctions Regarding the Custody of a Child and Establishing a Personal Contact with the Child, dated 04.08.2022. In accordance with the Regulation Article 6, children are informed about the work and procedures to be performed in accordance with their developmental level. Taking into account the child's age and developmental level, the child's right to have opinion on issues that concern him/her and to express his or her opinion freely is respected. A complaint may be made against the actions taken and decisions made by the directorate regarding the execution of writs or injunctions regarding the custody of the child and establishing personal conduct with the child. Upon complaint, the court may suspend the execution of the proceedings

and make an urgent decision based on the file or, when necessary, by listening to the relevant parties, including the child. In the study, provisions aimed at ensuring the child's right to participation will be evaluated.

Keywords:

right to participate

child

best interest of the child

custody of the child

Establishing a personal
contact with the child

GİRİŞ

Çocuğun katılımı hakkı, çocuğu ilgilendiren karar verme süreçlerinde çocuğun aktif bir şekilde yer almasının sağlanmasını, görüşünü özgürce ifade edebilmesini süreç boyunca çocuğun görüşlerinin dikkate alınmasını ifade etmektedir. Hukuk devletinde demokrasi kültürünün etkinliğinin artırılmasında, çocuğun onurlu ve özerk kişiliğini geliştirmesinde katılım hakkı anahtar bir role sahiptir.

Çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuğa katılım hakkı sunulmasına hem gerekçe teşkil etmekte hem de katılım hakkının sınırının çizilmesini sağlamaktadır. Çocuğun üstün yararı, göreceli bir kavram olup, çocuğun yaşı, sosyal çevresi, sağlık durumu, eğitimi gibi unsurlar göz önünde bulundurularak somut olay bazında belirlenebilmektedir. Öğretide, çocuğun üstün yararı, çocuk bir yetişkin olsaydı kendisini ilgilendiren somut olayda kendi yararını sağlamak için vereceği muhtemel kararın tespit edilmesi suretiyle bulunabileceği kabul edilmektedir. İşte çocuğun üstün yararı araştırılırken, çocuğun yaşına ve somut olaya uygun yöntemlerle dinlenmesi ve duygu, düşünce ve isteklerinin öğrenilmesi gerekir. Bu ise, çocuğa etkin bir katılım hakkı sunularak mümkün olur.

7343 sayılı Kanun'la icra ve iflâs hukukuna ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler arasında bulunan, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm ve tedbir kararlarının yerine getirilmesi usulü, sosyal hayatı ve aile yaşamını yakından ilgilendirmektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nda ilâmların icrası kısmında yer alan çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik hükümler (İİK m. 25, 25/a, 25/b) yürürlükten kaldırılmıştır. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm ve tedbir kararlarının icrası için yeni bir model benimsenmiş ve Çocuk Koruma Kanunu'nda bu yeni model düzenlenme altına alınmıştır. Çocuğun korunmasını gerektiren hallerden biri olması sebebiyle çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların icrası, Çocuk Koruma Kanunu'nda müstakil bir kısım olarak kendisine yer bulmuştur.

Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen 41/A ilâ 41/İ maddelerinde, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair aile mahkemeleri tara-

findan verilen ilâm veya tedbir kararlarının, Adalet Bakanlığı'na kurulan adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerince yerine getirilmesine ilişkin usûl ve esaslar belirlenmiştir. Bu hükümlerin uygulanması zamana yayılmıştır. Adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerinin tüm ülkede teşkilatlanması sürecine, Adalet Bakanlığı'na belirlenen il ve ilçelerde başlanmıştır. Çocuk Koruma Kanunu'ndaki hükümlerin uygulandığı müdürlüklerde gerçekleştirilen pilot uygulamalar, Yönetmelikle (ÇKK m. 41/İ) daha ayrıntılı düzenlenmesi gereken hususların tespitinde faydalı olmuştur. Uygulamanın etkinliğini artıracakı düşünülen “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâm ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik”, Resmi Gazete'de 4 Ağustos 2022 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

I. ÇOCUK KAVRAMI

1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (ÇHS) m. 1 hükmü uyarınca, *“bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır”*. Avrupa Konseyi Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 2'de çocuk kavramsal olarak şöyle tanımlanmıştır: *“Çocuk», bir Taraf Devlette hakkında kişisel ilişkiye dair bir karar verilebilen ya da icra edilebilen, 18 yaşından küçük kişiyi ifade eder”*.

Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 11'de ise, *“erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar”* denilmek ve ergin olmayan kişi, küçük olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda, on sekiz yaşından küçük bireylerin de çocuk olarak kabul edilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak, on sekiz yaşına erişilmeden önce de küçük ergin hale gelebilmesi mümkündür. Buna göre, TMK m. 11/2'de evlenmenin kişiyi ergin kılacağı ve m. 12'de on beş yaşını dolduran küçüğün, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, çocuk, sağ ve tam doğduğu andan erginliği kazandığı zamana kadar ki dönemde bulunan gerçek kişi olarak tanımlanmaktadır.

Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) m. 3/1/a'da *“çocuk, daha erken yaşta*

ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanmaktadır. Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik (Yönetmelik) m. 4/ç’de ise, *“çocuk, daha erken yaşta ergin olma durumu hariç onsekiz yaşını doldurmamış kişi”* olarak ifade edilmiştir.

II. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

Çocuk teslimi, genellikle, evlilik birliğinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde ortaya çıkabilir. Bununla birlikte, birlikte yaşamaya ara verilmesi sonucunda ortak çocukların velayetinin eşlerden birine bırakılması, velayetin yeniden düzenlenmesi veya kaldırılması, evlat edinme ve velayetin kaldırılıp çocuğun vesayet altına alınması hallerinde de çocuğun teslimi gereği doğabilir. Öğretide, çocuk teslimi, mahkeme tarafından çocuk kendisine bırakılan tarafın çocukla birlikte yaşamaması halinde, çocuğu elinde bulunduran tarafın çocuğu hak sahibine teslim etmesi, çocuk teslimidir^[1]. Yönetmelik m. 4/1/d hükmünde çocuk teslimi, *“velayete ilişkin verilen ilam veya tedbir kararına istinaden süreklilik arz etmeyen, çocuğun yükümlüden alınarak hak sahibine verilmesi süreci”* şeklinde tanımlanmıştır.

Çocukla kişisel ilişki kurulması, velayet kendisinde olmayan ana-baba veya bazı hallerdeyse üçüncü kişilerin çocukla belirli gün ve saatlerle sınırlı bir şekilde görüşmelerini, bir araya gelerek vakit geçirmelerini ve bu anlamda aralarında duygusal bağ kurup, bu bağı korumaya yönelik bir ilişkidir. Yönetmelik m. 4/1/g’de, kişisel ilişki, *“ilam veya tedbir kararına istinaden velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan anne ve babanın ya da diğer kişilerin çocukla sınırlı bir süre görüşmesi veya birlikte kalması sürecini”* ifade ettiği belirtilmiştir.

Avrupa Konseyi Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 2’de, kişisel ilişki,

“i) Çocuğun mutlak olarak birlikte yaşamadığı, 4 veya 5. maddelerde belirtilen kişinin

[1] Mardin, s.51; Gayretli Aydın, s.19; Baş/Baş, s.7.

yanında sınırlı bir süre için birlikte kalması veya görüşmesi;

ii) Çocukla söz konusu kişi arasındaki her türlü iletişim şekli;

iii) Söz konusu kişiye çocuk hakkında, ya da çocuğa bu kişi hakkında bilgi aktarımını” ifade edeceği düzenlenmiştir. Sözleşme, çocuklarla kişisel ilişkiyi çocukların ihtiyaçlarını ve haklarını dikkate alarak ele almaktadır. Buna göre kişisel ilişki, çocukların fiziksel, duygusal, zihinsel ve sosyal gelişimlerini destekleyici bir ortam sağlamayı içerir. Aynı zamanda çocukların düşüncelerine ve duygularına saygı gösterilmesini, onların katılımını teşvik etmeyi ve kendilerini ifade etmelerini sağlamayı da kapsamaktadır.

Çocukla kişisel ilişki kurulması, anne-babanın veya istisnai hallerde üçüncü kişilerin çocukla olan kişisel ilişki kurması güvence altına almaktadır. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki; çocukla kişisel ilişki kurulması, esasen çocuğun fiziksel, duygusal ve sosyal gelişimini sağlama amacı çerçevesinde çocuğun haklarını koruması bağlamında ele alınması gerekir. Aile mahkemesi tarafından çocukla kişisel ilişki kurulması ihtiyacı, anne-babanın velayet hakkına sahip olmadığı durumlarda veya şartların gerçekleşmesi halinde üçüncü kişilerin talebi üzerine olmaktadır. Aile mahkemesi kişisel ilişki kurma şeklini, ziyaretlerin sıklığını ve devam süresini her somut olaya özgü olarak belirlemektedir. Mahkemece çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin bir ilam veya tedbir kararı, mahkemece belirlenen zamanlarda, velayete sahip anne veya babanın yahut çocuğu fiilen yanında bulunduran kişinin, lehine kişisel ilişki kurulmasına karar verilen anne veya babaya yahut üçüncü kişiye çocuğu teslim etmesi gerekmektedir.

Yönetmelik uyarınca, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki öncelikle taraflar arasında gönüllülüğe dayalı olarak yerine getirilir (Yönetmelik, 5/5). Ancak, teslim ve kişisel ilişkiye rıza gösterme tarafların iradeleriyle gerçekleştiğinde cebri icra organlarına ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak, taraflar mahkeme kararını kendiliğinden yerine getirmediğinde, ÇKK uyarınca çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair aile mahkemeleince verilen ilam veya tedbir kararları, çocuğun üstün yararı esas alınarak Bakanlıkça kurulan müdürlüklerce yerine getirilir.

III. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI KAVRAMI

ÇHS m. 3, f. 1’de, “*kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir*” düzenlemesi esas itibariyle, çocuğun yararının her durumda öncelikli olduğunu vurgulamaktadır.

İç hukuk bakımından ise, Anayasa m. 41’de, devletin çocuğu korumak için gerekli her türlü önlemi alması ve buna yönelik gerekli teşkilatı kurması gerektiği hüküm altına alınmış ve çocuğun üstün yararına aykırı olmadıkça, çocuğun anne ve babasıyla kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak güçsüz konumda bulunan çocuğu korumaya yönelik olup, çocuğun çıkarlarına koruyucu tavır alma zorunluluğu öngörmektedir. Çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam ve tedbir kararlarının yerine getirilmesinde, çocuğun üstün yararı esas alınmak suretiyle adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerince bunların yerine getirileceği ÇKK m. 41/A’da belirtilmiştir. Aynı şekilde Yönetmelik m. 6/1 hükmü söz konusu ilam ve tedbir kararlarının yerine getirilmesinde çocuğun üstün yararı esas alınır düzenlemesine yer verilmiştir.

Çocuğun üstün yararı her somut olayın özelliğine ve bu olayın içerdiği değişkenlere göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir kavram olduğundan, uluslararası sözleşmelerde ve iç hukukta tanımı yapılmamıştır. Örneğin çocuğun yaşı, yaşadığı çevre ve bulunduğu sosyal şartlara bağlı olarak çocuğun üstün yararı değişebilmektedir. Dolayısıyla bu kavram, çocuğun içinde bulunduğu şartlar, maruz kaldığı tehlike, aile yapısı, bedensel ve ruhsal gelişimi, çevre koşulları gibi birçok değişene bağlı olarak, çocuktan çocuğa “çocuğun üstün yararı” farklılaşabilmektedir. Bunun bir sonucu olarak, somut olayın özellikleri değerlendirilmek suretiyle çocuğun üstün yararının neyi gerektirdiği, hâkimin takdirine bırakılmıştır. Göreceli ve varsayıma dayalı bir kavram olduğundan, her bir somut olayda, çocuğun yararına neyin uygun olduğu, verilecek kararın ve uygulamasının çocuğun

sağlıklı gelişimini güvence altına almasının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Girift bir kavram olmasına karşın, öğretilde; çocuğun üstün yararını belirlemeye yönelik tanımlamalar yapılmıştır. Buna göre, çocuğun üstün yararı, çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, kültürel, ahlaki, hukuki ve ekonomik açıdan dengeli, sağlıklı ve özgür bir şekilde geliştirilmesi ve korunup kollanmasıdır. Çocuğun üstün yararı, haklı neden kavramı gibi esnek bir kavramdır ve hâkimin takdirine açık, somut olayın özelliğine uyarlanabilen sınırları belirsiz bir hakkaniyet kavramıdır. Diğer bir görüşe göre ise, çocuğun üstün yararı, çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için nasıl bir karar verecek idiyse, çocuk için karar verme konumunda bulunan kişinin de benzer bir değerlendirme yapmasını ve buna uygun karar vermesini gerektiren bir kavramı ifade etmektedir.

Çocuğun üstün yararı kavramı, çocuğun gelecek yaşantısı da düşünülerek değerlendirilmesi gereken bir kavramdır. Buna göre, çocuğun uzun vadede, geniş kapsamlı, gelecekteki ve toplumsal çevresindeki yararı olarak. Ayrıca, çocuğun üstün yararı bir hakkı değil; çocuk haklarının yaşama geçirilmesinde bir ilkeyi ifade etmektedir. Buna göre, çocuğun üstün yararı, çocuğu ilgilendiren her konuda bir yorum ilkesi olarak kanunların uygulanmasında resmi makamlara ışık tutma işlevini yerine getirmektedir. Dolayısıyla, bu ilke, çocukla ilgili alınacak kararların onlar üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerinin değerlendirilmesini ve bunların kararlarda açık bir şekilde gösterilmesini zorunlu kılmaktadır.

IV. ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI

A. Genel Olarak Çocuğun Katılım Hakkı

Çocuğun katılımı hakkı, çocuğu ilgilendiren karar verme süreçlerinde çocuğun aktif bir şekilde yer almasının sağlanmasını, görüşünü özgürce ifade edebilmesini süreç boyunca çocuğun görüşlerinin dikkate alınmasını ifade etmektedir. Hukuk devletinde demokrasi kültürünün etkinliğinin artırılmasında, çocuğun onurlu ve özerk kişiliğini geliştirmesinde katılım

hakkı anahtar bir role sahiptir.

Çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuğa katılım hakkı sunulmasına hem gerekçe teşkil etmekte hem de katılım hakkının sınırının çizilmesini sağlamaktadır. Çocuğun üstün yararı, göreceli bir kavram olup, çocuğun yaşı, sosyal çevresi, sağlık durumu, eğitimi gibi unsurlar göz önünde bulundurularak somut olay bazında belirlenebilmektedir.

Öğretide, çocuğun üstün yararı, çocuk bir yetişkin olsaydı kendisini ilgilendiren somut olayda kendi yararını sağlamak için vereceği muhtemel kararın tespit edilmesi suretiyle bulunabileceği kabul edilmektedir. İşte çocuğun üstün yararı araştırılırken, çocuğun yaşına ve somut olaya uygun yöntemlerle dinlenmesi ve duygu, düşünce ve isteklerinin öğrenilmesi gerekir. Bu ise, çocuğa etkin bir katılım hakkı sunularak mümkün olur.

ÇHS m. 12 uyarınca, çocuk kendini etkileyen her türlü adli veya idari işlemlerde kendi görüşünü ifade edebilme imkânına sahip olmalıdır. Dolayısıyla, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası sürecinde de çocuğun katılım hakkına riayet edilmelidir.

Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi (2003) “Çocuğun bilgilendirilme, danışılma ve görüşlerini ifade etme hakkı” başlıklı 6. maddesi şu şekildedir: “İç hukukuna göre yeterli ayırt edebilme yeteneğine sahip olduğu kabul edilen bir çocuk kendi yüksek yararlarına açıkça aykırı olmadıkça aşağıdaki haklara sahip olacaktır: - ilgili tüm bilgileri almak; - danışılmak; - görüşlerini ifade etmek. 2) Çocuğun, söz konusu görüşleri ile anlaşılabilir istek ve duygularına gereken önem verilecektir.”

İç hukukta da Çocuk Koruma Kanunu’nun temel ilkeleri arasında, “çocuğun katılım hakkının güvence altına alınması ve çocuk ile ailesinin bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması” düzenlenmiştir (ÇKK m. 4).

ÇKK m. 13/ f. 2 gereğince de “tedbir kararının verilmesinden önce yeterli idrak gücüne sahip olan çocuğun görüşü alınır, ilgililer dinlenebilir, çocuk hakkında sosyal inceleme raporu düzenlenmesi istenebilir” düzenlemesiyle çocuğun görüşünün alınması gerektiği belirtilmiştir.

B. Teslimi ve Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun Katılım Hakkı

Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen 41/A ilâ 41/İ maddelerinde, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararlarının, Adalet Bakanlığı'na kurulan adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerince yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Ayrıca, sürece katılanların görev, yetki ve sorumlulukları ile sürece ilişkin usul ve esaslar, 04.08.2022 tarihli Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâm ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik'te ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasında çocuğun katılım hakkı, süreçte ve bu süreci doğuran boşanmayla da yakından ilişkilidir. Boşanma ilgi tarafların hayatlarını fiziksel, sosyal, ekonomik ve psikolojik olarak yeniden yapılandırmasını gerektirir. Boşanma kişiler üzerinde farklı sonuçlar/sorunlar doğurabilir. Evlilikteki çatışmaların yoğunluğu boşanma sürecini ve sonrasını da daha zor hale getirebilmektedir. Özellikle, çocuklar ebeveynler tarafından çatışmaların nesnesi haline gelebilmektedir

Boşanma nedeniyle çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması sürecine dahil olan yetişkinlerin bu süreçte bitmeyen çatışmalarının ve sorunlarının çocuklara da aktarılabilceği ve teslim/kişisel ilişki kurulması aşamalarını güçleştirebilmesi nedeniyle, aile mahkemesi tarafından görevlendirilen uzmanlar, yargılama devam ederken ebeveynleri, ADY m. 36'da yer alan hususlar konusunda boşanma süreci ve sonrası hakkında yönlendirebilir, çocuk hakkında gerekli tedbirleri önerebilir.

Tarafların boşanma sürecinde doğru yönlendirilmesi çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması işlemlerinin bizzat kendileri tarafından yapılmasını sağlar. Bu bağlamda boşanma sürecinin doğru bir şekilde yönetilmesi, ebeveynlerin çocuklarıyla sağlıklı ilişkiler kurmasını ve birbirlerini çocuğun üstün yararını sağlayacak surette desteklemelerini sağlar. Bu şekilde yönetilmiş boşanma süreçlerinde, ebeveynler çocuklarını dinleyerek onun ihtiyaçlarını anlayarak çocuk teslimini ve çocukla kişisel ilişki

kurulmasını temin ederler. Bu süreçte çocuğun eğitim, spor ve kültürel faaliyetleri de desteklenir ve ebeveynler de bu süreçlerin bir parçası olurlar.

Boşanma süreci sancılı ve çekişmeli geçse dahi bu süreçte tarafların alaçağı danışmanlık suretiyle, evlilik sonrasında çocuğun üstün yararını koruyabilmeleri mümkündür. Özellikle çocuğun bu süreçteki duygularının dinlenmesi ve anlaşılması, ebeveynlerin boşanma sonrasında çatışma tutumlarını sürdürmelerine engel olabilir. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması işlemlerinin adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerinde yapılması son çare olarak düşünülmelidir.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam veya tedbir kararları, müdürlük tarafından görevlendirilen psikolog, pedagog, sosyal çalışmacı, çocuk gelişimci ve rehber öğretmenler gibi uzmanlar; uzmanın bulunmadığı yerlerde ise, öğretmen tarafından yerine getirilir (ÇKK m. 41/A-5; ÇKK m. 41/A-6; ÇTY m. 13).

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesiyle ilgili işlemler, müdürlükçe belirlenen teslim mekânlarında gerçekleştirilir. Tahsis edilen yerler içerisinden hangisinde teslim işleminin gerçekleştirileceğı çocuğun üstün yararı göz önüne alınarak müdürlük tarafından belirlenir. Yönetmelik m. 6 uyarınca, çocuklar yapılacak iş ve işlemler hakkında gelişim düzeylerine uygun şekilde bilgilendirilir.

Çocuğun yaşı ve gelişim düzeyi göz önünde bulundurularak, çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüş oluşturma ve bu görüşleri serbestçe ifade etme hakkı gözetilir. Yönetmelikte yaş sınırı konulmaması yerindedir. Devletler standart haline getirilmiş yaş sınırları koymamaya teşvik edilmektedir (Çocuğun Dinlenilme Hakkına ilişkin Genel Yorum No. 12, 20.-21. paragraflar (CRC/C/GC/12, 1 Temmuz 2009)).

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması işlemlerinde görev alan uzman ve öğretmenlerin görevleri arasında,

1. Çocuğı bu sürece hazırlamak, kaygı düzeyini düşürmek amacıyla çocukla görüşme yapmak

2. Çocuğun örselenmesine neden olabilecek durumların tespiti hâlinde ilgili mevzuat ve mesleki sınırlar çerçevesinde gerekli önlemleri almak da bulunmaktadır.

Çocuğun örselenmesine neden olabilecek durumların önlenmesi amacıyla gerekmesi hâlinde ilgili uzman veya öğretmen tarafından, teslim işlemi öncesinde hak sahibi, yükümlü ve çocukla görüşme yapılır (ÇTY m. 27/4).

Ebeveynleri ile görüşecek çocuklar kimin, ne zaman onu almaya geleceğini mutlaka önceden bilmelidirler. Çocuklar, her ebeveynle tekrar bir araya geldiklerinde, birbirlerine alışmaları için belirli bir sürenin geçmesi gerekmektedir. Çocuğun süreçle ilgili her türlü sorusu yanıtlanmalı; bilgi alma isteği teşvik edilmelidir. İstek ve ihtiyaçları için suçlanmamalıdır. Süreç hakkında bilgi sahibi olan çocuk kendini güvende hissederek ve çocukla kişisel ilişki kurulması daha verimli geçer.

Çocuğun süreçle ilgili istek ve talepleri dikkate alınmakla birlikte, velayet ya da kişisel ilişki için görüşme aralıkları konusunda karar verme sorumluluğunu çocuğa yüklememelidir. Çocuğa yönetilen yaşına uygun sorularla bilgisine başvurulması ya da sorularına cevap verilmesi suretiyle kendi değerini hissettirilmelidir. Ancak, gelecekte kendisini istekleri sebebiyle suçlu hissetmesine yol açacak tercihler yapmaya zorlanmamalıdır.

Çocuklar ebeveyn ziyareti sonrası kendilerini bir süre huzursuz, mutsuz ve öfkeli hissedebilirler. Ebeveynler de bu durumu diğer ebeveynin çocuğa kötü davrandığı şeklinde yorumlayabilir. Ancak ebeveynlerin düşündüğünün aksine bu durum yalnızca ziyaretin yaklaşmasının onlara boşanmayı hatırlatmasından kaynaklanabilir. Çocuklar için bir ebeveynle birlikte olmak için diğerinden ayrılmak zorunda kalmak zorlayıcı bir durumdur. Çocuklar, birlikte yaşamadıkları ebeveynleriyle görüşmek için isteksiz davransalar da buluştuklarında genellikle mutlu olmaktadır.

“Ebeveyne yabancılaşma sendromu” nedeniyle çocuklar ebeveynle görüşmeyi reddetmektedir. Bu sendrom, bir ebeveynin kasıtlı olarak çocuğa

diğer ebeveyne yönelik haksız yere olumsuzluk yüklediği bir stratejidir. Bu sendromu oluşturma amacı, çocuğun diğer ebeveynle olan ilişkisine zarar vermek ve çocuğun olumsuz duygularını diğer ebeveyne yöneltmektir. Çocukların bir ebeveyni reddetmelerinin nedeni, eğer reddetmeyi kabul etmezlerse, birlikte yaşadıkları ebeveynin sevgisini kaybetmekten korkmaları ya da zor durumda olan ebeveyne destek vermeleri gerektiğini düşünmeleri olabilmektedir. Çocuk ancak baskıcı ebeveynden uzaklaşınca gerçek duyguları su yüzüne çıkmaktadır.

Boşanmış ebeveynlerin değerleri birbirinden farklı olabilmektedir ve her iki taraf da çocuğu kendi değerlerine göre yetiştirmek isteyebilir. Ancak unutulmamalıdır ki farklı değerlerle yüz yüze gelmeleri çocukların gelişimini tehlikeye atmaz. Çocuk zamanı gelince kendi seçimini kendisi yapabilecektir.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması sürecinde çocukların yanında olmayan ebeveyn ile görüşmek istememesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Çocuğun görüşmeyi reddetmesi hâlinde yapılacak işlemler Yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. (ÇTY M. 39). Buna göre,

(1) Kişisel ilişki kurma sürecinde çocuğun hak sahibi ile görüşmeyi reddetmesi hâlinde hak sahibi ile çocuğun görüşebilmesini temin etmek amacıyla uzman veya öğretmen tarafından öncelikle çocukla ve taraflarla ayrı ayrı görüşmeler gerçekleştirilir. Buna rağmen çocuğun görüşmeyi kabul etmemesi hâlinde bu durum gerekçeleri ile birlikte ayrıntılı şekilde tutanak altına alınır.

(2) Çocuğun görüşmeyi kabul etmemesine neden olan sorunların tespiti ile bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri geliştirilmesi amacıyla uzman veya öğretmen tarafından çocuk, hak sahibi ve yükümlü ile görüşmeler yapmak üzere bir plan hazırlanır. Hazırlanan plan hak sahibi ve yükümlüye bildirilir.

(3) Hazırlanan plan uyarınca en geç bir sonraki kişisel ilişki tarihine kadar uzman veya öğretmen tarafından çocuk, hak sahibi ve yükümlü ile görüşmeler gerçekleştirilir. Ancak bu süre on beş günü geçemez.

(4) Bu süreçte taraflara çocuğun sağlıklı gelişimi açısından sorumlulukları hatırlatılarak, çocuk ile tarafların iletişim becerilerinin geliştirilmesine yönelik çalışmalar gerçekleştirilir. Çocuk ve hak sahibi arasındaki kişisel ilişkinin sonraki dönemde uygun şekilde gerçekleşmesi için uzman veya öğretmen tarafından gerekli mesleki müdahalelerde bulunulur.

(5) Uzman veya öğretmen tarafından yapılan gözlem ve tespitler neticesinde çocuğun üstün yararı uyarınca çocuk, hak sahibi veya yükümlü hakkındaki önerilere hazırlanan değerlendirme raporunda yer verilir.

(6) Tüm bu işlemler tutanak altına alınır.

Yönetmeliğin 40. maddesi uyarınca çocukla kişisel ilişki kurulması işlemlerinin çocuğun üstün yararını koruyacak şekilde yerine getirilebilmesi amacıyla çocuk, hak sahibi veya yükümlü hakkında müdürlüğün önerisi üzerine aile mahkemesince danışmanlık tedbiri uygulanmasına karar verilebilir.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların yerine getirilme sürecinde çocuk, hak sahibi veya yükümlünün danışmanlık hizmetine ihtiyaç duyduğunun tespiti hâlinde ilgili uzman veya öğretmen tarafından bu durum tutanağa bağlanarak müdürlüğe bildirilir. Müdürlük, yükümlünün teslim emrine ilk aykırı hareketinde aile mahkemesinden yükümlü hakkında danışmanlık tedbiri uygulanmasını talep eder. Keza, uzman veya öğretmen tarafından çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin iş ve işlemler yürütülürken koruyucu ve destekleyici tedbir uygulanması gerektiği yönünde bir kanaate varılması hâlinde durum aile ve sosyal hizmetler il müdürlüğüne bildirilir (ÇTY m. 9).

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin müdürlükçe yapılan işlem ve verilen kararlara karşı, şikâyetle bulunulabilir. Şikâyet üzerine mahkeme, yapılan işlemlerin yerine getirilmesini durdurabilir ve dosya üzerinden veya gerektiğinde çocuk da dahil olmak üzere ilgilileri dinlemek suretiyle ivedilikle karar verir.

C. Çocuğun Katılım Hakkının Sağlamasında Uygulama Sorun-

ları

Çocuk teslimi ve kişisel ilişki kurulması süreçlerinde, uygulamada çeşitli sorunlar yaşanmaktadır. Öncelikle, taraflardan birinin veya çocuğun Türkçe bilmemesi, iletişim sorunlarına yol açabilmektedir. Bu durumda, tercüman veya bilirkişiden yararlanılması gerekse de, bu hizmetlerin maliyetleri genellikle taraflarca karşılanmakta ve ödeme zorlukları ortaya çıkmaktadır. Özellikle ekonomik açıdan dezavantajlı bireyler için bu durum, adalete erişimi zorlaştırmaktadır.

Bunun yanı sıra, çocuğun işaret diliyle iletişim kurması gereken durumlarda uzmanların bu konuda yeterli bilgiye sahip olmaması, süreçlerin verimli yürütülmesini engelleyebilmektedir. Benzer şekilde, çocuğun yurtdışında bulunması ve elektronik yollarla kişisel iletişim kurulmasının gerektiği hallerde teknolojik altyapı eksiklikleri süreci aksatabilmektedir. Bu durumlar, taraflar arasında güven problemlerine ve işlemlerin gecikmesine neden olmaktadır.

Süreçlerin çocuk dostu bir şekilde yürütülmesi amacıyla belirlenen teslim mekanlarında bazı fiziki yetersizlikler bir diğer sorundur. Mevcut mekanlar, esasen çocuk teslimi amacıyla ve çocukların üstün yararını gözeterek tasarlanmamıştır. Başka amaçlarla inşa edilen mekanların dönüştürülmesiyle teslim mekanları oluşturulmuştur. Bu mekanların çocuk dostu bir mimari ve içerikle inşa edilmesi önemli bir ihtiyaçtır.

Uygulamada yaşanan diğer bir sorun insan kaynağına ilişkindir. Süreçlere dahil olan uzmanların veya eğitimcilerin bazı durumlar bakımından daha kapsamlı eğitim alması gerekmektedir. Personelde yaşanan nicelik ve nitelik eksiklikleri, çocuğunun duygusal ve psikolojik ihtiyaçlarının yeterince karşılanamamasına yol açabilmektedir.

Toplumsal bilinç düzeyinin düşük olması da uygulama sorunlarını artırmaktadır. Ebeveynler arasında süregelen çatışmalar, çocuğun teslim ve kişisel ilişki süreçlerini daha da zorlaştırmaktadır. Özellikle “ebeveyne yabancılaşıma sendromu” gibi durumlarda, çocuk bir ebeveynden uzaklaştırılarak diğerine karşı olumsuz bir bakış açısı geliştirebilmektedir. Bu tür durumlar, çocuğun psikolojik ve duygusal olarak zarar görmesine neden

olmaktadır. Bu bağlamda uygulamada yaşanan en temel sorun ebeveynlerin çocuğu bir birey olarak değil de bir nesne ve araç olarak görmeleri ve çatışma için kullanmalarıdır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Çocuk teslimi ve kişisel ilişki kurulması süreçlerinde yaşanan sorunlar, Çocuk Koruma Kanunu'nda yapılan değişikliklerle önemli bir gelişme sağlamıştır. Bununla birlikte, çocuğun üstün yararını gözeterek yaklaşımların benimsenmesi ve süreçlerin çocuk dostu bir şekilde yürütülmesi için adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerinin altyapısının güçlendirilmesi sağlanmalıdır. Özellikle bu alanda çalışan uzmanların nicelik ve niteliğin geliştirilmesi önem arz etmektedir. Uzmanların eğitimi, bu süreçlerin başarısında kritik bir öneme sahiptir. Psikolog, pedagog, sosyal hizmet uzmanları ve öğretmenler, çocukların duygusal ve psikolojik ihtiyaçlarını anlayacak şekilde eğitilmeli ve süreçlere etkin bir şekilde dahil edilmelidir. Ayrıca, tercüman ve bilirkişi ihtiyacını karşılamak üzere çalışmalar yapılmalıdır.

Çocuk teslimi ve kişisel ilişki kurulması işlemlerinde tarafların bilinçlendirilmesi, sürecin daha sağlıklı işlemesine katkı sağlayacaktır. Toplumda, boşanma sonrası ebeveynlerin çocuklarıyla ilişkilerini olumlu bir şekilde sürdürebilmeleri için bilgilendirme kampanyaları düzenlenmelidir. Bu tür çalışmalar, ebeveynlerin çatışma tutumlarını azaltarak çocuklarının psikolojik refahını artıracaktır.

Son olarak, teknoloji ve altyapı eksikliklerinin giderilmesi büyük önem taşımaktadır. Elektronik iletişime ilişkin ayrı bir düzenleme yapılması düşünülebilir. Çocuğun yurtdışında bulunması gibi durumlarda elektronik iletişim kanalları etkin bir şekilde kullanılmalı, teslim mekanlarının çocukların ihtiyaçlarına uygun şekilde tasarlanması sağlanmalıdır.

Tüm bu iyileştirmeler, çocukların süreç boyunca kendilerini güvende ve değerli hissetmelerini sağlayacak, adaletin daha etkili bir şekilde tesis edilmesine katkıda bulunacaktır. Çocuğun katılım hakkının tam anlamıyla gözetildiği bir uygulama, yalnızca hukuki düzenlemelere uyumu değil, aynı zamanda çocuğun sağlıklı gelişimini de destekleyecektir.

KAYNAKÇA

Akkaya Tolga, Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Akyüz, Emine, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, Pegem Akademi, 8. B., Ankara 2021.

Alkan, Fatih, Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, Legal Yayınevi, İstanbul 2019.

Bahadır, Zeynep, “BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Çerçevesinde Medenî Usûl Hukuku Bakımından Çocuğun Katılım Hakkı”, Adalet Dergisi, S. 70, 2023, s. 213-54

Baş, Seda/ Baş, Sezgin, “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Konularında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Çocuk Hakları Perspektifinden Bir Değerlendirme” ÇÜHAD 2023 (1), s. 7.

Belgin Güneş, Derya, Çocuk Koruma Kanunu’na Göre Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022.

Belgin, Derya, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk ABD YLT, Ankara 2011.

Börü, Levent/Parlak Börü, Şafak, “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Mahkeme Kararlarının Yerine Getirilmesi: Karşılaştırmalı Hukuk Ve 7343 Sayılı Kanun’un Getirdiği Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirmeler”, AÜHFD 2022 (71) 3, s. 1227-1277.

Erlüle, Fulya, “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması”, MÜHFHAD 2010, C. 16, S. 3-4, s. 217-248

Gayretli Aydın, Seda, “7343 Sayılı Kanun’un Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına ve Velayetin Değiştirilmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler” TDH 2022 Mart (187) s. 15-34.

Grassinger, Gülçin Elçin, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Vekalet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348), 1. B., oniki Levha Yayı-

nevi, İstanbul 2009.

Kurt Konca, Nesibe, “Çocuk Teslimi Ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasında Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüklerinin İşlem ve Kararlarına Karşı Şikâyet ve İtiraz”, MİHDER 2202, S. 52, C. 18, s. 399-437.

Mardin, Çağrı, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019.

Mardin, Çağrı, “İkincil Mevzuat Çerçevesinde Çocuk Teslimi ve Kişisel İlişki Kararlarının Yerine Getirilmesi”, KHASHFD 2022 (10) 2, s. 553-586.

Mardin, Çağrı, “Enforcement of Custody and Contact Orders: Opinions on the New Provisions of the Child Protection Code”, MİHDER 2022 S. 51, C. 18, s. 189-218.

Oktay Özdemir Saibe, “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt II, İstanbul, 2009, s. 1219-1242.

Öcal Apaydın, Bahar/Hışım, Selin, “Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı” Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması (Editörler Makaracı Başak, Aslı/Öktem Çevik, Seda/Tek, Gülen Sinem), Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 285-323.

Özbay, İbrahim, “Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâmların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri” TNBHD 2017 (2), s. 31-110.

Özbay, İbrahim, “Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması (İİK m. 25/a, İİK m. 341), Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 319-331.

Özdemir Hayrunnisa /Ruhi Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku (Ders Kitabı), 3. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

Selçuk, Seyhan, “Çocuk Teslimi Ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâm Ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Muhalefet”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73, S. 1 (Nisan 2024), s. 309-54.

Serdar, İlknur, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, DEÜHFD 2007 (9) Özel Sayı, s. 739-781.

Serozan Rona, Çocuk Hukuku, 2. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

Tek, Gülen Sinem/Turan, Seda Gökçe, “Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu ve Hukuki Değerlendirmesi”, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması [editörler: Aslı Makaracı Başak/Seda Öktem Çevik/Gülen Sinem Tek], Ankara, Seçkin, 2021, s. 221-248.

Topal, Önder, “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların Veya Tedbir Kararlarının İcrasında Yeni Dönem”, SÜHFD 2022, C. 30, S. 3, s. 1331-1365.

Türkmen, Ahmet, “Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı” MÜHFHAD 2020 (26) 2, s. 1126-1156.

Yakupoglu Derya, “Velâyetin Sınırı Olarak Çocuğun Katılım Hakkı”, Türk Hukukunda Çocuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 253-310.

Yardımcı, Taner Emre, “Ölçülülük İlkesi Bakımından Çocuk Teslimi’ne ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Yönelik Cebri İcra Araçları”, THD 2020, 15 (167), s. 1485-149.

Yılmaz, Ejder, “Çocuk Hakları Açısından: Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi”, C. 11, Özel Sayı 2009, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 819-841.

BİLDİRİ SAHİBİNİN ÜNVANI TAM ADI VE KISA ÖZGEÇMİŞİ
Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans (2000), Ticaret Hukuku alanında yüksek lisans (2002) ve Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukuku alanında doktora (2008) eğitimini tamamladı. 2018 yılında Doçent unvanını aldı. Hali hazırda Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde öğretim üyesi olarak dersler vermekte; medenî usûl ve icra-iflas hukuku, arabuluculuk, çocuk hukuku, yargısal haklar ve tebligat konularında çalışmalar yapmaktadır.

İletişim Bilgileri

Mail: nesibekurt@gmail.com

nesibe.kurt@ankaramedipol.edu.tr

Telefon: 0 505 235 45 66

Adres: Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ana Kampüs
Rektörlük,

Hacı Bayram Mah. Talatpaşa Bulvarı No: 4/1 L Blok, Altındağ, Ankara



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları İkinci Oturum

**İNSAN HAKLARI
MEKANİZMALARINA DİRENÇ**

Hâkimler Ve Savcılar Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi: Eski Bir Sorun Hakkında Güncel Değerlendirmeler

Erkan DUYMAZ^[1]

Giriş

Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK veya Kurul), yapısı, işleyişi ve kararlarıyla her daim tartışmalı bir kurum olmuştur. Bu konudaki tartışmalar yargının siyasallaşması sorununun önemli bir ayağını oluşturmaktadır. Öyle ki yargı bağımsızlığının ülkemizdeki serüvenini özetlemek için Kurulun ortaya çıkış sürecini ve geçirdiği değişiklikleri izlemek büyük ölçüde yeterli olacaktır.

Hâkimlik teminatını ve mahkemelerin bağımsızlığını yüksek bir yargı kurulu aracılığıyla sağlama düşüncesi ilk kez gerçek anlamda bağımsız bir yargı oluşturmayı amaçlayan 1961 Anayasası ile hayata geçirilmiştir.^[2] Ne var ki birçok başka konuda olduğu gibi bu yöndeki çabaların önü 1971 anayasa değişiklikleri ile kesilmiştir. 12 Eylül 1980 sonrası kabul edilen darbe yasaları ve ardından 1982 Anayasası ise bu müdahaleyi perçinlemiş ve kalıcı hale getirmiştir. Yaklaşık otuz yıl boyunca değişikliğe uğramayan Kurul, 2010 yılında -muhtemelen başka bir örneği olmayan bir yolla- referandumla yenilenmiş ancak yoğun tartışma ve eleştirilerin konusu olmaya devam etmiştir. 2017 yılında

[1] Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, <https://orcid.org/0000-0002-4711-502X>

[2] Bkz., Hayri Keser, Fatma Niyazioğlu, “Türkiye’de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2011, s. 123.

yine referandumla kabul edilen anayasa değişikliğiyle yenilenen Kurul, “Cumhurbaşkanı odaklı yeni siyasal sisteme”^[3] veya “15 Temmuz Anayasası”nın^[4] mantığına uygun hale getirilmiştir.

1982 Anayasası’nın düzenlediği hâliyle Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu birçok bakımdan eleştirilerin hedefinde yer almıştır. Hâkimlik ve savcılık mesleğinin tek bir kurula bağlanması, Adalet Bakanının Kurulun başkanı, Bakanlık Müsteşarının ise doğal üyesi olması, Kurul üyelerinin atanmasında Cumhurbaşkanının rolü, Kurulun bağımsız bir sekreteryaya ve dolayısıyla bütçeye sahip olmaması, kendine özgü teftiş biriminin bulunmaması ve bu nedenle Kurulun denetim işlevini Adalet Bakanlığına bağlı müfettişlerin yerine getirmesi ve nihayet Kurul kararlarının yargı denetimi dışında bırakılması bunlar arasında öne çıkanlardır.^[5] 2010 yılında gerçekleşen anayasa değişikliği ile birtakım iyileştirmeler yapılmışsa da Kurulun yürütmenin gölgesinde faaliyet göstermesi olarak tanımlanabilecek esas sorun baki kalmıştır.^[6] 2017 anayasa değişikliği ile benimsenen, Kurulun üye sayısına ve üyelerin atanma usulüne dair yeni sistem ise Kurulun yürütmeye bağımlılığını daha görünür kılmıştır.^[7]

[3] Fazıl Sağlam, “Anayasa Değişikliklerinde Hâkimler ve Savcılar (Yüksek) Kurulu’nun Konumu”, *Güncel Hukuk*, 2017/3, No. 159, s. 43.

[4] İbrahim Ö. Kaboğlu, *15 Temmuz Anayasası*, Tekin Yayınları, 2017.

[5] Demirhan Burak Çelik, “16 Nisan Anayasa Değişikliği ve Yeni Hâkimler ve Savcılar Kurulu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 73, No. 4, 2018, s. 1060-1061.

[6] *Ibid.*, s. 1061-1062. Çelik, anayasa değişikliğinin ardından yapılan ilk seçimlerde kamuoyunda “Bakanlık Listesi” olarak bilinen listenin kazandığını ve Adalet Bakanlığı bürokratlarının Daire Başkanlıklarına getirildiğini aktarmaktadır.

[7] 2017 anayasa değişikliği ile kabul edilen güncel düzenlemeye göre (Anayasa m. 159) Hâkimler ve Savcılar Kurulu 13 üyeden oluşmaktadır. Adalet Bakanı Kurulun

Hâkimler ve Savcılar Kurulunun yapısı ve işleyişi üzerine çok sayıda çalışma bulunmaktadır.^[8] Özellikle 2010 ve 2017 anayasa değişikliklerinin ardından Kurul hakkında yapılan akademik çalışmalarda büyük artış yaşandığı görülmektedir. Bu kısa çalışma, Kurul hakkındaki tartışmaların yalnızca bir yönüne, Kurul kararlarının yargısal denetimine dair güncel değerlendirmeler yapmayı amaçlamaktadır. Esasen Kurul kararlarının denetimi meselesi yeni bir tartışma alanı oluşturmamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) 2021 ve 2023 yıllarında verdiği kararlar konunun yeniden ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Zira AİHM bu yeni içtihadı ile Kurul kararlarının denetimi sorununu adil yargılanma hakkının bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkı bağlamında incelemiş ve bu alandaki standardı yükseltmiştir. Aşağıda, öncelikle Kurul kararlarının denetimi meselesinin tarihçesi aktarılacak, ardından AİHM'nin son dönem içtihadı ışığında değerlendirmelerde bulunulacaktır. Sonuç bölümünde, 2019 Yargı Reformu Strateji Planında öngörülen hedefler AİHM kararları ışığında kısaca değerlendirilecektir.

I. Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kararlarının Yargısal Denetiminin Tarihçesi

HSK kararlarının yargısal denetimi meselesini iki döneme ayırarak incelemek mümkündür. 1961 Anayasası döneminde kurulan Yüksek

Başkanı, Adalet Bakanı Müsteşarı ise Kurulun tabii üyesidir. Geriye kalan üyelerden 7'si Türkiye Büyük Millet Meclisi, 4'ü Cumhurbaşkanınca ilgili maddede belirtilen koşullara uygun olarak seçilmektedir. 2017 değişikliği ile tesis edilen yeni hükümet sisteminin Cumhurbaşkanı ile TBMM çoğunluğunun aynı siyasi kamptan olmasını teşvik ettiği ve bu durumun uygulamada gerçekleştiği göz önüne alındığında, önceki dönemlere göre yürütmenin üye seçimindeki etkisinin daha da güçlendiğini söylemek mümkündür. Bkz. Erkan Duymaz, "Avrupa Konseyi Anayasal Birikimi Işığında 2017 Anayasa Değişikliği", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 12, Yıl: 2017, s. 692.

[8] Bunlar arasında iki monografi mutlaka anılmalıdır. Burak Çelik, *Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, On İki Levha Yayıncılık, 2012; Bezar Eylem Ekinci, *Anayasa Hukuku Açısından Yüksek Yargı Kurulları*, Turhan Kitabevi, 2019.

Hâkimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulu kararlarına karşı idari yargıda iptal davası açmak olanaklı iken 1971 yılında yapılan anayasa değişikliği bu yolu kapatmıştır. Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının ardından tekrar yargı denetimine tabi hâle gelen Kurul kararları, 12 Eylül rejimi tarafından kategorik olarak yargı denetimi dışında bırakılmıştır. 2010 yılında kabul edilen anayasa değişikliği ise Kurulun meslekten çıkarmaya ilişkin kararlarını denetim yasağı dışında tutmuştur.

A. 1961 Anayasası Dönemi

Tarihimizdeki ilk yüksek yargı kurulu 1961 Anayasası ile kurulmuştur. Yüksek Hâkimler Kurulu adını taşıyan bu organın kararlarına karşı yargı yolu açık tutulmuştur. Anayasa'nın kabulünden bir yıl sonra, 22 Nisan 1962 tarihli ve 45 sayılı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanunu kabul edilmiş, bu Kanun ile savcıların özlük işlerinden sorumlu bir Yüksek Savcılar Kurulu tesis edilmiştir. Bu Kurulun kararlarının yargısal denetimi de engellenmemiştir.

1971 yılında yapılan anayasa değişikliği Yüksek Savcılar Kuruluna anayasal statü kazandırmış, bunun yanında her iki Kurulun kararlarını yargı denetimi dışında bırakmıştır. Söz konusu değişiklik ile 1961 Anayasası'nın 144. maddesinin ilk iki cümlesi şu şekilde düzenlenmiştir: “*Yüksek Hâkimler Kurulu, adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz*”. Bu düzenlemenin yürürlükte kaldığı yaklaşık altı yıllık bir dönemde Kurul kararlarının yargısal denetimi mümkün olmamıştır.

Denetim yasağı, Anayasa Mahkemesinin (AYM) 1977 yılında verdiği “orijinal” bir kararla ortadan kalkmıştır. Danıştay 5. Dairesi tarafından itiraz yoluyla AYM'ye yapılan bir başvuru neticesinde, “*Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz*” cümlesi Anayasa'nın 9. maddesi^[9] dolayısıyla Cumhuriyetin niteliklerinin düzenlendiği 2. maddeye

[9] “Devlet şeklinin değişmezliği” başlığını taşıyan bu maddeye göre “Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez”.

aykırı bulunarak iptal edilmiştir.^[10] Anayasa Mahkemesi, Kurul kararlarının yargı denetiminden muaf tutulmasının Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “insan hakları”, “hukuk devleti” ve “eşitlik” ilkelerine aykırı olduğuna kanaat getirmiştir. Kararda dikkat çeken hususlardan biri AYM'nin “insan hakları” kapsamında yaptığı incelemede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesine başvurmuş olmasıdır. O dönemde, hâkimlerin özlük işlerine ilişkin uyuşmazlıkların AİHM içtihadında adil yargılanma hakkı kapsamında görülmediği göz önüne alındığında AYM'nin yaklaşımının yenilikçi olduğunu söylemek mümkündür. Mahkeme AİHS m. 6'nın yanı sıra Anayasa'nın 2., 31. (hak arama hürriyeti)^[11] ve 114. (yargı yolu)^[12] maddelerine dayanarak 1971 değişikliğiyle getirilen denetim muafiyetinin insan hakları ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

AYM söz konusu kararında, Kurul kararlarının hukuki niteliği ve bu kararların yargısal denetiminin gerekli olmadığı yönündeki argümanlar hakkında önemli değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkemeye göre, Kurulun “*idari bir organ ve kararlarının da idari karar olduğu*” kanunlarda, öğretide, yargı kararlarında ve özellikle Mahkemenin kendi içtihadında “*kuşkuyla yer vermeyecek kesinlikte belirtilmiştir*”. Mahkeme, öte yandan, 1971 yılı anayasa değişikliği ile Adalet Bakanına, gerekli gör-

[10] AYM, E.1976/43, K.1977/4, 27/01/1977. Bu karara konu olayda, bir hâkim yardımcısı, hakkında uygulanan intibak işlemine karşı Danıştayda iptal davası açmış, ilgili Daire söz konusu işleme karşı yargı yolunun kapalı olması nedeniyle yetkisizlik kararı vermek yerine Anayasa'nın 144. maddesinde yapılan değişikliğin anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz yoluna başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, oy çokluğuyla, “görülmekte olan bir dava” koşulunun sağlandığına ve iptali istenen anayasa değişikliğinin Anayasa'nın değiştirilemez maddelerinde bir değişiklik yarattığı gerekçesiyle şekil yönünden denetim kapsamında incelenebileceğine karar vermiş, ardından başvurunun esasını şekil yönünden incelemiştir.

[11] M. 31/1'e göre “*Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı merciileri önünde dâvacı veya dâvalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahiptir*”.

[12] M. 114/1'e göre “*İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır*”.

düğü hallerde Kurula başkanlık etme yetkisi tanınmasına büyük önem atfetmiştir. Nitekim AYM'ye göre, “*bir yürütme görevlisinin Mahkemeye başkanlık etmesi düşünülemediğinden Yüksek Hâkimler Kurulunu yargısal bir kurul, kararlarını da yargısal bir karar saymak olanaksızdır*”. AYM, ikinci aşamada, Kurulun yüksek hâkimlerden oluşması nedeniyle Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması gerektiği görüşüne yanıt vermiştir:

“Anayasa’nın 144. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde, Yüksek Hâkimler Kurulu Başkan ve Üyelerinin yüksek dereceli hâkimlerden seçilmiş olması nedeniyle alacakları kararları idarî yargının denetimine tabî tutmakta yarar ve gerek olmayacağı öne sürülmüştür.

Gerçekten, Yüksek Hâkimler Kurulu Yargıtay’ca seçilen Yargıtay üyelerinden oluşmaktadır. Ne var ki, idarî nitelikte bir kuruluşun yüksek dereceli yargıtay üyelerinden oluşması kararlarının Yargı denetimi dışında bırakılmasını gerektirmez: Nitekim, Devletin en yüksek görev yerlerinde bulunanların aldıkları idarî kararlar da yargı denetimine bağlı tutulmuşlardır. Çünkü, yargı denetiminin kendisine Özgü kuralları vardır. Denetimin bu kurallara uygun olarak yapılması ve sonuçlanması gerekir.

Öte yandan Yüksek Hâkimler Kurulu Başkan ve üyelerinin Yargıtay üyelerinden seçilmiş olmaları nedeniyle bu kurulun vereceği kararların başkaca denetime bağlı tutulmasında gerek ve yarar olmadığı savı da tutarlı değildir. Nitekim Yargıtay üyelerinden kurulu Yargıtay Disiplin Kurulunun kararları Danıştay’ın denetimine bağlı bulunmaktadır”.

Nihayet AYM kararındaki hukuk devleti vurgusu burada anılmayı hak etmektedir. Mahkemenin yaklaşık 50 yıl önce ortaya koyduğu temel çelişki hâlâ tüm güncelliğini korumaktadır.

“Hâkimi yargı yoluna başvurma hakkından yoksun olan bir devlette, bireylerin hukuksal güvenceye sahip olduğu savunulamaz. Şikâyetle uğrayan veya denetim nedeniyle hakkında soruşturma açılan hâkim, Yüksek Hâkimler Kurulu kararıyla meslekten çıkarılabilecek, fakat hâkim, bu karara karşı yargı yerine başvuramayacaktır. Bunun hukukla bağdaşır bir yönü yoktur. Bu nedenlerle Yüksek

Hâkimler Kurulunun kararlarına karşı yargı yerine başvurulamaması Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ters düşer”.

AYM, Hâkimler Yüksek Kurulu hakkında verdiği bu karardan bir süre sonra aynı gerekçelerle Savcılar Yüksek Kurulu kararlarını yargı denetimi dışında bırakan kuralı da (Anayasa m. 137/2) Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir.^[13] Böylece, AYM’nin iptal kararlarından 12 Eylül rejiminin ürünü 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen sürede bu Kurulların kararlarına karşı idari yargıda dava açılabilmiştir.^[14]

B. 1982 Anayasası Dönemi

12 Eylül rejimi, aralarında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarının da bulunduğu bazı önemli kararları kategorik olarak yargı denetimi dışında bırakarak hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılması mümkün olmayan bir denetim dışı alan yaratmıştır. Kurul kararlarına karşı yargı yolu 1982 Anayasası’ndan önce 2461 sayılı Kanun ile kapatılmıştır. 1981 yılında kabul edilen Kanun, Kurul kararlarına karşı Adalet Bakanı ve ilgililere, kararın bir kez daha incelenmesini isteme (m. 11), Kurulca yapılacak yeniden inceleme sonrası verilen karara karşı ise ilgililere itirazda bulunma imkânı tanımıştır. Kanun’a göre, itiraz üzerine verilen karar kesin olup “*bu karar hakkında başka bir İdari ya da kazai mercie başvurulamaz*” (m. 12). Kanun’a paralel şekilde 1982 Anayasası, Kurul kararlarına karşı her türlü yargısal denetimin önünü kapamıştır. Anayasa m. 159/4’teki değişiklik öncesi düzenlemeye göre “*Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz*”.

12 Eylül rejiminin öngördüğü yargı denetimi muafiyeti otuz yıla yakın bir süre mutlak bir şekilde yürürlükte kalmıştır. 12 Eylül 2010 tarihli referandumda kabul edilen anayasa değişikliği ile Kurulun meslekten

[13] AYM, E.1977/82, K.1977/117, 27/09/1977.

[14] Murat Yanık, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK’nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 27, 2010, s. 203-204.

çıkarma cezasına ilişkin kararlarının yargısal denetimine olanak tanınmış (m. 159/10) ancak bu kısmi iyileştirme ne uluslararası standartların ne de hukuk devletinin gereklerini karşılamaya yeterli olmuştur. 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği ise bu durumda herhangi bir değişiklik öngörmemiştir. Hâlihazırda HSK'nin hâkim ve savcılar ile ilgili olarak verdiği mesleğe kabul, atama, nakil, yükselme ve birinci sınıfa atama gibi özlük işlemlerine ve meslekten çıkarma dışındaki disiplin cezalarına ilişkin kararlarının yargısal denetimi yapılamamaktadır. Bu, hukuk devletinin iki bileşenini -kamu gücünün her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması ve yargı bağımsızlığı- ilgilendiren temel bir sorun olarak çözüme kavuşturulmayı beklemektedir.

6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu, meslekten çıkarma dışındaki Kurul kararları için bir iç denetim mekanizması oluşturmuştur. Kanun'un 33. maddesinde düzenlenen bu denetim “yeniden inceleme” ve “itiraz” olmak üzere iki aşamalıdır. Yeniden inceleme, Genel Kurul ve daire kararlarına karşı Başkan veya ilgililer tarafından kararın tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde kararı veren organa yapılan başvuru ile gerçekleşmektedir. Genel Kurulun yeniden inceleme talebi üzerine verdiği kararlar kesin iken, dairelerin bu nitelikteki kararlarına karşı Genel Kurula itiraz edilmesi mümkündür. Başkan veya ilgililer tarafından kararın tebliğinden itibaren 10 gün içinde yapılabilen bu başvuru sonucu verilen karar kesindir. Kanun, Genel Kurulun veya dairelerin meslekten çıkarma cezasına ilişkin kesinleşmiş kararlarına karşı açılacak iptal davalarının ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştayda görüleceğini ve bu davaların acele işlerden sayılacağını belirtmektedir. Aşağıda değinileceği gibi “yerinden inceleme” ve “itiraz” yolları AİHM tarafından etkili birer başvuru yolu olarak görülmemektedir. Dolayısıyla Kurul bünyesinde gerçekleştirilen denetimin hâkim ve savcılar bakımından bir güvence bir olarak görülmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesinin 1977 yılında verdiği iptal kararlarının gerekçesi bütün geçerliliğini korurken 6087 sayılı Kanun'da ve Anayasa'da

öngörülen yargısal denetim engelinin hukuk devleti ilkesi bakımından haklılaştırılması imkânsızdır. Dahası, 2017 anayasa değişikliği ile Kurulun yürütme organının etkisine daha açık hâle getirildiği göz önünde bulundurulduğunda yargısal denetim ihtiyacının 1961 Anayasası dönemine nazaran çok daha baskın olduğunu söylemek gerekmektedir.

Öte yandan, HSK kararlarına karşı yargı yolunun kapalı tutulması AYM'ye bireysel başvuru mekanizmasını hâkimler, savcılar ve Kurul kararlarından etkilenen diğer kişiler bakımından işlevsiz kılmaktadır. Nitekim 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 45/3, Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvurunun konusu olamayacağını belirtmektedir. AYM, buna dayanarak meslekten çıkarma dışındaki Kurul kararlarına karşı yapılan bireysel başvuruları konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemez bulmaktadır.^[15] Dolayısıyla, Kurul kararları nedeniyle Anayasa'da tanınmış temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünen yargı mensupları ya da diğer ilgililer için ulusal düzeyde etkili bir hukuk yolu bulunmamaktadır. Bu durumda olan kimselerin doğrudan AİHM'ye başvurmaktan başka seçeneği yoktur.

Burada bir parantez açarak, AYM'nin “meslekten çıkarma cezası” kavramını hâkim ve savcılar lehine geniş yorumladığını belirtmek gerekmektedir. Otonom yorum metoduna başvuran AYM, Anayasa m. 159/10'da geçen “meslekten çıkarma cezası” ibaresindeki “ceza” kavramının disiplin cezasını kapsamakla birlikte bundan ibaret olmadığını ifade etmektedir. Bu çerçevede AYM'ye göre, disiplin hukuku bakımından bir “ceza” olmamakla birlikte meslekten çıkarma cezası ile aynı sonucu doğuran “mesleğe kabul kararının kaldırılması” yönündeki Kurul kararlarının yargısal denetiminin önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Bu kararlara karşı yargı yolunun kapalı olduğunun kabul edilmesi, Mahkemeye göre, “*hâkimlik teminatının anlamsız hâle*

[15] Örn., Nesin Kayserilioğlu (3), B. No: 2013/1581, 16/4/2013; Aziz Yıldırım, B. No: 2013/3240, 8/5/2014.

gelmesine neden olacak” ve mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açacaktır.^[16]

AYM’nin bu yaklaşımını hâkimlik teminatı açısından bir kazanım olarak görmek elbette mümkündür. Ancak HSK kararlarının yargısal denetimi Anayasa yoluyla engellendiği sürece bu tür çabaların oldukça sınırlı sonuçlar doğuracağı açıktır. Hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı adına yapılması gereken anayasa değişikliği yoluyla Kurul kararlarının tamamının yargı denetimine açılmasıdır. Uluslararası alanda birçok örgüt veya kurum tarafından kabul edilen ilkeler, tavsiye görüşleri yahut raporlar, hâkim ve savcılarının özlük işlerinin bağımsız kurullarca yürütülmesini ve bunlara ilişkin kararların yargı denetimine tabi olması gerektiğini ifade etmektedir.^[17] Ancak bağlayıcı nitelikte olmayan bu belgeler, ülkemizde arzu edilen yönde bir anayasa değişikliğini gündeme getirecek etkiye sahip olmamıştır. Bu açıdan, HSK kararlarının yargısal denetimi meselesinin AİHM tarafından ele alınması ve Türkiye aleyhine art arda ihlal kararları verilmesi yeni ve önemli bir gelişme olarak kaydedilmelidir.

II. AİHM İçtihadı Işığında HSK Kararlarının Yargısal Denetimi

AİHM’nin Kurul kararlarının yargı denetimi dışında bırakılması sorununa yaklaşımını iki döneme ayırmak mümkündür. AİHM ilk dönem kararlarında, hâkim ve savcılarının özlük ve disiplin işlerini ilgilendiren uyuşmazlıkları adil yargılanma hakkı (AİHS m. 6) kapsamında görmediğinden HSK kararlarının denetimi meselesini AİHS m. 13’te

[16] İsa Çetin [GK], B. No: 2019/2284, 11/1/2024, § 113-114.

[17] Bkz., Ekinci, *Yüksek Yargı Kurulları*, s. 150-151; Hasan Hendek, “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun Yapısının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt:1, Yıl 2, Sayı 5, 2011, s. 461-462; Sibel İncoğlu, “Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011 (95), s. 251.

düzenlenen etkili başvuru hakkı çerçevesinde ele almıştır. Yakın dönem kararlarında ise AİHM söz konusu uyuşmazlıkların AİHS m. 6 bağlamında medeni haklara ilişkin uyuşmazlık niteliğinde olduğunu kabul etmiş ve Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasını mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde incelemiştir. Kurul kararlarının yargısal denetime açılması AİHM'nin son birkaç yıl içinde verdiği kararlarla hukuki bir zorunluluk hâline gelmiştir.

A. Mahkemenin İlk Dönem İçtihadı

AİHM içtihadının iki döneme ayrılması aslında Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulama alanının genişlemesiyle ilgilidir. Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m. 6 kamu hukuku uyuşmazlıklarını kural olarak dışarıda bırakacak şekilde kaleme alınmıştır. Buna bağlı olarak AİHM, uzun süre boyunca, *Pellegrin* kararında^[18] ortaya koyduğu kriterleri uygulamak suretiyle, aralarında polis, asker, hâkim ve savcı gibi devletin egemenlik gücünden kaynaklanan yetkiler kullanan veya devlet ile aralarında özel bir güven ve sadakat bağı bulunan kamu görevlileri ile kamu makamları arasındaki iş uyuşmazlıklarını m. 6 kapsamı dışında tutmuştur.^[19]

Mahkeme 2007 yılında verdiği *Vilho Eskelinen ve diğerleri* kararında, bu alandaki içtihadını geliştirmiş ve kamu personeli ile devlet arasındaki “sıradan iş uyuşmazlıkları”nın kural olarak adil yargılanma hakkı kapsamına girdiğine karar vermiştir.^[20] Aynı karara göre, bunun aksinin söz konusu olabilmesi için iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir: İç hukukta, uyuşmazlık konusu kadro veya çalışan kategorisi açıkça

[18] *Pellegrin/Fransa* [BD], B. No: 28541/95, 08/12/1999, § 64-66.

[19] Sibel İncoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, Avrupa Konseyi, 2018, s. 4-6, dn. 16; “Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007 (72), s. 66-68.

[20] *Vilho Eskelinen ve diğerleri/Finlandiya* [BD], B. No: 63235/00, 19/04/2007, § 62.

mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakılmış olmalı ve bu durum devletin menfaati bakımından objektif olarak haklılaştırılmalıdır. İkinci koşulun sağlanması için çalışanın kamu gücünün kullanımına katılması veya devlet ile arasında özel bir güven ve sadakat bağının mevcut olması yeterli değildir. Bunun yanı sıra devlet, “uyuşmazlığın konusunun” kamu gücünün icrası veya çalışan ile devlet arasında güven ve sadakate dayalı özel bağ ile ilgili olduğunu ortaya koymalıdır.^[21] Kamu görevlisinin statüsünden ziyade uyuşmazlığın konusuna odaklanan bu yeni yaklaşım sayesinde AİHM daha önce m. 6 kapsamında görmediği birçok kamu hukuku uyuşmazlığını adil yargılanma hakkının öngördüğü güvenceler ışığında incelemiştir. Bu doğrultuda AİHM, hâkim ve savcılarının mesleğe kabulüne, atanmasına, yargısal veya idari görevlerine son verilmesine ve aldıkları disiplin cezalarına ilişkin başvuruları da adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelemiştir.^[22]

Buna karşın, AİHM’nin yeni içtihadı Türkiye’ye karşı yapılan başvurularda aynı etkiyi derhal göstermemiştir. Bunun nedeni, Sözleşmeye taraf devletlerin büyük çoğunluğunda hâkim ve savcılarının özlük işlerine ilişkin kararların yargısal denetiminin mümkün olmasıdır. Yüksek yargı kurullarının kararlarına karşı yargı yolunun açık olması *Eskelinen* kriterlerinin ilkinin karşılamadığından, AİHM birçok vakada rahatlıkla m. 6’nın uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Türkiye aleyhine yapılan başvurularda ise bu koşul sağlandığından, AİHM ikinci kriteri de incelemiş ve ilk dönem kararlarında Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasının devletin menfaatine ilişkin objektif gerekçelere dayandığını kabul etmiştir. *Apay* ve *Özpınar* kararları buna örnek olarak gösterilebilir. *Apay* başvurusunda, ailevi nedenlerle hâkimlik görevinden istifa eden başvuru daha sonra göreve yeniden atanmayı talep

[21] *Vilho Eskelinen ve diğerleri/Finlandiya* [BD], B. No: 63235/00, 19/04/2007, § 62.

[22] Karar referansları için bkz. *Eminağaoğlu/Türkiye*, B. No: 76521/12, 09/03/2021, § 62-63.

etmiş ancak bu talep o dönemki adıyla HSYK tarafından reddedilmiştir. Yeniden inceleme yolundan da sonuç alamayan başvuru, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur. *Eskelinen* kriterleri ışığında başvuruyu inceleyen AİHM, Yüksek Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğunu ve bu kısıtlamanın devletin menfaatine bağlı objektif gerekçelerle desteklendiğini belirterek başkaca bir inceleme yapmaksızın adil yargılanma hakkı kapsamına giren bir uyuşmazlık bulunmadığı gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir.^[23] Mahkeme, *Özpınar* kararında, disiplin soruşturması sonucu meslekten ihraç edilen bir hâkimin adil yargılanma hakkına ilişkin şikâyetini aynı gerekçeyle reddetmiştir.^[24] AİHM bu kararında, daha önce benzer konulu başka kararlarında yaptığı gibi,^[25] Yüksek Kurul kararlarının denetimi usulünü etkili başvuru hakkının düzenlendiği m. 13 kapsamında incelemiştir. Mahkeme, bu çerçevede yaptığı değerlendirmede, HSYK iç tüzüğü uyarınca Kurul kararlarına yapılan itirazları inceleyen kurulun (itirazları inceleme kurulu) HSYK üyelerinin tamamından oluştuğunu ve oy çokluğu ile karar verdiğini, başvuru hakkının meslekten çıkarılmasına ilişkin karara itirazı inceleyen dokuz kişilik heyette bulunan dört üyenin bizzat bu kararı vermiş olan üyeler olduğu, bu koşullarda itirazları inceleme kurulu üyelerinin tarafsızlığı hususunda ciddi kuşklar bulunduğunu, dahası iç tüzüğün bu kurulun üyelerinin tarafsızlığını güvence altına alacak herhangi bir tedbir öngörmediğini belirterek HSYK kararına karşı etkili bir başvuru yolunun mevcut olmadığı sonucuna ulaşmıştır.^[26]

AİHM'nin bu kararlarda etkili başvuru hakkı bakımından yaptığı

[23] *Apay/Türkiye*, B. No: 3964/05, 11/12/2007 (k.k.). Aynı yönde bkz. *Nazsız/Türkiye*, B. No: 22412/05, 26/05/2009 (k.k.).

[24] *Özpınar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 29-30.

[25] Örn., *Kayası/Türkiye*, B. No: 64119/00 ve 76292/01, 13/11/2008, § 111-123.

[26] *Özpınar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 85.

değerlendirmeler önemli olmakla birlikte Kurul kararlarının yargısal denetime açılmasını gerektirecek nitelikte değildir. Zira Mahkeme, başvurucuların şikâyetlerini mahkemeye erişim hakkı bağlamında incelememiştir. Etkili başvuru hakkı, mahkemeye erişim hakkında farklı olarak yargısal nitelikte olmayan başvuru yollarının tesis edilmesi suretiyle garanti altına alınabilecek, dolayısıyla adil yargılanma hakkına kıyasla çok daha esnek güvenceler içeren bir haktır. Nitekim yukarıda anılan başvurularda, itirazları inceleme kurulunun tarafsızlığının sağlanması hâlinde bu yolun etkili bir yol olabileceği varsayılmaktadır. Kurul kararlarının yargı denetimine açılmasının bir zorunluluk hâline gelmesi için Mahkemenin adil yargılanma hakkının uygulama alanını hâkim ve savcılar kariyerlerine uyumsuzlukları kapsayacak şekilde genişletmesi gerekecektir. Bu ise ancak Mahkemenin yakın dönemde verdiği kararlarla mümkün olmuştur.

B. Mahkemenin Yakın Dönem İçtihadı

AIHM, 2021 ve 2023 yıllarında verdiği üç kararla, Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmasını adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Bunlardan ikisi 2021 yılında verilen aynı tarihli *Eminağaoğlu ve Bilgen* karlarıdır.^[27] *Eminağaoğlu* vakasında, olay tarihinde hâkim ve aynı zamanda Yargıçlar ve Savcılar Birliği Başkanı olan başvurucu, devam eden bir yargılamaya ilişkin yaptığı açıklamalar nedeniyle disiplin cezası almıştır. Başvurucu, HSYK İkinci Dairesi tarafından verilen bu kararın ardından aynı Daireye yeniden inceleme talebinde bulunmuş ancak bu talep reddedilmiştir. Başvurucu bu karara karşı Genel Kurula yaptığı itirazdan da bir sonuç elde edememiştir. *Bilgen* vakasında, idari yargıda hâkim olan başvurucu rızası dışında alt seviyedeki bir yargı bölgesine atanmış, bu karara karşı mevcut başvuru yollarından bir sonuç alamamıştır. Mahkemenin 2023 yılında verdiği

[27] *Eminağaoğlu/Türkiye*, B. No: 76521/12, 09/03/2021; *Bilgen/Türkiye*, B. No: 1571/07, 09/03/2021.

Oktay Alkan kararında ise diğer iki karardan farklı olarak bir hâkim adayının mesleğe kabul edilmemesi meselesi ele alınmıştır.^[28] Bu vakadaki başvuru, hâkim adaylığı yazılı ve sözlü sınavlarını başarıyla geçerek hâkim adaylığı eğitimine başlamış, eğitimin ardından yazılı sınavda başarılı olmuş ancak Adalet Bakanlığınca düzenlenen mülakattan aynı sonucu elde edememiştir. Başvurucunun itirazı üzerine, Bakanlık kararını değiştirmiş ve başvurucunun dosyasını göreve atanmasının onaylanması için HSK'ye göndermiştir. Fakat bu kez HSK başvurucunun hâkim olma şartlarını yerine getirmediği gerekçesiyle göreve atanmasını onaylamamıştır. Diğerlerinde olduğu gibi bu vakada da yeniden inceleme ve itiraz yolları başvuru lehine bir sonuç vermemiştir. AİHM üç başvuruda da Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaması nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.

Karar metinlerine bakıldığında AİHM'nin benimsediği yeni yaklaşımın iki temel dayanağı olduğu görülmektedir. Bunlardan birincisi, 2010 yılı anayasa değişikliği ile meslekten çıkarmaya ilişkin Kurul kararlarının yargı denetimine açılmasıdır. Mahkeme, daha önce incelediği *Apay* ve *Özpınar* başvurularına konu olayların geçtiği dönemde Kurul kararlarının kategorik olarak yargı denetimi dışında bırakılmış olmasına karşın, söz konusu değişiklik ile hâkim ve savcılarının yargıya erişimi kısmen mümkün hâle geldiğini gözlemlemektedir. Mahkemeye göre bu değişiklik, Anayasa'daki yargısal denetim yasağının hâkim ve savcılarının statüsünden ziyade disiplin yaptırımının ağırlığı ile ilgili olduğunu göstermektedir. Bir başka deyişle, söz konusu yasağın hâkim ve savcılar ile işveren devlet arasındaki özel güven ve sadakat bağından kaynaklandığı tezi 2010 değişikliği sonrası Mahkeme açısından ikna edici olmaktan çıkmıştır.^[29] İkincisi ve Mahkemeye göre daha da önemlisi, Mahkemenin yakın dönem içtihadının vurguladığı gibi, adaletin garantörü

[28] *Oktay Alkan/Türkiye*, B. No: 24492/21, 20/06/2023.

[29] *Eminağaoğlu/Türkiye*, B. No: 76521/12, 09/03/2021, § 71-75.

olarak yargı erkinin demokratik toplumdaki önemi artmaktadır. Hukuk devletinde temel bir değer olan adaletin gerçekleşmesinde yurttaşların yargıya güven duymalarının ve yargı bağımsızlığının sağlanması büyük rol oynamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, yargı mensuplarının statülerini ve kariyerlerini etkileyen, yargısal bağımsızlıklarını ve özerliklerini tehdit edebilecek nitelikteki tedbirlere karşı korunması konusunda son derece titiz davranmalıdır.^[30] AİHM, içtihat değişikliğini bu şekilde temellendirdikten sonra, sözünü ettiği yakın dönem içtihadını aktararak yargıya erişimin engellenmesinin hangi hâllerde devletin menfaatiyle ilgili objektif gerekçelerle haklılaştırılabileceği üzerinde durmuştur. Mahkemeye göre, yargı mensupları söz konusu olduğunda “özel güven ve sadakat bağı” ölçütü yargı bağımsızlığı ışığında yorumlanmalıdır. Nitekim kamu görevlilerinden beklenen özel güven ve sadakat bağı ile yargı bağımsızlığı kolaylıkla bağdaşmamaktadır. Yargı mensupları, hükûmet politikalarını uygulamakla yükümlü kamu görevlilerinden farklı olarak spesifik güvencelerden yararlanmakta ve yeri geldiğinde yürütmenin eylem ve işlemlerini denetlemektedir. Hâkim ve savcılar bağımsızlığını ve tarafsızlığını doğrudan etkileyen konularda Sözleşme’nin öngördüğü güvencelerin iç hukuk aracılığıyla etkisiz bırakılması, Mahkemeye göre, hukukun üstünlüğü ilkesinin gerekleriyle de çelişmektedir. Bu tür güvencelerden yoksun kalan yargı mensuplarının hukukun üstünlüğüne saygıyı sağlamaları olası değildir.^[31] AİHM sonuç olarak, Kurul kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmasının devletin menfaatine yönelik objektif gerekçelerle desteklenmediğini, her halükârda kamu makamlarının bunu ortaya koyamadığını belirterek adil yargılanma hakkının içerdiği güvencelerin hâkim ve savcıları

[30] *Eminağaoğlu/Türkiye*, B. No: 76521/12, 09/03/2021, § 76; *Bilgen/Türkiye*, B. No: 1571/07, 09/03/2021, § 58, *Oktay Alkan/Türkiye*, B. No: 24492/21, 20/06/2023, § 48.

[31] *Eminağaoğlu/Türkiye*, B. No: 76521/12, 09/03/2021, § 78; *Bilgen/Türkiye*, B. No: 1571/07, 09/03/2021, § 79.

ilgilendiren kamu hukuku uyuşmazlıklarında da geçerli olduğunu kaydetmiştir.

Mahkeme *Eminağaoğlu* kararında, uyuşmazlık konusu kararı veren HSYK dairesinin Sözleşme bağlamında bir “yargı yeri” olarak görülüp görülemeyeceğini incelemiştir. Bu hususta Mahkeme, HSYK önünde cereyan eden sürecin yazılı nitelikte olduğunu ve oldukça zayıf güvenceler barındırdığının altını çizmiştir. Disiplin soruşturmalarında izlenecek usul, soruşturmanın muhataplarının yararlanacağı güvenceler ve delillerin değerlendirilmesi konularında mevzuatta spesifik kuralların bulunmaması, bu süreçte duruşma açılmaması, tanık dinlenmemesi ve nihai kararların yeterli gerekçe içermemesi gibi hususları dikkate alan Mahkeme -hükûmetin de kabul ettiği üzere- HSYK İkinci Dairesinin yargısal nitelikte bir organ olmadığı sonucuna ulaşmıştır. AİHM, aynı ölçütlerden hareketle daire kararlarına itirazları inceleyen Genel Kurulun da bir “yargı yeri” sayılamayacağını ifade etmiştir.^[32] Mahkeme, Kurul hakkındaki bu değerlendirmelere diğer iki kararında da yer vermiştir.^[33] Daha yakın tarihli olayları konu *Oktay Alkan* kararında, Mahkeme, 2017 anayasa değişiklikleri kapsamında yeni oluşturulan HSK’nin karar alma sürecinde herhangi bir değişikliğe gidilmediğini, dolayısıyla *Eminağaoğlu* ve *Bilgen* kararlarında tespit edilen eksikliklerin güncelliğini koruduğunu not etmiştir.^[34]

Özetle Mahkeme, disiplin cezası, atama ve mesleğe kabul konularında ortaya çıkan uyuşmazlıkların medeni haklara ilişkin uyuşmazlıklar kategorisine girdiğine, HSK organlarınca yapılan denetimin yargısal denetim yerine geçmeyeceğine, HSK kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmasının mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açtığına karar

[32] *Eminağaoğlu/Türkiye*, B. No: 76521/12, 09/03/2021, § 96-99.

[33] *Bilgen/Türkiye*, B. No: 1571/07, 09/03/2021, § 74; *Oktay Alkan/Türkiye*, B. No: 24492/21, 20/06/2023, § 51.

[34] *Oktay Alkan/Türkiye*, B. No: 24492/21, 20/06/2023, § 52.

vermiştir. AİHM, HSK'nin bir yargı merci olmadığı sonucuna ulaştığı için Kurulun yürüttüğü disiplin süreçlerinin bağımsızlık ve tarafsızlık ölçütlerine uygun olup olmadığı sorusunu yanıtlamamıştır.

Mahkemenin “yeni” içtihadında yargı bağımsızlığı vurgusunun her şeyin önüne geçtiği görülmektedir. Mahkeme uzun yıllar boyunca, hâkim ve savcılarının devletin egemenlik gücünden kaynaklanan yetkileri kullandığını ve devlet ile aralarında özel bir güven ve sadakat bağı bulunduğunu kabul etmişken, son yıllarda bu yaklaşımını değiştirmiş ve “güven ve sadakat bağı” kavramının yargı bağımsızlığı ışığında yorumlanması gerektiğini savunmaya başlamıştır. Buna göre, hâkimlik ve savcılık meslekleri bağlamında, özel güven ve sadakat bağı ile “*devlet gücünü elinde bulunduranlara değil, hukukun üstünlüğü ve demokrasiye sadakat*” kastedilmektedir.^[35] Diğer yandan, “*hükümet, yargı bağımsızlığı güvenceleri ile bağdaşmayan sonuçların ortaya çıkması durumunda, uyuşmazlıkları yargı denetimi dışında bırakmak için devlet gücünün kullanılması argümanına başvuramaz*”.^[36] Bu vurgular, adil yargılanma hakkının kapsamının genişletilmesinde yargı bağımsızlığını koruma kaygısının ne denli önemli bir yer tuttuğunu göstermektedir. AİHM, herhangi bir başvuruda m. 6/1 kapsamında yaptığı incelemede belirli bir mahkemenin bağımsız ve tarafsız olup olmadığını değerlendirebilmektedir. Buna karşın, yargı bağımsızlığının müstakil bir hak veya ilke olarak Sözleşme kapsamında korunmaması nedeniyle, AİHM yüksek yargı kurullarının yapısı ve işleyişi yahut daha genel olarak yargı erkinin diğer erkler karşısındaki konumu hakkında kesin değerlendirmelerde bulunamamaktadır. Hâkim ve savcılarının kariyerlerine ilişkin uyuşmazlıkların adil yargılanma hakkı kapsamında görülmesi bu açıdan Mahkemenin denetim alanını genişletmiş görünmektedir. Mahkemeye erişim hakkı bu yöndeki genişlemeye aracılık etmektedir. AİHM bu

[35] Bilgen/Türkiye, B. No: 1571/07, 09/03/2021, § 79; Oktay Alkan/Türkiye, B. No: 24492/21, 20/06/2023, § 48.

[36] Oktay Alkan/Türkiye, B. No: 24492/21, 20/06/2023, § 57.

sayede yargı mensuplarının hukuka aykırı veya keyfi şekilde yerlerinin, görevlerinin ya da görev sürelerinin değiştirilmesine, mesleğe kabul edilmemelerine ve meslekten çıkarmaya varan yaptırımlara maruz bırakılmalarına sessiz kalmamaktadır.

AIHM içtihadında yargı bağımsızlığına yapılan vurgunun bu denli görünür olması Orta ve Doğu Avrupa'daki siyasi gelişmelerle yakından ilgilidir. Bilhassa Macaristan'da ve Polonya'da gerçekleşen siyasi reformların yargı bağımsızlığını doğrudan hedef alması ve birçok ülkede yürütmenin yargı üzerindeki etkisinin artması, yargı bağımsızlığı konusundaki standartların yükseltilmesini gerekli kılmıştır. Büyük Dairenin 2016 yılında verdiği *Baka/Macaristan* kararının bu sürece büyük katkısı olmuştur.^[37] AIHM bu kararında, anayasa değişikliği yoluyla Yüksek Mahkeme Başkanının görev süresi dolmadan başkanlık görevine son verilmesini hukuk devleti açısından sorunlu bulmuş ve yargı bağımsızlığına yönelik bu tehdit karşısında “medeni haklara ilişkin uyumsuzluk” kavramını ve mahkemeye erişim hakkının kapsamını yeniden yorumlamıştır. Bu yolla AIHM, kişiye özel ve yargı denetimi dışında kalan düzenlemelerle yargı bağımsızlığına müdahale edilmesinin Sözleşme ile bağdaşmadığını açık bir şekilde ifade etmiştir. Mahkeme, *Grzeda/Polonya* kararında ise hükûmetin art arda hayata geçirdiği yargı reformlarının amacının yargı bağımsızlığını ve hukukun üstünlüğünü zayıflatmak olduğunu belirtmiş ve söz konusu reformlar kapsamında Ulusal Yargı Konseyi üyesi başvurunun görevine son verilmesini adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelemiştir.^[38] AIHM bu kararda, başvurunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini tespit etmenin yanında, reformların ardından Ulusal Yargı Konseyinin bağımsızlığı-

[37] *Baka/Macaristan* [BD], B. No. 20261712, 23/06/2016.

[38] *Grzeda/Polonya* [BD], B. No. 43572/18, 15/03/2022.

nın güvencesiz kaldığını da ifade etmiştir.^[39] Bu örneklerin gösterdiği gibi yargı bağımsızlığı güvencesi hâkim ve savcılarının idari görevlerini de kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Yargı bağımsızlığını zedeleyecek bir işlem veya karara karşı yargı yolunun kapatılması, Mahkemeye göre, hiçbir koşulda devletin menfaatini korumaya yönelik objektif bir gerekçe oluşturmayacaktır.^[40]

Baka ve *Grzeda* kararları sadece birer örnek teşkil etmektedir. Bu kararların ortak noktası, AİHM'nin başvurulara konu bireysel ihtilafların arka planını da incelemesi ve yargı bağımsızlığı konusunda genel değerlendirmelerde bulunmasıdır. Mahkeme bunu yaparken bağlayıcı nitelikte olmayan uluslararası belgelerden ve uluslararası örgütler tarafından hazırlanan raporlardan büyük destek almaktadır. Hiç şüphe yok ki Mahkeme, yargı bağımsızlığının güvence altına alınmadığı rejimlerde hukukun üstünlüğü ve demokrasi ideallerine ulaşamayacağını farkındadır. Bu yalnızca ilgili devletler açısından değil AİHM açısından da hayati bir sorundur. Nitekim bizzat Mahkemenin altını çizdiği gibi “bağımsız yargıçlar olmadan Sözleşme sisteminin düzgün işlemesi mümkün değildir”.^[41]

Kanımızca yakın dönemde Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarını yargı bağımsızlığına ilişkin bu genel çerçeve içinde değerlendirmek

[39] AİHM, Polonya'daki reformların ardından hâkim ve savcılar tarafından yapılan çok sayıda başvuruda ihlal kararları vermiştir. *Grzeda* kararı bunlardan yalnızca biridir. Öte yandan onlarca başvuru hükûmete bildirilmiş ve Mahkeme tarafından karara bağlanmayı beklemektedir. Ayrıca AİHM, tarihinde ilk kez, adil yargılanma hakkı ile bağlantılı başvurularda geçici tedbir kararları vermiştir. Örn., *Leszczyńska-Furtak/Polonya* (B. No. 39471/22); *Gregajtys/Polonya* (B. No. 39477/22); *Piekarska-Drązek/Polonya* (B. No. 44068/22). Bu başvurular, görev yerleri rızaları dışında değiştirilen hâkimler tarafından yapılmıştır. AİHM, Polonya Hükûmetine, esas hakkındaki kararını verene kadar başvuruçuların atanma işlemlerinin durdurulması gerektiğini bildirmiştir (06/12/2022).

[40] *Grzeda/Polonya* [BD], B. No. 43572/18, 15/03/2022, § 326.

[41] *Grzeda/Polonya* [BD], B. No. 43572/18, 15/03/2022, § 324.

gerekmektedir. Doğrusu AİHM *Eminağaoğlu, Bilgen ve Oktay Alkan* kararlarında HSK'nin bağımsızlığı ya da genel olarak Türkiye'de yargı bağımsızlığı konusunda genel değerlendirmeler yapmaktan kaçınmıştır. Bununla birlikte Mahkeme, Venedik Komisyonunun, 2017 anayasa değişikliklerinin “*Türk yargısını güçlendirmek yerine zayıflattığı*” yönündeki görüşüne atıf yapmıştır.^[42] Her halükârda AİHM, yargıçların devlete değil hukukun üstünlüğüne ve demokrasiye bağlılık ödevi altında bulunduğunu belirterek, yargı bağımsızlığı sorununa yaklaşımının bundan böyle “devlet menfaati” odaklı olmayacağını ortaya koymuştur.

Sonuç

Avrupa Mahkemesinin yargı bağımsızlığı alanındaki yeni içtihadı ve Türkiye'ye karşı vermiş olduğu üç ihlal kararı, HSK kararlarının yargı denetimine tabi kılınmasının bundan böyle bir temenniden yahut tavsiyeden ibaret olmadığını ortaya koymaktadır. Gerekli anayasal ve yasal değişiklikler yapılarak Kurulun bütün kararlarına karşı yargı yolunun açılması Türkiye açısından bir zorunluluk hâline gelmiştir. Bunun yapılması durumunda, Anayasa Mahkemesinin devreye girerek yargı bağımsızlığı alanındaki uluslararası standartları iç hukuka aktarmasının önü açılacaktır. Aksi takdirde, HSK kararlarına karşı doğrudan AİHM'ye yapılan başvurular otomatik olarak mahkemeye erişim hakkının ihlali tespitiyle sonuçlanacaktır. Bunun da ötesinde Kurul kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmasının geçmişte olduğu gibi günümüzde de meşru bir amacı ve haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Uluslararası standartlar bu konuda şüpheyi yer bırakmayacak ölçüde açıktır.

Türkiye, yargı reformuna ilişkin yol haritasını belirlerken bu hususları ve bilhassa uluslararası insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerini göz önünde bulundurmalı ve 2010 yılında yaptığı gibi bir kez daha kısmi iyileştirmelerle yetinmemelidir. Ne var ki 2019 Yargı Reformu Strateji Planının bu açıdan yetersiz kaldığı görülmektedir.

[42] *Oktay Alkan/Türkiye*, B. No: 24492/21, 20/06/2023, § 30.

Planda konuyla alakalı tek hedef disiplin cezalarına ilişkin HSK kararlarına karşı yargısal denetim mekanizmasının genişletilmesidir. Açıkça ifade edilmese de bundan, meslekten çıkarma cezasına ek olarak başka disiplin cezalarına karşı da yargı yolunun açılmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu yönde bir reformun AİHM tarafından tespit edilen sorunları ortadan kaldırmayacağı açıktır. Yukarıda aktarılan AİHM içtihadı ışığında Türkiye'nin önünde iki seçenek olduğunu söylemek olanaklıdır. Bunlardan birincisi ve ideal olanı Kurul kararlarının bağımsız ve tarafsız mahkemelerce denetiminin koşulsuz olarak mümkün hâle getirilmesidir. İkincisi ise HSK'nin adil yargılanma hakkı kapsamında bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii olarak kabul edilmesini sağlayacak şekilde yeniden yapılandırılmasıdır. İkinci ihtimalde, Kurulun bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasının yanında, yeniden inceleme ve itiraz süreçlerinin adil yargılama ölçütlerine uygun hâle getirilmesi (bilhassa, Kurul kararlarının gerekçeli olması, ilgililere savunma hakkı kapsamında gerekli güvencelerin tanınması, spesifik usul kurallarının oluşturulması, duruşma yapılmasına ve tanık dinlenilmesine imkân tanınması, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine riayet edilmesi) gerekmektedir. Bu ise mevcut Strateji Planının sınırlarını aşan, çok daha köklü ve kapsamlı bir reform ile mümkün olabilecektir.

KAYNAKÇA

Çelik, Demirhan Burak, “16 Nisan Anayasa Değişikliği ve Yeni Hâkimler ve Savcılar Kurulu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 73, No. 4, 2018, s. 1057-1094.

Çelik, Burak, *Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

Duymaz, Erkan, “Avrupa Konseyi Anayasal Birikimi Işığında 2017 Anayasa Değişikliği”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 12, Yıl: 2017, s. 683-697.

Ekinci, Bezar Eylem, *Anayasa Hukuku Açısından Yüksek Yargı Kurulları*, Turhan Kitabevi, 2019.

Hendek, Hasan, “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun Yapısının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt:1,Yıl 2, Sayı 5, 2011, s. 451-486.

İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, Avrupa Konseyi, 2018.

İnceoğlu, Sibel, “Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011 (95), s. 235-268.

İnceoğlu, Sibel, “Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007 (72), s. 55-74.

Kaboğlu, İbrahim Ö., *15 Temmuz Anayasası*, Tekin Yayınları, 2017.

Keser, Hayri; Niyazioğlu, Fatma, “Türkiye’de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2011, s. 119-157.

Sağlam, Fazıl, “Anayasa Değişikliklerinde Hâkimler ve Savcılar (Yüksek) Kurulu’nun Konumu”, *Güncel Hukuk*, 2017/3, No. 159, s. 42-44.

Yanık, Murat, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK’nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 27, 2010, s. 161-216.

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E.1976/43, K.1977/4, 27/01/1977.

AYM, E.1977/82, K.1977/117, 27/09/1977.

Aziz Yıldırım, B. No: 2013/3240, 8/5/2014.

İsa Çetin [GK], B. No: 2019/2284, 11/1/2024.

Nesin Kayserilioğlu (3), B. No: 2013/1581, 16/4/2013.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Apay/Türkiye, B. No: 3964/05, 11/12/2007 (k.k.).

Baka/Macaristan [BD], B. No. 20261712, 23/06/2016.

Bilgen/Türkiye, B. No: 1571/07, 09/03/2021.

Eminağaoğlu/Türkiye, B. No: 76521/12, 09/03/2021.

Gregajtys/Polonya, B. No. 39477/22, 06/12/2022 (geçici tedbir kararı).

Grzeda/Polonya [BD], B. No. 43572/18, 15/03/2022.

Kayasu/Türkiye, B. No: 64119/00 ve 76292/01, 13/11/2008.

Leszczyńska-Furtak/Polonya, B. No. 39471/22, 06/12/2022 (geçici tedbir kararı).

Nazsız/Türkiye, B. No: 22412/05, 26/05/2009 (k.k.).

Oktay Alkan/Türkiye, B. No: 24492/21, 20/06/2023.

Özpınar/Türkiye, B. No: 20999/04, 19/10/2010.

Pellegrin/Fransa [BD], B. No: 28541/95, 08/12/1999.

Piekarska-Drązek/Polonya, B. No. 44068/22, 06/12/2022 (geçici tedbir kararı).

Vilho Eskelinen ve diğerleri/Finlandiya [BD], B. No: 63235/00, 19/04/2007.

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığının Güçlendirilmesinde Kararların İcrası: Karşılaştırmalı Hukuktan Örnekler

Zeynep ÖZKAN GÜNEŞ

Özet

Türk hukukunda, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin pozitif temellendirmenin Anayasa'nın 138 ve 153. maddeleri ile Anayasa Mahkemesinin 6216 sayılı Kuruluş Kanunu'nun 66. maddesinde yapıldığı görülmektedir. Bu çalışmada, anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ile kararların icrası arasındaki sıkı ilişkiden yola çıkılarak kararların icrasının nasıl olduğuna; kararların icra edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek sorunlara ve bunun çözümüne yönelik yöntemlere/olanaklara odaklanılmıştır. Çalışmada belirtilen sorunlara ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki yöntemler incelenerek bu yöntemlerin dört temel grupta toplanabileceği belirlenmiştir. Bu bağlamda çalışma, mahkeme kararlarının bağlayıcılığı, kararların icrası ve icra edilmeme durumunda ortaya çıkan sorunlara yönelik çözüm olanakları şeklinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler:

anayasa mahkemesi kararlarının icrası

karşılaştırmalı hukuk

anayasa mahkemesinin kararlarının bağlayıcılığı

Enforcement Of Judicial Decisions In Strengthening The Binding Effect Of Constitutional Court Decisions: Examples From Comparative Law

Abstract

In Turkish law, it is that the positive justification for the binding effect of the Constitutional Court decisions is provided in Articles 138 and 153 of the Constitution and Article 66 of the Law No. 6216 of the Constitutional Court.

This study focused how the decisions are executed, the problems that may arise if the decisions are not implemented and the methods/opportunities for solving these problems, based on the close relationship between the binding effect of the constitutional court decisions and the execution of the decisions.

By examining the methods in comparative law regarding the problems mentioned in the study, it has been determined that these methods can be grouped into four basic groups.

In this context, the study is discussed as the binding effect of court decisions, the execution of decisions and the solution possibilities for the problems that arise in case of non-execution.

Keywords:

Binding Force of Constitutional Court
Decisions

Examples from
Comparative Law

Execution of Constitutional Court Decisions

Giriş

Türk hukukunda, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin pozitif temellendirmenin Anayasa'nın 138 ve 153. maddeleri ile Anayasa Mahkemesinin 6216 sayılı Kuruluş Kanunu'nun 66. maddesinde yapıldığı görülmektedir.

Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı, Anayasa'nın 138. maddesindeki *“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”*(f.4.) hükmü ile düzenlenmiştir. Anayasa'nın 153. maddesindeki *“Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir.* (f.1), *“Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.”* (f.6) hükmü ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesindeki *“Mahkeme kararları kesindir. Mahkeme kararları Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.”* (f.1) hükmü, Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliğini ve bağlayıcılığını vurgulamaktadır. Bu düzenlemeler, mahkeme kararlarının bağlayıcılığı konusunda, kararların kesinliğine; bir başka ifade ile değiştirilmeden ve gecikmeden uygulanması zorunluluğuna işaret etmektedir. Zira yargı kararlarının icrası hem hukuk devleti ilkesinin gereğidir hem de diğer organlar açısından anayasal bir yükümlülüktür.

Bu çalışmada, anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ile kararların icrası arasındaki sıkı ilişkiden yola çıkılarak kararların icrasının nasıl olduğuna; kararların icra edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek sorunlara ve bunun çözümüne yönelik yöntemlere/olanaklara odaklanılmıştır. Çalışmada belirtilen sorunlara ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki yöntemler incelenerek bu yöntemlerin olumlu/olumsuz sonuçlarını ve Türk hukuku bakımından ortaya çıkan sorunlarda uygulanabilirliğini tartışmaya açmak, çalışmanın temel amacı olarak belirtilebilir. Bu bağlamda çalışma, mahkeme kararlarının bağlayıcılığı, kararların icrası ve icra edilmeme durumun-

da ortaya çıkan sorunlara yönelik çözüm olanakları başlıkları biçiminde ele alınacaktır.

I. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

Anayasa'nın "üstünlüğü ve *bağlayıcılığı*"nın kabul edildiği bir anayasal düzende, anayasa hükümlerinin üstünlüğü ve bağlayıcılığı, anayasanın tüm kurulu erkler karşısında üstünlüğü ve tüm bu erklerin anayasayla bağlı olması anlamına gelir. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığının güvencesi ise; kamu gücü kullanan organların anayasaya aykırı işlemlerini yargısal denetim altına alacak hukuksal mekanizmanın benimsenmiş olmasıdır. Bu, aynı zamanda kurulu iktidar organlarının kurucu iktidarın iradesine uygun hareket etmesini sağlamaya olanak tanımaktadır. Dolayısıyla bu durum, anayasayı yorumlayan Anayasa Mahkemesinin kararlarının da bağlayıcı olması sonucunu doğurmaktadır.

Türk pozitif hukukunda, "*anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı*"na ilişkin Anayasa'nın 11. maddesi, "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" hükmünü içermektedir. Bu hüküm, gerek kurulu iktidar erkleri gerekse kişilerin toplum içinde hukuksal faaliyetlerinin anayasaya uygun olmak zorunluluğuna işaret etmektedir.^[1] Anayasa'nın 11. maddesinde ortaya konulan üstünlük ve bağlayıcılığın güvencesi olarak anayasa yargısının benimsendiği ve yukarıda belirtilen Anayasa'nın 138 ve 153. maddeleri ile de anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin pozitif temellendirmenin yapıldığı açıktır.

[1] Yavuz Atar, "Anayasanın Bağlayıcılığı Ve Üstünlüğü İlkesi Ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları (Anayasa M. 11)". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, no.2, (Haziran 1989): 181-189.

Anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ele alınırken kararların şekli ve maddi anlamda kesin hüküm olma niteliğiyle bu bağlayıcılığın kapsamının ortaya konulması, kararları yerine getirmekle yükümlü olanlar açısından önem taşımaktadır. Öte yandan Anayasa Mahkemesi kararları açısından diğer önemli nokta, denetimin niteliğine ve denetim sonucu verilen karar türlerine göre ayrı değerlendirme gerekliliğidir. Bu bağlamda norm denetimi ve bireysel başvuru sonucu verilen kararlar, hükmün kesinliği açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

Kararların şekli anlamda kesinliği, bir yargı organı tarafından verilen karara karşı olağan kanun yoluna başvurulamamasıdır.^[2] Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi kararlarının hem norm denetimi hem de bireysel başvuru açısından şekli anlamda kesin olduğu açıktır.^[3]

Kararların maddi anlamda kesinliği; bir mahkemenin verdiği kararla çözüme bağladığı sorunun, aynı taraflarca aynı sebebe dayanarak tekrar uyumsuzluk konusu yapılamamasıdır.^[4] Burada temel mesele, hükmün diğer yargılamalara olan etkisidir. Anayasa Mahkemesi de bu hususu 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında “*Anayasa’nın 152. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kararları kesindir. Kesin yargı karar, kararı veren mahkemece veya başka bir yargı yerince yeniden incelenip değiştirmesi olanağı bulunmayan karar demektir. Anayasa Mahkemesinin Anayasa’ya aykırılık iddialarına ilişkin kararları Anayasa’nın 149. veya 151. maddelerine dayanılarak yapılmış belli istemler üzerine verilebileceğinden her kararın kesinliği de o kararın verilmesini gerektiren belli dâva veya itiraz açısından söz konusu*

[2] Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), Cilt II, 1481-1482; Hakan Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2023), 461; Merih Öden, *Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 353.

[3] Bkz. AYM, Şahin Alpay Başvurusu. B. No: 2018/3007, 15.3.2018, prg. 66.

[4] Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, 1485; Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 462; Öden, *Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi*, 354.

olabilir.”^[5] şeklinde belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının maddi anlamda kesin hüküm niteliği, norm denetimi sonucu ortaya çıkan kararlar bakımından kuşkusuz farklılık taşır. İptal kararları, maddi anlamda kesin hüküm niteliğindedir. Zira Mahkemenin de açıkça ifade ettiği üzere, “İptal *kararlariyle* dâva veya itirazın reddine ilişkin kararlar arasında açık bir ayırım vardır. İptal kararları karar gününde ve eğer ayrıca yürürlük günü belirtilmişse o günde iptal konusu hükümleri yürürlükten kaldırır. Yürürlükte bulunmayan bir kanunun Anayasa’ya aykırılığı İleri *sürülemediğine* göre böylece çözümlenmiş konuların bir daha mahkemeye gelmesi düşünülemez. Gelse de yeniden incelemenin gereği ve konusu olmaz ve iş karar verilmesine yer olmadığı yolunda bir kararla kapanır.”^[6] Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararları, Mahkemenin incelediği aykırılık sebepleri yönünden ilgili normun Anayasa’ya aykırı olmadığını açıklar. Mahkemenin ret kararları, normun anayasaya uygunluğu konusunda kesin bir hüküm değildir.^[7] Bu bağlamda, kararın maddi anlamda kesin hüküm niteliği yalnız Mahkemenin önündeki olay ve taraflarla sınırlıdır.^[8] Ancak bu durum, ret kararının diğer organlar, gerçek ve tüzel kişiler bakımından bağlayıcı olmadığı anlamına gelmemektedir. Zira karar, Anayasanın 153. maddesi gereğince bağlayıcılığını sürdürmektedir.^[9] Elbette bu durum, ret kararlarının şekli anlamda kesin hüküm niteliğinden ileri gelmektedir. Öte yandan Anayasa’nın 152. maddesi son fıkrasındaki on yıl süreli denetim yasağı istisnası dışında hakkında ret kararı verilen normun, yeniden

[5] AYM, E.1969/17 K. 1969/49 Kt. 30.9.1969.

[6] AYM, E. 1969/17 K 1969/49 Kt. 30.9.1969.

[7] Öden, *Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi*, 387.

[8] Metin Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, (Ankara: AÜSBF Yayınları, 1966), 175.

[9] Ulaş Karan, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2022), 111.

Mahkemenin önüne norm denetimi yolu ile gelmesinin önünde herhangi engel bulunmamaktadır. Mahkemenin vermiş olduğu bir diğer karar türü olan yorumlu ret kararları, normun Anayasa Mahkemesinin yorumuna uygun biçimde anlaşılması yoluyla Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşılan; dolayısıyla Mahkemece normun uygulama biçiminin de belirlendiği karar türüdür. Yorumlu ret kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir. Yorumlu ret kararlarının bağlayıcılığı bakımından önem taşıyan nokta ise; Mahkeme'nin karar gerekçesinin hüküm fıkrası ile beraber bağlayıcı olmasıdır.^[10] Son olarak yürürlüğün durdurulması kararları, davayı sonuçlandıran nitelikte kararlar olmaması nedeniyle maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımamaktadır. Ancak iptal ve ret kararları gibi yürürlüğün durdurulması kararları da Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmekte olup bağlayıcıdır.

Anayasa Mahkemesi kararlarının maddi anlamda kesin hüküm niteliği, bireysel başvuru sonucunda verilmiş ihlal kararları bakımından da geçerlidir. Anayasa Mahkemesi, “başvurucu hakkında verdiği ihlal kararının nihai ve bağlayıcı olduğunda kuşku bulunmadığı; Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu ihlal kararlarının başka bir merci tarafından Anayasa'ya veya Kanun'a uygunluk yönünden denetlenemeyeceği”ni belirttiği bire kararında, aksi durumun; Anayasa'nın 6. maddesinde düzenlenen “*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*” hükmü ile bağdaşmayacağını da açıkça ifade etmiştir.^[11] Esasında bu durumu, bireysel başvurunun, temel hakların sübjektif haklar olarak geçerli kılınacağı bir *sübjektif işlevden* ziyade, somut uyuşmazlıklarda ikincil olarak verilen kararın olayı aşan etkileri bakımından *hukuk düzeninin korunmasına hizmet eden objektif işlevi*^[12]nden kaynaklandığı düşüncesiyle açıklamak

[10] Yüksel Metin, Anayasanın Yorumlanması, (Ankara: Asil Yayınları, 2008), 192.

[11] AYM, Şahin Alpay Başvurusu. B. N: 2018/3007, 15.3.2018, prg. 79.

[12] Korkut Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2015), 210.

olanaklıdır.

Kararların bağlayıcılığının kapsamı, bu kararları yerine getirmekle yükümlü olanların kimler olduğu ve yükümlülüğün içeriğinin ne olduğunun açıklığa kavuşturulması ile ilgilidir. Kuşkusuz kural olarak kararlar herkes için bağlayıcıdır. Bu açıdan, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 153. maddesi son fıkrasında düzenlenen hükümle ilgili olarak bir kararında, *“başta yasama organı olmak üzere, Anayasa'da sayılan organ, kuruluş ve kişiler yönünden Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma ve bu kararlara aykırı davranmama yükümlülüğü getirilmiştir. Bu durum, Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği bir konuda aynı içerik ve nitelikte yeni bir yasa çıkarılmamasını da zorunlu kıldığından, yasama organının Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı görerek iptal ettiği bir kuralın aynı ya da değişik ifadelerle benzerini yasalaştırmaması gerekir”*^[13] şeklindeki ifadesinden kararların *erga omnes* nitelikte olduğunu söylemek olanaklıdır. Kararların *erga omnes* niteliği, norm denetimi sonucu verilen kararlar açısından açıktır. Bununla birlikte, bağlayıcılığın kapsamının karar türlerine göre farklılaşabileceği/değişebileceği göz ardı edilmemelidir. Bu husus, özellikle norm denetimi sonucunda verilen kararların hüküm fıkralarının bağlayıcılığının karar gerekçelerini de içerecek şekilde genişletilmesine yönelik Anayasa Mahkemesi kararından^[14] doğan tartışmalarla da ilişkilidir. Mahkemenin bu kararlarına göre, *“.. yasama organı düzenlemelerde bulunurken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmak zorundadır”* Öğretide karar gerekçelerinin de hüküm fıkrası ile birlikte bağlayıcı olduğu^[15] yönünde görüşler

[13] AYM, E. 1988/11 K 1988/11 Kt. 24.5.1988.

[14] AYM, E. 1996/51 K. 1998/17 Kt. 13.5.1998. E. 1998/58 K. 1999/19 Kt. 27.5.1999. E. 2000/45 K. 2000/27 Kt. 5.10.2000.

[15] Bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996) , 294; İbrahim Kaboğlu, Anayasa Yargısı, (Ankara: İmge Kitabevi, 2007), 1151; Bülent Tanör –Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınları, 2018), 584.

olduğu gibi gerekçelerin bağlayıcı olmadığı^[16] yönünde aksi görüşler de mevcuttur. Gerekçelerin bağlayıcı olmadığı yönündeki görüşlerin isabetli olduğuna işaret edilmekle birlikte, bu durumun yorumlu ret kararları bakımından ayırık tutulması gerektiği, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bir kez daha belirtilmelidir. Böylece, *erga omnes* nitelikteki bağlayıcılığın ortaya çıkardığı yükümlülük, kamu gücü kullanan tüm erkler ile kişiler bakımından bozulan anayasal düzenin yeniden tesis edilmesi ve gelecekte de sürdürülmesi olarak belirlenebilir. Bireysel başvuru sonucu verilen kararların kapsamının belirlenmesinde ise bireysel başvurunun hem sübjektif ve objektif işlevinin dikkate alınması hem de Anayasa'nın açık düzenlemesinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda bireysel başvuru sonucu verilen kararların da *erga omnes* nitelikte olduğu söylenebilir.^[17] Aksi halde hem bireysel başvurudan beklenen yararın sınırlanması söz konusu olacak hem de anayasal yorum birliğinin sağlanması engellenecektir.^[18] Bağlayıcılığın kapsamına karar gerekçelerinin de dâhil olduğu belirtilmelidir. Zira, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi (1) bendinde “*İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir.*” şeklinde yer alan düzenleme, gerekçelerin de bağlayıcı olduğunun kabulüne açık bir dayanak teşkil etmektedir.

Kararların bağlayıcılığı, esasen kararların icrasına; bir başka ifadeyle, diğer anayasal organlar tarafından kararların dikkate alınmasına, gerekçelerinin yerine getirilmesine dayanmaktadır. Zira kararların icrası ile bağlayıcılığının kabulü arasındaki bu sıkı ilişki, Anayasa Mahkemesi kararlarına uygun davranılması yoluyla gelecekte benzer nitelikte ihlallerin/aykırılıkların ortaya çıkmasını önleme amacından kaynaklanmaktadır.

[16] Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 426; Öden, *Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi*, 357.

[17] Ulaş Karan, Öğretimde ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, 136.

[18] Selin Esen, “Anayasa Şikâyeti”, Ankara Hukuk Toplantıları: Anayasa Şikâyeti, Ankara Üniversitesi Yayınları, (Mayıs 2009), 58.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ İCRASI

Mahkeme kararlarının icrası, yargılamayı tamamlayıcı ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayıcı bir unsurdur. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı konusundaki açık düzenlemeler karşısında, Türk pozitif hukukunda kararların icrasının nasıl olacağı bakımından herhangi açık düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda, öncelikle kararların icrası bakımından yükümlü olan organlar ve bu yükümlülüğün içeriğinin belirlenmesi ardından kararların icrasının nasıl bir yöntemle izlenebileceği hususlarını ele almak isabetli olacaktır.

Mahkemece verilen kararların icra edilmesinde yükümlü olan organlar ve bu yükümlülüğün içeriği kararların türlerine göre belirlenmektedir.

Norm denetimi sonucu verilen iptal kararlarında bu yükümlülük, norm eğer kanun veya TBMM İçtüzüğü ise yasama organına; Kanun Hükmünde Kararname (KHK) veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ise yürütme organına aittir. Yasama organının Anayasa Mahkemesinin iptal kararını yerine getirirken bir takım sınırlılıklarının da olduğu göz ardı edilmemelidir. “Yeniden yasalaştırma yasağı” olarak ifade edilen bu husus, yukarıda da ifade edildiği üzere, Anayasa Mahkemesinin, Anayasa’nın 153. maddesindeki kararların bağlayıcılığı meselesini gerekçeleri de içerecek şekilde yorumlaması ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi birçok kararında, iptal kararlarının yasama organı açısından etkisini Anayasa’nın 153. maddesinden yola çıkarak *“yasama organı yapacağı düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir.... Yasama organının, iptal edilen kuralın aynısını veya benzerini yasalaştırması durumunda, Anayasa Mahkemesi’nin etkinliği ortadan kaldırılarak yasalarrın yargısal denetimi anlamını yitirir.”*^[19] şeklinde ifade etmiştir. Böylece

[19] AYM, E. 1996/51 K. 1998/17 Kt. 13.5.1998.

Mahkeme, yasama organının iptal kararına konu kanunla aynı veya benzer nitelikte bir kanun çıkarmasını doğrudan doğruya Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık sebebi olarak kabul etmiştir.^[20]

Karşılaştırmalı hukukta bu husus ele alındığında Rusya Federasyonu'nda somut uygulamaların varlığı göze çarpmaktadır. Kararların kesinliğinin bir göstergesi; kararların aşılmazlığıdır. Federal Anayasal Yasanın 79. maddesi 2. fıkrasında “*Bir normun Anayasa'ya aykırılığına dair Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuki gücü yeni bir yasal düzenleme yapılarak ortadan kaldırılamaz.*” demek suretiyle bu aşılmazlık pekiştirilmiştir. Bir başka deyişle; Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygun olmadığını belirttiği bir norm yasama organı tarafından yeniden aynı şekilde düzenlenemeyecektir. Ancak Anayasa Mahkemesi 1996 tarihli bir kararında^[21] yasama organının bazı yasalarının bu “*aşılmazlığın*” ihlali anlamına gelmediğinin altını çizmiştir.

Bireysel Başvuru usulünde, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi 1. ve 2. fıkralarında yer alan “(1)Esas inceleme sonunda, başvurusunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. (2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.” hükümleri uyarınca Anayasa Mahke-

[20] Öden, *Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi*, 374.

[21] RF AYM, : 2 Şubat 1996 No:4-P/1996 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30283.pdf>

mesince, esas inceleme sonunda ihlal kararıyla birlikte ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik yapılması gerekenlere de hükmedilir. Bu bağlamda ihlal kararı ile birlikte Mahkeme, ihlal bir yargı kararından kaynaklanıyorsa ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına (6216 S.K, md 50/2); yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaması halinde tazminat ödenmesine (6216 S.K, md 50/2); ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın ilgili kuruma gönderilmesine (6216 S.K, md 50/3)ve son olarak tazminat miktarının tespitinin, daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi hâlinde, Bölüm, bu konuyu kendisi karara bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir (AYM İçtüzük md. 79/c) .

Mahkemeye göre; *Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki görev ve yetkisi, hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespitiyle sınırlı olmayıp tespit edilen ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlerin belirlenmesini de kapsamaktadır.*^[22] Öte yandan Mahkeme, bu yetkinin sadece hak ihlalinin tespitiyle sınırlı olduğu yönünde bir kuralın da olmadığına işaret etmektedir.^[23] Mahkeme, “*bir ihlal kararı kendisine ulaşan mahkemenin anayasal ve yasal yükümlülüğü, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının “uygunluğunu” veya “yerindeliğini” sorgulamak değil ihlalin sonuçlarını gidermek üzere ilgili usul hukukunun imkân ve gereklilikleri çerçevesinde yargısal işlemlere başlamak*” olduğunu^[24]; *yeniden yargılama işlemleri başlatıldıktan sonra ihlalin giderilmesine yönelik diğer işlemleri veya usul hukukunun gerektirdiği işlemleri yapmanın ilgili mahkemenin takdirin-*

[22] AYM, Şahin Alpay Başvurusu, B.No: 2018/3007, 15.3.2018, prg.56.

[23] AYM, E. 2011/59 K. 2012/34 Kt. 1.3.2012.

[24] AYM, *Wikimedia Foundation Inc. ve diğerleri Başvurusu*. [GK], B. No: 2017/22355, 26.12.2019, prg. 102; *Mehmet Doğan Başvurusu*. B. No: 2014/8875, 7.6.2018, prg. 58,59; *Aligül Alkaya Başvurusu*. B. No: 2016/12506, 7.11.2019, prg. 57; *Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu*. [G.K.] B. N: 2020/32949, 21.1.202, prg. 98.

de olduğunu vurgulamaktadır.^[25]

Kararların icrasının nasıl bir yöntemle izlenebileceği hususunu, karşılaştırmalı hukuktaki örnekler incelendiğinde dört grupta ele almak olanaklıdır:

Birinci grup; görece “yerleşik” (*older*) demokrasilerde kararların yerine getirilmemesine ilişkin yalnızca birkaç münferit durum açığa çıkmasından dolayı^[26] veya kararın *inter partes* etkili sonuç doğurması nedeniyle (*Finlandiya, Uruguay gibi ülkelerde*) kararların icra edilmemesi durumu söz konusu olmadığından bu konuda açık kurallar konulmasına ihtiyaç duyulmamış olmasıdır.^[27]

İkinci grup; Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasında yürütme organının (hükümet ve idarenin) yetkilendirilmesidir. (Arnavutluk, Avusturya, Sırbistan)^[28].

Örneğin; Arnavutluk'ta 2016 yılında Anayasa'da ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Kanunu gibi organik yasalarda yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesi kararlarının icrası konusu yeniden ve açıkça düzenlenmiştir. Arnavutluk Anayasası'nın 124. maddesindeki “ *Anayasa Mahkemesi, anayasal uyumsuzlukları çözer ve nihai yorumu yapar. Anayasa Mahkemesi yalnızca Anayasa'ya tâbidir.*” hükmü ve Anayasa'nın 142/3 maddesindeki “*Devlet organları yargı kararlarına uymakla yükümlüdür*” hükmü Anayasa

[25] AYM, *Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu*. [G.K.] B. N: 2020/32949, 21.1.202, prg. 100.

[26] Venice Comission Opinion 827/2015, on the Amendments of the Organic Law of the Constitutional Court of Spain, prg. 24.

[27] CDL-INF (2001) 9, “Decisions of constitutional courts and equivalent bodies and their execution” Venice Comission Report, 17 May 2001.

[28] CDL-INF (2001) 9, “Decisions of constitutional courts and equivalent bodies and their execution” Venice Comission Report, 17 May 2001.

Mahkemesi kararlarının özgül durumuna işaret eder.^[29] Arnavutluk Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkındaki Kanun'un, Anayasa Mahkemesinin kararlarının icrasına ilişkin 81. maddesi ise şöyledir:

“1. Anayasa Mahkemesi kararlarının icrası zorunludur.

2. Anayasa Mahkemesi kararlarının icrası, ilgili devlet idaresi aracılığıyla Arnavutluk Cumhuriyeti Bakanlar Kurulu tarafından sağlanır.

3. Anayasa Mahkemesi, kararın türüne ve duruma bağlı olarak, kararın uygulanmasından sorumlu organın yanı sıra kararın uygulanma şeklini, somut sürelerin belirlenmesini, ilgili uygulama biçimini ve prosedürünü hükmünde belirtebilir.

4. Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmaması veya icrasına engel olunması hali, Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri gereğince cezalandırılabilir.”^[30]

İlgili hükümden anlaşıldığı üzere, Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasında Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bununla birlikte Mahkeme, karar türüne göre kararların icrasında görev alacak ilgili organları ve kararın uygulama şeklini belirtebilir. Ayrıca kararların uygulanmaması halinde Ceza Kanunu hükümleri gereğince sorumlular hakkında ceza tesis edilebilir. Kanun'un 2016 değişikliğinden önceki halinde, kararların uygulanmamasına veya engellenmesine neden olan kişiler hakkında Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın yüz bin Lek para cezasına hükmetmesi olanağı tanınmıştır.^[31]

[29] Arnavutluk Cumhuriyeti Anayasası İngilizce metni için bkz. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2016\)064-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2016)064-e)

[30] Arnavutluk 99/2016 sayılı AYM Kanunu için bkz. <https://rm.coe.int/law-99-2016-on-the-organization-and-functioning-of-the-constitutional-/16809eae4>

[31] Arnavutluk AYM 8577 No'lu 10.2.2000 tarihli AYM Kanunu için bkz. https://www.gjk.gov.al/web/constitutional_court_law_1855.pdf

Ancak bu hüküm hiç uygulanmamıştır.^[32]

Avusturya'da, Avusturya Anayasası 146. maddesi gereğince, “*Anayasa Mahkemesi kararlarının icrası, Federasyona (md. 126a), Eyaletlere (md. 127c) veya yerel yönetimlere (md.137) karşı parasal talepli kararlar hariç olmak üzere Federal Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğundadır. [Kararların icrası] Federal Ordu da dâhil olmak üzere, Başkan'ın talimatları doğrultusunda, Federasyon veya Eyaletlerin organları veya komisyonları tarafından kendi takdirine bağlı olarak gerçekleştirilecektir. Bu kararların uygulanmasına ilişkin talep Anayasa Mahkemesi tarafından Federal Cumhurbaşkanı'na yapılır. Federal Cumhurbaşkanı'nın söz konusu talimatları, Federasyona veya Federal organlara karşı icra ile ilgiliyse, 67. madde uyarınca karşı imzanın olmamasını gerektirir.*”^[33]

Sırbistan'da Anayasa Mahkemesi kararlarının icrası, Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'un 104. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “*Devlet ve diğer makamlar, kamu yetkisine sahip kuruluşlar, siyasi partiler, sendika kuruluşları, vatandaş dernekleri veya dini topluluklar, hak ve görevleri dâhilinde Anayasa Mahkemesinin karar ve emirlerini uygulama yükümlülüğüne sahiptir. Gerektiğinde Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanması, Anayasa Mahkemesinin özel kararıyla belirlendiği şekilde Hükümet tarafından güvence altına alınacaktır.*”^[34]

Hırvatistan'da Anayasa Mahkemesi kararlarının icrası, Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'un 31. maddesiyle düzenlenmiştir. Bu hükme

[32] Ela Elezi, “The Execution of The Decisions of The Constitutional Court of Albania” içinde, Constitutional Justice in Asia, Online 9th Summer School of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions 7-8 September 2021, (Ankara: Constitutional Court Publications), 109.

[33] Austria The Federal Constitutional Law of 1920 Bkz. https://constitutionnet.org/sites/default/files/Austria%20_FULL_%20Constitution.pdf

[34] Law on The Constitutional Court of Serbia, bkz. <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/237-100030/law-on-the-constitutional-court>

göre, “*Anayasa Mahkemesi kararları bağlayıcıdır ve her gerçek ve tüzel kişiyi bağlar. Merkezi hükümetin tüm organları ile yerel ve bölgesel özyönetim, kendi anayasal ve yasal yetkileri dâhilinde, Anayasa Mahkemesinin kararlarını yerine getirir. Hırvatistan Cumhuriyeti Hükümeti, merkezi idare organları aracılığıyla Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmasını sağlar. Anayasa Mahkemesi, kararı türüne göre, kararının icrası için hangi organın yetkili olduğunu belirleyebilir. Anayasa Mahkemesi, verdiği kararın ne şekilde uygulanacağını belirleyebilir.*”^[35] İlgili hükümden anlaşıldığı üzere, kararların icrasının temelde merkezi hükümet organları ve idare aracılığıyla sağlanacağı belirtilmekle, bu yükümlülüğün yürütmede olduğu; ancak yerel ve bölgesel yönetimler için de kararların icrası yükümlülüğü söz konusu olduğu açıktır.

Benzer şekilde Karadağ’da da 2007 tarihli Anayasası’nın 151. maddesi ile Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmasında Hükümet görevlendirilmiştir.^[36] Esasında Hükümete tanınan bu görev, kararların icrası ile yükümlü diğer organların bu kararları yerine getirmesini sağlama biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, Anayasa Mahkemesi Hakkındaki Kanun’un 52. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Hüküm şöyledir:

“*Devlet makamları, kamu idaresi organları, yerel özyönetim ve yerel yönetim organları, tüzel kişiler ve kamu gücü kullanan diğer kuruluşlar, kendi yetki alanları dâhilinde, Anayasa Mahkemesi kararlarını uygulayarak ve bunların uygulanması, gerektiğinde Karadağ Hükümeti tarafından sağlanır.*

Anayasa Mahkemesi bir kararda, kararın ne kadar süre içinde uygulanacağını, ne şekilde uygulanacağını ve bu kararın uygulanması için gerekli olan makamı belirleyebilir.

[35] Law on The Constitutional Court of Croatia, bkz. <https://www.sabor.hr/en/constitutional-act-constitutional-court-republic-croatia>

[36] Constitution of The Montenegro, bkz. https://www.constituteproject.org/constitution/Montenegro_2007.pdf?lang=en

Bu maddenin 2. fıkrasında belirtilen sürenin sona ermesinden sonra, Anayasa Mahkemesi kararını uygulamakla yükümlü olan makam, Anayasa Mahkemesi kararının uygulanmasına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine bir rapor sunar.”^[37]

İlgili hüküm, Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasıyla yükümlü organları işaret etmekte ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde icrayı sağlayacak organın Karadağ Hükümeti olduğunu açıkça düzenlemektedir. Ayrıca, kararların icrasıyla ilgili organlara, kararların icra edildiğine ilişkin Anayasa Mahkemesine rapor sunma zorunluluğu da getirilmiştir. Bu sayede Anayasa Mahkemesi, kararların icrasını takip etme kabiliyetine sahip görünmektedir.

Kararların icrası ile ilgili olarak Karadağ Hükümeti, 2017 yılındaki bir kararı ile kendisine tanınan süre içerisinde, Anayasa Mahkemesinin, 19 Nisan 2017 tarih ve 6/16 U-I sayılı “Kararların Yerine Getirilmesine İlişkin Yasa Teklifi” kararını, Parlamento’nun ilgili kanunu çıkarması amacıyla Parlamento’ya iletmıştır. Parlamento “Kararların Uygulanmasına İlişkin Kanunu” kabul etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi ilgili Kanun’un anayasaya uygunluğunu denetlemiş ve Kanunkoyucunun ilgili kanunun yapımında hukuk devleti ilkesini ihlal ettiği, dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararının gereğinin yerine getirilmediği sonucuna varmıştır. Bu örnek özelinde, Mahkeme kararının icrası usulünün amacına ulaşmadığı söylenebilir.^[38]

Üçüncü grup; Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasını takip etmekle

[37] Law on The Constitutional Court of Montenegro, bkz. <https://www.ustavnisud.me/dokumenti/LAW%20ON%20THE%20CONSTITUTIONAL%20COURT%20OF%20MONTENEGRO%20.pdf>

[38] İvan Radojičić -, Darko Radonjić, “Execution of Decisions of The Constitutional Court of Montenegro Adopted in Proceedings of Abstract Control of Constituionality And Legality” içinde, Constitutional Justice in Asia, Online 9th Summer School of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions 7-8 September 2021, s. 269-270.

Anayasa Mahkemesinin görevli olmasıdır. Bu yöntemde Makedonya Cumhuriyetini örnek olarak ele almak olanaklıdır. Makedonya Anayasası'nın 112. maddesi Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin ve bağlayıcı olduğunu düzenlemektedir.^[39] Bu, daha önce yukarıda işaret edildiği üzere kararların icraî nitelikte olduğunu, tüm devlet organları ve diğer kişilerin kararlara riayet etmesi gerekliliğini ve kararların uygulanmasına yönelik mekanizmalar sağlanmasının hukuki zeminini göstermektedir. Ancak, anayasa ve diğer yasal düzenlemelerde kararların icrasında kimin yükümlü olduğu ve kararların nasıl yerine getirileceğine ilişkin açık düzenleme bulunmamaktadır. Burada önem taşıyan husus, Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasını takip etmesine ve gerektiğinde Hükümetten bu icranın güvence altına alınmasını isteyebilmesine olanak tanıyan normun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile getirilmiş olmasıdır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 86. maddesi, karar türleriyle ilişkili olarak kararları yerine getirmekle yükümlü organları belirlemektedir. İçtüzüğün 87. maddesi^[40] “*Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmasını izler ve gerekirse Makedonya Cumhuriyeti Hükümetinden bu kararların uygulanmasını sağlamasını talep eder.*” hükmü ile kararların icrasını sağlamakla yetkili organın Anayasa Mahkemesi olduğunu açıkça ifade etmektedir. Bununla birlikte, İçtüzüğün 96. maddesi 4. fıkrası ile Mahkeme Sekreteryası, Anayasa Mahkemesi kararlarının ve sonuçlarının uygulanmasını izlemek ve bu konuda Mahkemeye bilgi vermekle yetkilendirilmiştir.

Makedonya'yı ilgi çekici kılan, kararların icrasının sağlanması yetkisini Anayasa Mahkemesinin kendi yetki alanında görmesi ve bunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü yolu ile yapılmasıdır. İçtüzükle getirilen bu

[39] Constitution of the Republic of North Macedonia, bkz. https://www.sobranie.mk/the-constitution-of-the-republic-of-macedonia-ns_article-constitution-of-the-republic-of-north-macedonia.nsp

[40] Delovnik Na Ustavnot Sud na Republika Makedonija [Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü], bkz. <https://ustavensud.mk/wp-content/uploads/2017/09/Delovnik.pdf>

düzenleme, öğretide kararların icrasının ve bağlayıcılığının güçlendirilmesine katkı yapıyor^[41] şeklinde değerlendirilse de bu durum iki açıdan değerlendirmeyi hak etmektedir: Birincisi, Mahkeme bu yetkiyi yargı yetkisinin bir parçası olarak görmüş ve Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin ve bağlayıcı olmasından hareket etmiş olabilir. Ancak, her ne kadar kararların kesinliği ve bağlayıcılığı söz konusu olsa da burada, kararların icrasının takip edilmesi/sağlanması gibi bir yetkinin açık bir yasal dayanak olmaksızın Mahkemece üstlenilmesi söz konusudur. İkincisi, bu yetkinin İçtüzükle tanınmış olmasıdır. İçtüzük, esasında Mahkemenin çalışma usul ve esaslarına ilişkin hükümler içermesi gereken, kişilere ya da devlet organlarına yükümlülük getiren hükümlerin yer alamayacağı bir norm olup bu nitelikte bir yetkinin İçtüzükte tanınması, kamu düzenine ilişkin konuların yasalarla düzenlenmesi gereğine aykırılık taşımaktadır.

Nitekim söz konusu İçtüzük hükmüne dayanılarak Makedonya Anayasa Mahkemesince, kararın uygulanmasının İç İşleri Bakanlığından talep edildiğı somut bir örnek mevcuttur. Anayasa Mahkemesinin somut örneğe konu, 1997 tarihli kararı, Arnavutluk ve Türk uyruklarının bayrağı ile Gostivar Şehir bayrağının Makedonya Cumhuriyeti bayrağı ile birlikte Belediye binasında sürekli asılı durmasına ilişkin Belediye Yasası 140. maddesinin anayasaya uygunluk denetimi sonucunda Anayasa Mahkemesince, Belediyelerin bayrak kullanımına ilişkin düzenleme yapma yetkisinin olmadığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulunmasına ilişkindir.^[42] Karar, Gostivar Belediyesi tarafından yerine getirilmemiştir. Bunun üzerine Mahkemece İç İşleri Bakanlığından kararın yerine getirilmesi talep edilmiştir.

Öğretide Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasında Anayasa Mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin örnekler arasında Almanya Federal

[41] Marija Risteska – Emil Shurkov, *The Transformative Role of the Macedonian Constitutional Court*, (Sarajevo: Analitica, 2016), 52.

[42] Marija Risteska – Emil Shurkov, *The Transformative Role of the Macedonian Constitutional Court*, 40.

Anayasa Mahkemesinin ele alındığı görülmektedir. Almanya Federal AYM açısından önemle belirtilmesi gereken husus; Almanya Federal AYM Kanunu [*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG)*]^[43] 35. maddesinde “*Federal Anayasa Mahkemesi kararında, bu kararı kimin uygulayacağını belirleyebilir; aynı zamanda münferit vakalarda icra şeklini de düzenleyebilir*” şeklindeki hükümle Mahkemeye tanınan yetkinin, kararın kim tarafından ve ne şekilde yerine getirileceği yönüyle icra yetkisi olduğu; kararın icrasının izlenmesine ilişkin bir usulün Kanun’da düzenlenmediğidir. Bu bağlamda, Mahkemeye tanınan bu yetkinin, Mahkemenin her türlü kararının kendisinin öngördüğü tedbirlerle uygulanabileceği anlamına geldiği, yetkinin son derece geniş nitelikte bir yetki olduğu ve bu yetkinin uygulamada nadiren kullanılsa da kötüye kullanılmayacağı güvencesiyle Mahkemeye tanındığı belirtilmektedir.^[44]

Dördüncü grup; Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasında Rusya Federasyonu’nda olduğu gibi farklı karar türleri bakımından farklı organların açıkça yetkilendirilmesidir. Bu durum, Rusya Federasyonu’nda anayasa yargısında denetim yolları, denetime tabi normlar, denetim sonucu verilen kararların türleri ve niteliği ile devlet örgütlenmesinin federal devlet biçiminde olmasıyla yakından ilgilidir.

Rusya Federasyonu’nda Anayasa Mahkemesi; norm denetimi (soyut ve somut), anayasa şikâyeti, anayasanın yorumlanması, uluslararası organların temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin vermiş olduğu yargı kararlarının uygulanabilirliğinin denetlenmesi, yetki uyuşmazlıklarının çözümü ve Cumhurbaşkanı’nın vatana ihanetle suçlandırılması prosedürünü uygulama görev ve yetkilerini üstlenmiştir (Rusya Federasyonu Ana-

[43] *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfogg/BJNR002430951.html>

[44] Rainer Arnold, “Interrelation Between Constitutional Court and Ordinary Court” CDL-JU(2006)047, Venice Commission Report, 6 November 2006.

yasası md. 125).^[45] Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Hakkındaki Federal Anayasal Yasa'da (AYM Hakkında FAY) öngörüldüğü üzere, denetime tabi normlar arasında federal yasalar ve düzenleyici işlemler, anayasal kurucu birimlerin düzenleyici işlemleri, federal devlet ve anayasal kurucu birimler arasındaki anlaşmalar ve uluslararası andlaşmalar yer almaktadır (RF AY md. 125 ve RF AYM Hakkında AY md. 3).^[46]

Anayasa Mahkemesinin yapmış olduğu norm denetimi sonucunda verebileceği nihai kararlar; AYM hakkındaki FAY'nin 87. maddesinde düzenlenmiştir. AYM hakkındaki FAY' de 28 Aralık 2016 tarihinde yapılan değişiklikten önce Mahkeme, denetlenen normun ya anayasaya uygun olduğu ya da anayasaya uygun olmadığına karar vermekte idi. Söz konusu değişiklik ile 87. maddenin 1. fıkrasına eklenen 1¹ bendi ile maddenin yeni şekli şu şekilde düzenlenmiştir:

“Rusya Federasyonu devlet organlarının normatif düzenlemeleri ve anlaşmalarına ilişkin anayasal denetimde Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi şu kararlardan birini alır:

1) Normatif düzenlemenin veya anlaşmanın veya onların belirli normlarının Anayasa'ya uygun olduğunu bildirmek,

11) Normatif düzenlemenin veya anlaşmanın ya da onların belirli normlarının Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan yoruma göre Anayasa'ya uygun olduğunu bildirmek,

2) Normatif düzenlemenin veya anlaşmanın Anayasa'ya uygun olmadığını bildirmek”).

[45] Konstitutsiya Rossiskoy Federatsii, Bkz. <http://www.constitution.ru/10003000/10003000-9.htm>

[46] N-1 FKZ- Federalniy Konstitutsionniy Zakon o Konstitutsionnom Sude bkz. https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_4172/cc798ea2fe395c623d9cea505712252ca13a48eb/

İlgili hükümden anlaşıldığı üzere, Anayasa Mahkemesi norm denetimi sonucunda normun yalnızca anayasa ile uyumlu olup olmadığına karar vermekle yetinir. Normu iptal etme yetkisi olmayıp bu yetki normu yapan organa aittir. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin denetlenen hukuki düzenlemenin anayasaya uygun olmadığına dair kararının yayımlanmasından itibaren 6 ay içinde bu düzenleme yürürlükten kaldırılmaz veya değiştirilmez; anlaşmalar da benzer şekilde kısmen veya tümüyle yürürlükten kaldırılmaz ise; usulüne uygun şekilde bir federal yasa ile yetkilendirilmiş devlet organları ve görevlileri bu düzenleme veya anlaşmanın anayasaya aykırılığının tanınması amacıyla Mahkemeye başvurabilir (AYM hakkındaki FAY md. 87/5).

Federal Anayasal Yasa'nın 87. maddesine göre; Mahkeme norm denetimi sonucunda ilgili normatif düzenlemenin tümü ya da belli bir normunun Anayasa'ya uygun olduğu veya uygun olmadığı yönünde karar vermektedir. Federal Anayasal Yasa'da yapılan Aralık 2016 tarihli yasa değişikliği ile Mahkeme; "Normatif düzenlemelerin veya anlaşmaların veya onların belirli hükümlerinin Anayasa'ya Anayasa Mahkemesinin yorumuna göre uygun olduğu" yönünde de karar verebilecektir. Kuşkusuz bu düzenleme, Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığı ile yakından ilgilidir. Bu bağlamda, Federal Anayasal Yasa'nın 87. maddesine eklenen yeni 6. fıkra ile;

"Devlet organlarının normatif düzenlemeleri veya devlet organları arasındaki anlaşmalar ya da onların belirli normlarının Anayasa'ya Anayasa Mahkemesinin yorumuna göre uygun bulunması, bunların uygulanmasında bunlardan başka herhangi yorumları dışlar ve kararlarda yer alan sonuçlar; bu federal anayasal yasada başkaca hüküm bulunmadığı hallerde; normatif düzenlemeler veya anlaşmaların veya onların belirli normlarının Anayasa'ya uygun bulunmadığı halleri düzenleyen bu federal anayasal yasa ve diğer federal yasa hükümlerine de etki eder"

denilmek suretiyle bu yeni karar formülünün Anayasa Mahkemesi ka-

rarlarının hukuk uygulayıcı organlar tarafından zorunlu olarak dikkate alınmasını sağlamaya yöneldiği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin ve bağlayıcı olduğuna ilişkin açık pozitif düzenleme, AYM hakkındaki FAY'nin 79. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi kararları kesin- dir, kararlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz (md. 79/1). Anayasa Mahkemesi kararları doğrudan uygulanabilir kararlardır, başka bir organın onayına ihtiyaç duymaz (md. 79/2). Yine FAY' nin 6. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi kararları; devlet iktidarının tüm temsili organları, yürütme ve yargı organı, yerel yönetimler, kurum ve kuruluşlar, görevliler, vatandaşlar ve onların oluşturdukları birlikler için bağlayıcıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığı Mahkemenin verdiği tüm kararlar için geçerlidir.^[47] Federal Anayasal Yasa'da Aralık 2016 tarihinde yapılan değişiklikle 79. maddenin 5. fıkrasının yeni şeklinde Mahkeme kararının bağlayıcılığının yanında Mahkemenin yorumunun da bağlayıcılığı kesinleştirilmiştir.

Kuşkusuz Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin ve bağlayıcı olduğu hem Federal Anayasal Yasa hem de Mahkemenin kendi kararları doğrultusunda belirtilmişse de Rusya Federasyonu özelinde, Anayasa Mahkemesinin norm denetimi sonucunda denetime konu olan normun anayasaya uygun olmadığına yönelik kararı; incelenen normun hukuki gücünü yitirmesi sonucunu doğursa bile normun yürürlükten kaldırılmasının yasama organı tarafından yapılması gerekliliği; mahkeme kararının kesinliği ve

[47] Bu konuda Yekaterinburg şehri yöneticisinin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesinin 7 Aralık 2006 tarih ve 542-O sayılı, (karar türü opredeleniye) nihai karar türlerinden “açıklayıcı” nitelikte olan bu kararının tüm hukuk uygulayıcı organlar açısından bağlayıcı olup olmadığının açıklanması amacıyla tavzihi talep edilmiştir. Mahkeme Federal Anayasal Yasa'nın 6. maddesi hükmüne dayanarak “Anayasa Mahkemesinin tüm kararlarının tüm Rusya genelinde yasama, yürütme ve yargı organları, yerel yönetimler, tüzel kişi ve kurumlar ve vatandaşlar açısından bağlayıcı olduğu” nu vurgulamıştır. AYM Karar: 1 Kasım 2007 No:827-O/2007 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision16896.pdf>

bağlayıcılığı noktasında tartışma yaratmıştır. *Nersesyanets*; Anayasa Mahkemesinin bir yasanın ya da normun anayasaya uygun olmadığını tespit etmesi halinde yalnız tespit kararı verebileceği; normu iptal kararı veremeyeceğini belirtmektedir.^[48] Buna karşın öğretide *Vitruk*; bir yasanın ya da normun anayasaya uygun olmadığına dair Anayasa Mahkemesi kararının kesin ve herkesi bağlayıcı olması nedeniyle kararın genel uygulama kabiliyeti olan (*erga omnes* etkili) özel bir hukuki norm gibi kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.^[49] *Bondar*; bir yasanın ya da normun anayasaya uygun olmadığına dair Anayasa Mahkemesi kararında normun yürürlükten kaldırıldığının belirtilmesinin isabetli olacağı görüşünü belirtmiş ancak bu görüşüne hemen yürürlükten kalkması toplumsal açıdan negatif etki doğuracak normlar bakımından istisna getirmiştir. Bu halde ise Mahkemenin kararda yasama organını ilgili düzenleme yapmakla yetkili olup olmadığını gösterebileceğini dile getirmiştir.^[50] Anayasa Mahkemesinin de vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla doğrudan ilgili konulara ilişkin kararlarında bu formülü uyguladığı görülmektedir.^[51] Mahkeme bir kararında, bir normun hukuki gücünü yitirmesinin, Anayasa Mahkemesi

[48] Vladik Nersesyanets, “Sud Ne Zakonodatelstvuet i Ne Upravlyayet, a Primenyayet Pravo (O Pravoprimenitelnoy Prirode Sudebnih Aktov)” [Mahkeme Yasa Yapmaz ve Yönetmez Ama Hukuku Değiştirir] (Mahkeme İşlemlerinin Uygulamadaki Doğası Hakkında) Sudebnaya Praktika Kak Istochnik Prava, (Moskova, 1997), 21-38.; Vladik Nersesyanets, “U Rossiskih Sudov N’et Pravotvorçeskih Polnomoçil” [“Rusya Mahkemeleri Yasama Yetkisine Sahip Değildir”] Sudebnaya Praktika Kak Istochnik Prava, (Moskova, 2000), 107-112.

[49] Nikolay Vitruk, Konstitutsionnoe Pravosudie v Rossii (1991-2001) Oçerki teorii i praktiki, [Rusya’da Anayasa Yargısı (1991-2001) Teori ve Uygulama Üzerine], (Moskova: Gorodets İzdat, 2001), 108.

[50] Nikolay Bondar, Sudebnıy Konstitutsionalizm: Doktrina i Praktika [Yargısal Anayasacılık: Öğreti ve Uygulama], (Moskova: Norma, 2016), 166. Ayrıca *Nikolay Bondar*’ın görüşü doğrultusunda Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. AYM 6 Nisan 2004 tarih ve 7-P No’lu kararı <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30327.pdf>

[51] RF AYM Karar: 22 Ocak 2002 No:2-P/2002 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30392.pdf>

tarafından normun anayasaya aykırı olduğuna karar verilmesi veya yasama organı tarafından yürürlükten kaldırılması halinde olabileceğini belirtmiştir.^[52]

Anayasa şikâyeti, AYM hakkındaki FAY'nin 96.maddesinde;

“Bir davada uygulanmakta olan veya uygulanması muhtemel bir yasa nedeniyle anayasal hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğine dair bireysel veya kollektif şikâyetleri nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkı; vatandaşlara, vatandaşların oluşturdukları birliklere ve federal yasalarda gösterilen diğer yetkili organ ve kişilere aittir”

denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu şekilde Anayasa Mahkemesine; hem ilgililerin hak ve özgürlüklerinin ihlalini tespit etme hem de anayasa şikâyeti yoluyla önüne gelen normun Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi tanınmıştır.

Anayasa Mahkemesinin anayasanın yorumlanmasına ilişkin kararları, devletin tüm organlarını kurum ve kuruluşları ile vatandaşları bağlar. Normatif yorum yoluyla anayasal normların yorumlanması sonucu verilen Anayasa Mahkemesi kararları anayasal değer taşımaktadır. Normatif yorumun kapsamı bakımından düşünüldüğünde Mahkemenin yorum kararları, yorumlanan anayasa normunun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu çerçevede diğer tüm mahkemeler tarafından hukuki uyumsuzluklarda kararlarına dayanak yapılabilmektedir.

RF AYM Karar: 8 Kasım 2012 No:25-P/2012 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision115419.pdf>

RF AYM Karar: 7 Haziran 2011 No:841-O/2011 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision67740.pdf>

RF AYM Karar: 24 Aralık 2013 No:2099-O/2013 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision151084.pdf>

[52] RF AYM Karar:11 Nisan 2000 No:6-P/2000 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30388.pdf>

Anayasa Mahkemesinin uluslararası organların temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin ve Rusya Federasyonu aleyhine vermiş oldukları yargı kararlarının Rusya Federasyonu'nda yerine getirilmesinin Anayasa'ya uygun olup olmadığı konusunda karar verme görevinde, Mahkemenin yapacağı denetimin içeriği ve sınırı; uluslararası organlar tarafından temel hak ve özgürlüklere ilişkin verilmiş kararların yerine getirilmesinin bu Anayasa'ya uygun olarak mümkün olup olmadığına ilişkindir. Bu denetimi Mahkeme, Rusya Federasyonu'nun anayasal düzeninin temelleri ve Anayasa'da temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler bakımından yapmaktadır (AYM hakkındaki FAY md. 104.3). Devlet Başkanı ve Hükümet tarafından anayasa hükümlerinin yorumlanması talebine ilişkin yapılacak başvurunun değerlendirilmesi ve denetim sonucunda verilecek kararlar ise; Anayasa'nın yorumlanmasına ilişkin genel kurallar çerçevesinde el alınır.

Rusya'da Anayasa Mahkemesi kararlarının icrası tüm devlet organları, yerel yönetimler ve diğer kişi ve kuruluşlar için zorunludur. Kararların yerine getirilmesi, yeni bir normatif düzenlemenin yapılması, değiştirilmesi veya düzeltilmesi; yargısal veya bireysel işlemlerin yeniden incelenmesi veya normatif düzenlemeyi uygulayan organ tarafından uygulamanın düzeltilmesi şeklinde olabilmektedir.

Mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin zorunluluğu konusunda AYM hakkındaki FAY'nin 80. maddesinde kararları yerine getirmekle yükümlü organlar ve yükümlü oldukları süreler düzenlenmiştir. Buna göre;

Rusya Federasyonu Hükümeti; Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya uygun olmadığı belirlenen federal yasanın yeni taslağını kararının yayımlanmasından itibaren 6 ay içinde Devlet Duma'sına sunmakla yükümlüdür (md. 80/1). Devlet Başkanı ve Rusya Federasyonu Hükümeti; düzenleyici işlemlerle ilgili kararın yayımlanmasından itibaren 2 ay içinde yeni bir düzenleyici işlem veya değişiklik yapmakla (md. 80/2); Rusya Federasyonu kurucu birimlerinin yasama organları, Anayasaları ile il-

gili kararın yayımlanmasından itibaren 6 ay içinde Anayasalarında ilgili değişiklikleri yapmakla (md. 80/3); Rusya Federasyonu anayasal kurucu birimlerinin yürütme organı, düzenleyici işlemlerle ilgili kararın yayımlanmasından itibaren 2 ay içinde yeni bir düzenleyici işlem veya değişiklik yapmakla (md. 80/4); Federal devlet organları ve Rusya Federasyonu anayasal kurucu birimlerinin devlet organları, devlet organları arasındaki anlaşmalarla ilgili kararın yayımlanmasından itibaren 2 ay içinde federal organlar ve kurucu birimler arasındaki anlaşmaları uygun bir anlaşma ile değiştirmek veya ek yapmakla yükümlüdür (md. 80/5).

Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasında, Federal devlet örgütlenmeleri bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse; Avusturya Anayasası'nın ilgili hükmü, istisna tutulan haller dışında, kararların icrasının genel olarak Federal Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğunda olduğunu açıkça belirtmektedir. Federal devlet örgütlenmelerinde kararların icrası bakımından İsviçre örneğini ele aldığımızda; İsviçre Federal Yüksek Mahkemesinin, Anayasa'nın 190. maddesi gereğince federal kanunları uygulamakla yükümlü olduğu; Mahkemenin ancak, federal kanunların anayasaya aykırı olduğunu saptayarak yasama organına bu kanunu değiştirme konusunda çağrıda bulunabileceği gözlenmektedir.^[53] Bu durum, kararların icrası bakımından yasama organını işaret etmektedir.^[54] Ancak, genel olarak federal düzeydeki yargı kararlarının icrası hakkında Yargı Teşkilatına İlişkin Federal Kanun'un (*Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege*) 39. maddesi bu konuda yol gösterici niteliktedir. İlgili Kanun'un 39. maddesinde, federal yargıyla görevlendirilen makamların

[53] Gilbert Kolly, "Türk Anayasa Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve Ortak Medeni Kanun" Anayasa Yargısı, 28(1), 249.

[54] Her ne kadar Venedik Komisyonu'nun CDL-INF (2001) 9, numaralı Raporunda İsviçre'de yerine getirilmeyen kararlar hakkında Federal Hükümete şikâyetle bulunulabileceği belirtilmişse de Raporda atıf yapılan ilgili Kanun hükmünde şikâyet merciinin Federal Hükümet değil; Yasama organının ikinci kanadı olan ve federe unsurların temsil edildiği Federal Konsey (*Bundesrat*) olduğu açıktır.

kararlarının icrasında Kantonların kendi mahkemelerinin kesinleşmiş kararlarıyla aynı şekilde uygulamakla yükümlü olduğunu; eksik uygulanan kararlar hakkında Federal Konsey'e (*Bundesrat*) şikâyetle bulunulabileceği düzenlenmiştir.^[55] Rusya Federasyonu'nda kararların icrası yükümlülüğü, karara konu normun düzeyine bağlı olarak federal devletin yasama ve yürütme organları veya anayasal kurucu birimlerin yasama ve yürütme organlarına getirilmiştir. Federal devletle anayasal kurucu birimler arasındaki normlar hakkında bu yükümlülük federal devlet ile anayasal kurucu birimler arasında paylaştırılmıştır. Kararların icrasına yönelik bu düzenlemelerin, Rusya Federasyonu Anayasası'nda federal devletle anayasal kurucu birimler arasındaki yetki paylaşımına ilişkin düzenlemelerle uyumlu olduğu söylenebilir. Ancak aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alınacağı üzere, kararların yerine getirilmemesi halinde bu durumun izlenmesi ve kararın icrasının sağlanması yetkisi, Devlet Başkanı'na tanınmış olup Devlet Başkanı gerektiğinde anayasal kurucu birimlerin ilgili yetkililerini görevden uzaklaştırma yetkisine de sahiptir. Federal devlet örgütlenmelerindeki bu örneklerin, kararların icrasında nihai olarak merkezi devletin yetkili kılındığını gösterdiğini söylemek olanaklıdır.

III. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ İCRA EDİLMESİ

Mahkeme kararlarının icrasının yargılamanın tamamlayıcı ve sonuç doğurucu bir unsuru olmasından hareketle kararların icra edilmemesi halinde yargılamanın anlamını kaybedeceği açıktır.^[56] Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkının “*bir uyumsuzluğu mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsadığını*”; bu

[55] Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege Art. 39 bkz. https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/60/271_269_275/20020801/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-60-271_269_275-20020801-de-pdf-a.pdf

[56] AYM, E. 2014/149 K. 2014/151 KT. 2.10.2014

nedenle, yargılama sonucunda mahkemelerin yalnızca karar vermesinin yeterli olmadığı; ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir.^[57] Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararların icra edilmemesi adil yargılanma hakkının açık ve ağır şekilde ihlali anlamına gelmektedir.^[58] Öte yandan, yargı kararlarının icra edilmemesi, bireylerin yargı kararıyla kendilerine sağlanan hak ve özgürlükleri kullanabilmeleri olanağının ortadan kalkmasına yol açtığı gibi^[59] hukuk devleti ilkesinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde devletin, bireylerin hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma yükümlülüğünü de yerine getirmediği anlamına gelmektedir.^[60]

Robert Dahl’ın belirttiği gibi, “Mahkeme ulusal politikanın gidişatını etkileme konusunda neredeyse güçsüzdür; bunun nedeni mahkeme kararlarının kendi kendine uygulanamamasıdır. Kararların icrası, devletin tüm organlarının işbirliğini ve koordinasyonunu gerektirir.” Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi temelde kendi kararlarını doğrudan uygulayamadığından kararlarının icrasında hâlâ diğer devlet kurumlarının rolüne ve desteğine ihtiyaç duymaktadır.^[61] Bu aşamada, çalışmanın temel sorularından biri olan “kararların icra edilmemesi halinde Anayasa Mahkemelerinin elinde olanak var mıdır” sorusuna Türk hukukundaki durum ve karşılaştırmalı hukuktan örnek üzerinden yaklaşmak olanaklıdır.

Türk hukukunda, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün Genel Sekreterlik Kuruluş ve Görevlerine ilişkin 35. maddesi 2. fıkrası (d) bendinde düzenle-

[57] AYM, *Ahmet Yıldırım Başvurusu*, B. No: 2012/144, 2.10.2013, prg. 28.

[58] AYM, *Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu*, B. No: 2020/32949, 21.1.2021, prg. 102.

[59] AYM, *Şahin Alpay Başvurusu*, B. No: 2018/3007, 15.3.2018, prg. 61.

[60] AYM, *Ferda Yeşiltepe Başvurusu*, B. No: 2014/7621, 25.7.2017, prg. 36.

[61] Robert A. Dahl, “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker.” *Journal of Public Law*, Vol. 6, No. 2, (Fall 1957), 295.

nen “Mahkeme kararlarının uygulanmasının takip edilmesi ve bu konuda Genel Kurula bilgi verilmesi” hükmü dışında, Anayasa Mahkemesinin kararların icrasına ilişkin herhangi bir olanağı bulunmamaktadır. İçtüzüğün 35. madde hükmü, kararın icrasını “sağlama” veya “icra sürecine katılma” yetkisi içermeyip bilgi vermekten öteye geçmemektedir.

Kararların icra edilmemesi halinde öngörülen sorumluluk hükümleri veya mekanizmalar hususunda karşılaştırmalı hukukta Rusya Federasyonu’nda bir takım olanakların olduğu görülmektedir.

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi; kararların yerine getirilmesini doğrudan sağlama gibi bir yetkiye sahip olmamakla birlikte kararların yerine getirilmesi sürecini etkileme araçlarına sahiptir. Bu amaçla Anayasa Mahkemesi; kararı yerine getirmekle yükümlü organa yıllık mesaj gönderebilir ve bu mesajda kararın yerine getirilmesi gerekliliğinden söz edebilir (AY md. 100, AYM İçtüzük md. 7). Bir başka yöntem ise; kararda ilgili organın doğrudan belirtilmesidir. Bunun ötesinde Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 67. maddesi ile Mahkeme Sekreteryası’nın; Mahkeme kararlarının yerine getirilip getirilmediği hususunda sistematik olarak analiz yapmak ve bu analizlerle birlikte mahkemeyi yıllık olarak bilgilendirmek görevi; Anayasa Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesinin izlenmesinin bir diğer aracı olarak kabul edilebilecektir.

Rusya Federasyonu AYM hakkındaki FAY’nin 80. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında belirtilen ve Anayasa Mahkemesi kararının anayasal kurucu birimler tarafından yerine getirilmesi zorunluluğunun ihlal edilmesi halinde öngörülen sorumluluk hükümleri ise; “*Anayasal Kurucu Birimlerin Yasama ve Yürütme Organlarının Oluşturulmasının Genel Prensipleri hakkındaki Federal Yasa*”da düzenlenmiştir. Buna göre; Anayasa Mahkemesi kararlarının federal anayasal yasada öngörüldüğü şekilde yerine getirilmemesi halinde Rusya Federasyonu Devlet Başkanı ilgili organları ikaz edebilir ve bu halde dahi karar yerine getirilmezse; kurucu birimin yetkili organını geçici olarak görevden uzaklaştırabilir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının ilgili organ tarafından yerine getirilmesi için federal anayasal yasada öngörülen süreler; anayasaya uygun olmadığı ilan edilen normların yürürlükten kalkma anı bakımından önem taşımaktadır. Kamusal ve bireysel menfaatler göz önüne alındığında anayasaya uygun olmadığı belirtilen normun yürürlükten kalkmasıyla ilgili kesin sürenin kararda düzenlenmesi; ilgili organın hukuki, mali ve kurumsal önlemleri alarak doğabilecek olumsuz etkileri mümkün olan kısa sürede ortadan kaldırmasını gerektirmektedir. Ancak uygulamada bunun aksine durumların yaşandığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin 13 Haziran 1996 tarihli kararında^[62] anayasa şikâyeti yoluyla önüne gelen Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti'nin (RSFSC) Ceza Yargılaması Usul Yasası'nın tutuklama ve gözaltına ilişkin 97/5. maddesinin anayasaya uygun olmadığı ve normun hukuki gücünü kararın ilanından itibaren 6 ay bitiminde yitireceği belirtilmiştir. Ayrıca kararda, Federal Meclis'e kararın ilanından itibaren 6 ay içinde yasada Anayasa'ya uygun düzenlemeyi yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu çerçevede, Federal Meclisin kararı uygulaması ile ilgili sürenin başlangıcının kararın ilan edilerek yürürlüğe girdiği an olduğu açıktır. Ancak 5 Aralık 1996 tarihinde 6 aylık sürenin bitimine yakın bir zamanda Duma (Parlamentonun alt kanadı); ceza yargılaması usulü yasasının ilgili normunun önceki şeklinde olduğu gibi düzenleneceğine ilişkin karar almış ve Mahkeme kararını uygulamamıştır. Anayasa Mahkemesinin Devlet Başkanı'na başvurusu sonucu Duma kararı Duma Başkanı tarafından imzalanmayıp yeni düzenleme 31 Aralık 1996 tarihinde Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda yapılmıştır.

Benzer birçok kararında Mahkeme tarafından, kesin süre içerisinde mahkeme kararına uygun düzenlemenin yapılarak Anayasa'ya uygun olmadığı ilan edilen normun yürürlükten kalkacağı belirtilmişse de ilgili organların Mahkeme kararını yerine getirmekte özenli davranmadıkları,

[62] RF AYM Karar: 13 Haziran 1996 No:14-P/1996 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30276.pdf>

mahkeme kararının yerine getirilmeyeceği, anayasaya uygun olmadığı belirlenen yasanın uygulanmaya devam edileceğinin ilgili organlar tarafından açıkça beyan edildiği örnekler de vardır.^[63]

Yukarıda belirtildiği üzere Mahkemenin kararları yasama organı tarafından tepkiyle karşılandığında; kararda kesin süre belirtilmesine karşın hiç uygulanmama veya ağırdan alma yoluna gidildiği; bu tür uygulamanın hem federal hem de anayasal kurucu birimler düzeyinde yapıldığı örnekler görülmektedir. Uygulamada gerek yasama organı gerekse ilgili diğer yasama organları, genel mahkemeler ve uygulayıcılar tarafından Anayasa Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesinin tepkiyle karşılanması ve yeni norm sürecinin yavaşlatılması karşısında Anayasa Mahkemesi de kararların yazımında aktivist tutum sergilemekte; anayasaya uygun olmayan normların belirtildiği kararlarında yetkili organı, kesin süreyi ve kararının ilgili organlarda öncelikle ele alınması gereğini belirtmektedir.^[64] Öte yandan kararların yerine getirilmesinin ilgili organ tarafından yetkileri dâhilinde yavaşlatılması veya hiç yerine getirilmemesi durumunda Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın kararların yerine getirilmesini sağlamak adına anayasanın garantörü konumunda olan Devlet Başkanı'na müracaat ettiği ve kararların yerine getirilmesini sağladığı da görülmektedir.^[65] Benzer şekilde Polonya'da da Anayasa Mahkemesi kararlarının, kararların icrasıyla yükümlü organlar tarafından yerine getirilmediği ve Mahkemenin bu icra edilmeme hallerinde aktivist tutum sergilediği ve kararların icrası mesele-

[63] Mahkemenin 2 Şubat 1998 tarih ve 4-P/1998 sayılı kararı Hükümet tarafından ve 13 Mart 1992 tarihli P3- 1/1992 tarihli kararı Tataristan Cumhuriyeti tarafından yerine getirilmemiştir.

[64] Nikolay Vitruk, *Konstitutsionnoe Pravosudie v Rossii (1991-2001) Očerki teorii i praktiki*, [Rusya'da Anayasa Yargısı (1991-2001) Teori ve Uygulama Üzerine], 477-478.

[65] Mahkeme; 5 Şubat 1997 tarihli kararın yerine getirilmesini Devlet Başkanı'ndan talep etmiş ve 24 Şubat 1997 de Udmurtiya Cumhuriyeti tarafından yerine getirilmiştir.

sinin Yüksek Yargı organları ile devlet erkleri arasında krize yol açtığı görülmektedir. Polonya’da “*Ekim yargıçları – Aralık yargıçları*” krizi şeklinde ifade edilen ve Anayasa Mahkemesine yargıç atanması usullerinin hukuki araçlarla manipüle edildiği süreçte, Anayasa Mahkemesinin yargıçların seçilme - atanma usullerinde değişiklik yapan Kanun’un anayasaya uygunluk denetimine ilişkin kararı, Başbakanlık tarafından Resmî Gazete’de yayımlanmamıştır. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi Başkanı, Ekim Yargıçlarından üçünün seçiminin anayasaya uygun olduğuna dair *yayımlanmayan* Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak Aralık Yargıçlarından üçünün davalara katılmalarına izin vermemiştir. Bu arada Polonya Yüksek Mahkemesi ile Yüksek İdare Mahkemesi yayımlanmayan AYM kararlarının bağlayıcı olduğuna hükmederek devlet erkleri arasındaki krize dâhil olmuştur.^[66]

Kuşkusuz kararların yerine getirilmemesi açıklamaya muhtaçtır. Her şeyden önce Anayasa Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesi, yani yeni bir hukuki düzenlemenin yapılması yalnızca hukukî değil aynı zamanda politik de bir problemdir. Özellikle sosyal, ekonomik ve kültürel haklara ilişkin anayasa mahkemesi kararlarının yerine getirilmesi; devletin mali gücünün yeterli olmaması halinde zorlukla karşılaşmaktadır. Yeterli bütçe olmaması nedeniyle devletin yerine getirilmesini ertelediği Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi kararı da mevcuttur.^[67] Bununla birlikte Mahkeme; mali konulara ilişkin özellikle vatandaşların kararların yerine getirilmemesinden doğan tazminat alacaklarına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesi konusundaki kararlarında; Rusya Federasyonu devlet organları ile vatandaşların eşit ilişki içinde olduğu; bu kararların yerine getirilmesine ilişkin yasal düzenlemelerin yapımında bütçeden alacaklı

[66] Zeynep Özkan Güneş –Ç. Serra Uzunpınar, “Hukukun Araçsallaştırılması Yoluyla Hukuk Devleti İlkesinde Aşınma: Avrupa Konseyi Ülkelerinden Deneyimler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71, sy. 2, 659 - 660.

[67] Mahkemenin 9 Haziran 1992 tarihli kararı ve 31 Mayıs 1993 tarihli kararın uygulanması bütçe yetersizliği gerekçesiyle 1 yıl ertelenmiştir.

olan vatandaşların haklarının yerine getirilmesinin mali gerekçelerle istisna tutulamayacağı; mahkeme kararlarının uygulanması adil yargılama ilkesi kapsamında değerlendirildiğinde, kararların yerine getirilmemesinin yargısal koruma hakkının ihlali anlamına geleceğini hüküm altına almıştır.^[68]

Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi kararlarının yerine getirilmemesinde sorumluluk genel olarak devlet organları veya anayasal kurucu birimlerin yürütme organlarına yüklenmiş olup; siyasal sorumluluğa işaret edilmektedir. Ancak; Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi kararlarının yerine getirilmemesinin Ceza Yasasının 315. maddesi kapsamında sorumluluğu doğurması da olasıdır. Ceza Yasasının 315. maddesine göre; mahkeme kararlarının ilgili otorite (devlet organları, yerel yönetimler, kurum ve kuruluşlar ile diğer yetkili kişiler) tarafından yerine getirilmemesi; iki yüz bin ruble veya 18 ay boyunca maaş kesintisi veya 5 yıl boyunca belli hakları kullanmaktan menedilmek veya 480 saate kadar ya da 2 yıl zorunlu çalışma veya 2 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirir. Federal ceza yasasında belirtilen bu sorumluluğa Anayasa Mahkemesinin 2001 tarihli bir kararında da işaret edilmiştir.^[69]

Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi kararlarının yerine getirilmemesi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu haller, yeniden yasalaştırma yasağına uyulmaması, iptal edilen normun anayasa değişikliği ile anayasa kuralı haline getirilmesi veya normun iptaline dayanak olan anayasa kuralının değiştirilmesinin yanı sıra bireysel başvuru yolunda özellikle yeniden yargılama kararlarını uygulamakla yükümlü organın Anayasa Mahkemesi kararına uyulmaması yönünde açıkça hüküm tesis etmesi şeklinde olabilmektedir. Bu çalışmanın ele alındığı süreçte, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin, Anayasa Mahkemesinin 2023/53898 Başvuru No'lu kararı

[68] RF AYM Karar: 14 Temmuz 2005 No:8-P/2005 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30352.pdf>

[69] RF AYM Karar: 4 Nisan 2001 No:65-O/2001 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision32224.pdf>

hakkındaki, 2023/12611 E. 2023/... D. İş Karar No'lu kararı ile Anayasa Mahkemesi kararına *UYULMAMASINA* karar verilmiştir. Yargıtay, ilgili kararın gerekçesinde; Anayasa Mahkemesinin iptal yetkisinin yasama organına müdahale anlamına geldiği, Mahkemenin bazen yasakoyucu gibi davranarak Yüksek Mahkemeler arasında süper temyiz mercii gibi hareket ettiğinden söz etmektedir. Ayrıca kararda *“Anayasa Mahkemesi, bu şekilde yargısal aktivizim yaparak, “şeklen denetleyemediği Anayasa hükmünü uygulanamaz hale getirme, kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamı tüketilmeden bireysel başvuruları kabul etme, soruşturmalara müdahil olma, kovuşturmaları yapılamaz hale getirme” şeklinde Anayasa’ya aykırı olarak verdiği kararları ile görev ve yetkilerini, Anayasa ve kanunlardan üstün görmek suretiyle bir nevi Anayasa’yı uygulanamaz hale getirerek, kendisinin sorgulanmasına ve meşruiyetinin tartışılmasına yol açmıştır.”* şeklindeki ifade ile Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı kararlar vererek Anayasa’yı uygulanamaz hale getirdiği ve meşruluğunun tartışmalı hale geldiğini belirtmektedir.

Bu noktada, Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin ilgili kararı ve gerekçesi incelendiğinde, kararın hukuki değerlendirmelerden uzak olduğu, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin Anayasa’nın 153. maddesi hükmünün göz ardı edilerek hukuk devleti ilkesinin anlamsızlaştırıldığı, bireysel başvuru kurumunun sübjektif ve objektif işlevinin hukuk düzeni açısından öneminin dikkate alınmadığı, bireysel başvuruda ihlal kararına bağlı olarak verilen yeniden yargılama kararlarında, ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığı konusunda bir takdir yetkisi olmadığı veya yargılamanın yenilenmesi kurumundaki gibi bir kabule değerlik aşamasının bulunmadığı yönündeki ilkelerin göz ardı edildiğini söylemek olanaklıdır.

Sonuç

Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ile Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığının kabul edildiği bir hukuk düzeninde kararların icrası tüm

yükümlüler açısından Hukuk Devleti ilkesinin bir gereğidir. **Çalışmada ele alınan pekişmiş demokrasi örneklerinde, bu ülkelerdeki devlet erkleri arasında denge-denetleme ve işbirliğinin varlığının da katkısıyla, kararların icra edilmemesine ilişkin kaygı yaratacak bir durumun ortaya çıkmadığı, dolayısıyla bu duruma ilişkin bir mekanizmaya ihtiyaç duyulmadığı görülmektedir. Kararların icra edilmeyebileceği kaygısı ve buna ilişkin mekanizmaların oluşturulması, örneklerden de anlaşılacağı üzere, hukukun üstünlüğünü sağlama amacından sapmaların var olduğu ve bu sapmaların da çoğu zaman hukuk kisvesi altında gerçekleştirildiği yerleşik demokrasi kültürü olmayan ülkelere özgü bir tepki biçimidir. O halde, kararların icrasını sağlayacak en önemli mekanizma kuvvetler ayrılığı ilkesi ile demokratik karar alma süreçlerine saygının yerleştirilmesidir.**

III. Demokratikleşme Dalgası’nda otoriter rejimlerden demokrasiye geçmekte olan ülkelerde anayasa yargısının tasarımı ve işlevi demokratikleşmenin bir gereği olarak görülmektedir. Ancak, “anayasa yargısı bu ülkelerde, Anayasa Mahkemelerinin temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olmaları nedeniyle mi yoksa Mahkemenin siyasal düzenin bekçisi olması işleviyle mi benimsenmiştir” sorusu, kararların icrası bakımından bu noktada önem taşımaktadır. Karşılaştırmalı hukuktaki örnekler, bu gibi ülkelerde kararların icrasında büyük oranda Devlet Başkanı’nın yetkilendirildiğini; bunun nedeninin Devlet Başkanı’nın anayasanın uygulanmasının garantörü olmasından kaynaklanabileceğini ve özellikle federal devlet biçiminde örgütlenen devletlerde ise böylece yetkinin merkezi devlete verildiğini saptamak olanaklıdır.

Nihayetinde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin, yargı bağımsızlığının, yargıya güvenin tesis edilmemesi halinde kararların icrasının yürütmenin güdümüne gireceği ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını anlamasızlaştıracağı açıktır. Dolayısıyla kararların icra edilmemesi, esasında bu ilkelere tesis edilmediği bir hukuk düzenini gösterir. Bu çerçevede seçilecek

mekanizmalar, meselenin asıl nedenini değil yalnızca hukuka ve anayasaya aykırı sonucu ortadan kaldırmaya yarayacaktır. Ancak adı geçen ilkelerin yerleşmediği bir düzende, bu mekanizmaların da etkin bir şekilde işletileceğinin garantisi yoktur. Bu çerçevede, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden birinin diğerine öncelikli olarak tercih edilmesi de önem taşımamaktadır. O halde, sorunun çözümünün meselenin köklerinde olduğu göz ardı edilmemeli ve buna ilişkin kavram ve kurumların arayışına girilmelidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar Makaleler

Aliefendioğlu, Yılmaz. Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.

Arnold, Rainer. “Interrelation Between Constitutional Court and Ordinary Court” CDL-JU(2006)047, Venice Commission Report, 6 November 2006.

Atar, Yavuz. “Anayasanın Bağlayıcılığı Ve Üstünlüğü İlkesi Ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları (Anayasa M. 11)”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, sy. 2 (Haziran 1989): 181-209.

Bondar, Nikolay. Sudebnyy Konstitutsionalizm: Doktrina i Praktika [Yargısal Anayasacılık: Öğreti ve Uygulama]. Moskova:Norma, 2016.

Dahl, Robert A. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker.” Journal of Public Law, Vol. 6, No. 2, (Fall 1957):279-295 95.

Elezi, Ela. “The Execution of The Decisions of The Constitutional Court of Albania” içinde, Constitutional Justice in Asia, Online 9th Summer School of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions 7-8 September 2021. Ankara: Constitutional Court Publications.

Esen, Selin .“Anayasa Şikâyeti”, Ankara Hukuk Toplantıları: Anayasa Şikayeti, Ankara Üniversitesi Yayınları, (Mayıs 2009): 37-59.

Kaboğlu, İbrahim. Anayasa Yargısı. Ankara: İmge Kitabevi, 2007.

Kanadoğlu, Korkut. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2015.

Karan, Ulaş. Öğretimde ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2022.

Kıratlı, Metin. Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu). Ankara: AÜSBF Yayınları, 1966.

Kolly, Gilbert. “Türk Anayasa Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve Ortak Medeni Kanun” Anayasa Yargısı, 28(1): 247-254.

Kuru, Baki. Medeni Usul Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

Metin, Yüksel. Anayasanın Yorumlanması. Ankara: Asil Yayınları, 2008.

Nersesyanets, Vladik. “Sud Ne Zakonodatelstvuet i Ne Upravlyayet, a Primenyayet Pravo (O Pravoprimeritelnoy Prirode Sudebnıh Aktov)” [Mahkeme Yasa Yapmaz ve Yönetmez Ama Hukuku Değiştirir (Mahkeme İşlemlerinin Uygulamadaki Doğası Hakkında) Sudebnaya Praktika Kak Istochnik Prava. Moskova, 1997.

Nersesyanets, Vladik. “U Rossiskih Sudov N’et Pravotvorcheskih Polno-moçil” [“Rusya Mahkemeleri Yasama Yetkisine Sahip Değildir”] Sudeb-naya Praktika Kak Istochnik Prava. Moskova, 2000.

Öden, Merih. Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.

Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.

Özkan Güneş, Zeynep –Uzunpınar, Ç. Serra. “Hukukun Araçsallaştırılması Yoluyla Hukuk Devleti İlkesinde Aşınma: Avrupa Konseyi Ülke-lerinden Deneyimler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71, sy. 2, (Haziran 2022), 621- 682.

Pekcanitez, Hakan. Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2023.

Radojičić, İvan - Radonjić, Darko. “Execution of Decisions of The Constitutional Court of Montenegro Adopted in Proceedings of Abstract Control of Constituionality And Legality” içinde, Constitutional Justice in Asia, Online 9th Summer School of the Association of Asian Consti-tutional Courts and Equivalent Institutions 7-8 September 2021. Anka-ra: Constitutional Court Publications.

Risteska, Marija –Shurkov, Emil. The Transformative Role of the Ma-cedonian Constitutional Court. Sarajevo: Analitica, 2016.

Tanör, Bülent –Yüzbaşıoğlu, Necmi. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. İstanbul: Beta Yayınları, 2018.

Vitruk, Nikolay. Konstitutsionnoe Pravosudie v Rossii (1991-2001) Oçerki teorii i praktiki, [Rusya'da Anayasa Yargısı (1991-2001) Teori ve Uygulama Üzerine]. Moskova: Gorodets İzdat, 2001.

Mahkeme Kararları

AYM, E.1969/17 K. 1969/49 Kt. 30.9.1969.

AYM, E. 1988/11 K 1988/11 Kt. 24.5.1988.

AYM, E. 1996/51 K. 1998/17 Kt. 13.5.1998.

AYM, E. 1998/58 K. 1999/19 Kt. 27.5.1999.

AYM, E. 2000/45 K. 2000/27 Kt. 5.10.2000.

AYM, E. 2011/59 K. 2012/34 Kt. 1.3.2012.

AYM, E. 2014/149 K. 2014/151 KT. 2.10.2014

AYM, *Ahmet Yıldırım Başvurusu*, B. No: 2012/144, 2.10.2013.

AYM, *Ferda Yeşiltepe Başvurusu*, B. No: 2014/7621, 25.7.2017

AYM, *Şahin Alpay Başvurusu*. B. No: 2018/3007, 15.3.2018

AYM, *Mehmet Doğan Başvurusu*. B. No: 2014/8875, 7.6.2018.

AYM, *Aligül Alkaya Başvurusu*. B. No: 2016/12506, 7.11.2019

AYM, *Wikimedia Foundation Inc. ve diğerleri Başvurusu*. [GK], B. No: 2017/22355, 26.12.2019.

AYM, *Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu*. [G.K.] B. N: 2020/32949, 21.1.2022.

RF AYM Karar: 13 Haziran 1996 No:14-P/1996 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30276.pdf>

RF AYM Karar:11 Nisan 2000 No:6-P/2000

<http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30388.pdf>

RF AYM Karar: 4 Nisan 2001 No:65-O/2001 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision32224.pdf>

RF AYM Karar: 22 Ocak 2002 No:2-P/2002 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30392.pdf>

RF AYM Karar: 14 Temmuz 2005 No:8-P/2005 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30352.pdf>

RF AYM Karar: 7 Haziran 2011 No:841-O/2011 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision67740.pdf>

RF AYM Karar: 8 Kasım 2012 No:25-P/2012 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision115419.pdf>

RF AYM Karar: 24 Aralık 2013 No:2099-O/2013 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision151084.pdf>

Venice Comission Opinion 827/2015, on the Amendments of the Organic Law of the Constitutional Court of Spain, prg. 24.

CDL-INF (2001) 9, “Decisions of constitutional courts and equivalent bodies and their execution” Venice Comission Report, 17 May 2001.

CDL-INF (2001) 9, “Decisions of constitutional courts and equivalent bodies and their execution” Venice Comission Report, 17 May 2001.

Anayasalar ve Yasalar

Arnavutluk Cumhuriyeti Anayasası İngilizce metni için bkz. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfid=CDL-REF\(2016\)064-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfid=CDL-REF(2016)064-e)

Arnavutluk 99/2016 sayılı AYM Kanunu için bkz. <https://rm.coe.int/law-99-2016-on-the-organization-and-functioning-of-the-constitutional-/16809eacd4>

Arnavutluk AYM 8577 No’lu 10.2.2000 tarihli AYM Kanunu için bkz. https://www.gjk.gov.al/web/constitutional_court_law_1855.pdf

Austria The Federal Constitutional Law of 1920 Bkz. https://constitutionnet.org/sites/default/files/Austria%20_FULL_%20Constitution.pdf

Law on The Constitutional Court of Croatia, bkz. <https://www.sabor.hr/en/constitutional-act-constitutional-court-republic-croatia>

Law on The Constitutional Court of Serbia, bkz. <http://www.ustavni.sud>

rs/page/view/en-GB/237-100030/law-on-the-constitutional-court

Constitutiona of The Montenegro, bkz. https://www.constituteproject.org/constitution/Montenegro_2007.pdf?lang=en

Constitution of the Republic of North Macedonia, bkz. https://www.sobranie.mk/the-constitution-of-the-republic-of-macedonia-ns_article-constitution-of-the-republic-of-north-macedonia.nspix

Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BJNR002430951.html>

Konstitutsiya Rossiskoy Federatsii, Bkz. <http://www.constitution.ru/10003000/10003000-9.htm>

N-1 FKZ- Federalniy Konstitutsionniy Zakon o Konstitutsionnom Sude bkz. https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_4172/cc798ea2fe395c623d9cea505712252ca13a48eb/

Delovnik Na Ustavniot Sud na Republika Makedoniya [Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü], bkz. <https://ustavensud.mk/wp-content/uploads/2017/09/Delovnik.pdf>



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

**2. GÜN
12 OCAK 2024**



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları İkinci Oturum

**KURUMSAL YARGI
BAĞIMSIZLIĞI**

Yargı Bağımsızlığı Ve Tarafsızlığı Üzerine Düşünceler

Prof. Dr. İbrahim Şahbaz^[1]

ÖZET

Bu çalışmada; yargı organının bağımsızlık ve tarafsızlığı çeşitli boyutları ile ele alınmaktadır. Yargı'ya bu güvenceler, bizzat kendi kişiliklerinin korunması için değil, insan haklarının korunması için tanınmaktadır.

Yargı'nın bu güvenceleri; Anayasa, Uluslararası insan hakları metinleri, Bangalor ve diğer yargı etiği ilkelerinde düzenlenmiştir.

Bu güvenceler, adil yargılanma hakkıyla ilgilidir. Yargı bağımsızlığı; yargı'nın, herhangi bir kişi veya makamdan (organdan) emir almamak, özellikle davanın taraflarının veya yasama ve yürütme organlarının veya diğer dış etkilerin (ekonomik ve sosyal gruplar) baskı alanları dışında olması demektir. Yargı'nın yasama ve yürütmeye karşı bağımsızlığı ve dolayısıyla tarafsızlığının güvenceye alınması en önemli adımdır. Bu nedenle yargı bağımsızlığının sağlanmasında kuvvetler/erkler ayrılığının mutlaka sağlanması gerekir.

Yargı organının tarafsızlığı daha çok, davanın tarafları ile ilgili bir sorun olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu kavram, yargının davanın taraflarına karşı objektif/nesnel olmasını ifade etmektedir.

Ancak bağımsızlık ve tarafsızlık AİHM tarafından, yakın bağlantı nedeniyle, birlikte kullanılmaktadır. Gerçekte bağımsız olmayan Yargı'nın tarafsız olamayacağı tartışmasızdır. Bir başka açıdan, bağımsız olmakla beraber, çeşitli nedenlerle tarafsız olunmayabilir. Yine değişik nedenlerle tarafsız olamayan Yargı'nın bağımsızlığı da tehlikeye girebilir.

Yargıç'ın bu güvencelere sahip olup olmadığında kimi ölçütlere işaret etmek gerekir: atanmasının kim veya hangi organ tarafından gerçekleştirildiği; görevden alınmasında objektif ölçütlerin olup olmadığı; emir verilebilip verilemediği; görüntüsünün bağımsız ve tarafsız olup

[1] Yargıtay Onursal Daire Başkanı ve Maltepe Üniversitesi Öğretim Üyesi.

olmaması; görev süresinin nasıl işletildiği; terfi güvencesi gibi.

Devlet'in temel organlarında görevli olanların, yargı organının önüne gelmesi muhtemel olaylarla ilgili olarak açıklama yapmaları, dava taraflarının "lekelenmeme hakkı" ile yargı'da aranan bu güvencelere zarar verir ve adil yargılanma hakkının ihlalinin oluşturur.

Anahtar sözcükler: Yargı, Bağımsızlık, Tarafsızlık, Hak, Etik.

I. YASAYLA KURULMUŞ, BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ MAHKEME

Anayasa ve uluslar arası sözleşmelerde hakların tanınmaları önemli bir güvence olmakla beraber, asıl güvence yargısal koruma mekanizmasının olup olmadığıdır. Yargı'nın hak ve özgürlüklerin korunmasında etkili olabilmesi için bağımsız ve tarafsızlığının, yasa yolu incelemeleri dahil yargılamanın her aşamasında mevcut olması gerekir. Yargının bağımsız ve tarafsızlığını sağlamak öncelikle devletin görevidir. Ancak yargının bizzat kendisinin de bu ilkeleri koruyucu davranışlarda bulunması gerekir.

Anayasa'mızda mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı kabul edilmiştir (m.9, 138). AİHS'nin 6/1. maddesindeki düzenlemeye göre, “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir”.

2802 sayılı Yasa'daki düzenlemeye göre, “Hakimler mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev yaparlar. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz” (m.4/1); “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” (m.4/2).

Yargıç'ın davaya bakamaması ve reddi kabul edilmiştir (5271, m.22 v.d.; 6100, m.34 v.d.; 2577, m.31'de 6100 sayılı Yasaya yollama var; 2802'de var).

Yargı'nın bağımsızlık ve tarafsızlığı görevlilerin şahısları için tanınmamıştır. Adalet dağıtımının, adil yargılamanın yapılabilmesi için kabul edilmiştir.

Anayasa'da, “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” (m.138/2); “Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz” (m.138/3) ve “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” (m.138/4).

AYM kararları için de özel düzenlemeler getirilmiştir (m.153/6, 158/3). O nedenle adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suç olarak düzenlenmiştir (5237, m.288).^[2]

AİHM'nin verdiği çok sayıda kararda da, bireylerin “lekelenmeme hakları” olduğu için, kesin hükme kadar, yargı veya yargı dışı kurum, kuruluş veya kişilerin bu hakka zarar verici davranışlarda bulunmalarına işaret edilmiştir.

Mahkeme kararlarına uyulmaması yönündeki açıklamalar yerinde değildir. Özellikle devletin temel organlarında görevli olanların bu yöndeki açıklamalarının yargıya emir ve talimat biçiminde anlaşılması mümkündür.

Tüm bu ve benzeri açıklamaların yargının başta bağımsızlığına ve dolayısıyla tarafsızlığına zarar vermektedir.

Yargı mensuplarının bu tür açıklamalar karşısında etkilenmeyeceklerini kabul etsek bile, görünüşte de olsa yargının bağımsızlık ve tarafsızlığına zarar verdiği gibi, yargı mensuplarını da zorda bırakabilmektedir.

Yargı'nın fonksiyonu, modern demokratik devletlerde, devletin, kişilerin, kamu kuruluşlarının devletin hukuk devleti ilkesine uymasını sağlamaktadır.^[3]

Ayrıca ulusal ve uluslar arası yargı etiği ilkelerinde de yargı'nın bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.^[4]

Yargı'nın tarafsızlık ve bağımsızlığına aykırı davranış için her davranış

[2] TCY'nda “**Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs**” başlığı altında düzenlenen suç: “Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır” (m.288).

[3] Demirkol, Ferman: Bağımsız Yargının Fonksiyonları, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1992, s.4.

[4] İç hukukumuzda ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 27.6.2006 gün ve 315 sayılı kararıyla benimsenmesine karar verilen Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ile 10.10.2006 gün ve 424 sayılı kararıyla benimsenmesine karar verilen Budapeşte İlkeleri'nin (Avrupa Başsavcılar İlkeleri), Merkez ve mülhakatta görevli hâkim v Cumhuriyet savcılarının duyurulmasına ilişkin kararlar Resmi Gazete'de yayımlanmıştır (Bkz. Resmi Gazete, 21.11.2006, Sayı: 317, Yargı Mevzuatı Bülteni, s.7-18). Ayrıca, Yargıtay ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na hazırlanan yargı etiği ilkeleri bulunmaktadır.

için farklı ve somut olaylara göre değerlendirme yapılması gerekir. Ancak kimi yargı kararlarında Bangalor yargı etiği ilkelerinin suçun unsurlarının oluşmasında dikkate alındığı görülmektedir.^[5]

Suç işleyen yargı mensuplarının görevleriyle bağlantısının kesilmesinde zaten, bağımsızlık ve tarafsızlıklarını kaybettikleri varsayılır.

Bağımsızlık ve tarafsızlık kavramlarının içeriği, somut durumlara göre, daha çok içtihatlarla doldurulmaktadır.

Yine adil yargılanma hakkı ile ilgili düzenlemeler bulunmakta olup (Anayasa, m.36/1; AİHS, m.6/1); yargı bağımsızlığının, “adil yargılanma hakkına hizmet” ettiği kabul edilmektedir”.^[6]

Bu düzenlemelerden “yasayla kurulmuş”, “bağımsız ve tarafsız” yargılama makamı kavramları öne çıkmaktadır. Bu üç şart, sadece yargısal makamlarda aranmaktadır.^[7] AİHM’ne göre, mahkemeye yargı yeri özelliği kazandıran husus, o’nun yargısal fonksiyonudur.^[8]

A)YASAYLA KURULMUŞ MAHKEME

Yasayla kurulmuş olma kavramı, yargı kurumunun idareye bağlı olmamasını, yasama organı tarafından çıkarılan bir yasayla kurulmasını

[5] Yargıtay CGK, savcı olan sanığın görevinin gerektirdiği davranış biçimlerini terk ettiği, görevi adalete hizmet etmek olan bir kamu görevlisinin Bangalor Yargı etiği ilkeleri arasında yer alan bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, eşitlik ve dürüstlük gibi evrensel etik kuralları hiçe sayarak görevinin gereklerine aykırı davrandığına karar vermiştir. CGK bu kararında, “Avrupa Savcılar Konferansı’nın 29-30 Mayıs 2005 tarihli 6. oturumunda kabul edilerek, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca 10.10.2006 gün ve 424 sayı ile benimsenmesine karar verilip, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü’nce de hakim ve savcılara duyurulan Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri” de hemen hemen Bangalor İlkeleri ile benzer mahiyettedir” demek suretiyle, etik ilkelerin yargıç ve savcılar için fiilin elvermesine göre dikkate alınacağına yer vermiştir (CGK, 2007/5.MD-83, 2007/244, 20.11.2007).

[6] İncoğlu, Sibel: “Yargı Bağımsızlığı İçin Asgari Standartlar Nelerdir?”, Türkiye’nin Anayasa Gündemi, Derleyen: İbrahim Ö. Kaboğlu, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2016, s.164.

[7] Vitkauskas/Dikov, 2018, s.51.

[8] Doğru, Osman/Nalbant, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, 1. Baskı, Ankara 2021, s.632.

amaçlamaktadır.^[9]

Yasayla kurulmada hukukun üstünlüğünün sağlanması amaçlanmaktadır. Hukukun üstünlüğü ise, bu konuda idarenin sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmamasını gerektirmektedir.^[10]

1982 Anayasası'ndaki düzenlemelere göre, “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” (m.142/1) ve “İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir” (m.38/10).

Yasayla kurulmuşluk, yargıcın hangi davaya hangi koşullarda bakabileceğinin önceden belirlenmiş olmasını gerektirir. Tabii/doğal yargıç veya yasal yargıç ilkesi bunu gerektirmektedir. Bu bize olağanüstü mahkemelerin kurulamayacağını göstermektedir.

Örneğin, bir mahkeme başkanının dosyaları kendisine havale ederek, açık olmayan gerekçelerle ve şeffaflıktan yoksun usulle aynı gün karara bağlaması, yasal olmayan durum olarak nitelendirilmektedir.^[11]

Yasayla kurulmuş mahkeme kavramı, görev alanların mutlaka yargıç veya avukat gibi hukuk eğitimi almış kimselerden olması şartı aranmamakla beraber^[12], vereceği kararın bağlayıcı olması^[13], ancak bir yargılama makamının verdiği kararın yargısal olmayan bir makam tarafından iptal edilme riskinin olmaması aranmaktadır.^[14]

Esasen yargı organının görev ve yetkisinin yasayla düzenlenmesi gerekmele beraber, yasayla çerçevesi çizilmesi kaydıyla örgütlenmesine ilişkin tüm hususların yasayla düzenlenmesi aranmayabilir. Buna karşın yargıcın konumu ve rolünün sadece teamüllerle düzenlenmesi/ belirlenmesinin kabulü mümkün değildir.^[15]

[9] Vitkauskas/Dikov, 2018, s.53.

[10] AİHM, Lavens/Letonya, par.114-121; Vitkauskas/Dikov, 2018, s.52-53.

[11] Vitkauskas/Dikov, 2018, s.52.

[12] AİHM, Ettl/Avusturya, par.36-41; Vitkauskas/Dikov, 2018, s.53.

[13] AİHM, Sramek/Avusturya, par.36-42; Vitkauskas/Dikov, 2018, s.53.

[14] AİHM, Cooper/Birleşik Krallık; Vitkauskas/Dikov, 2018, s.53.

[15] AİHM, Pandjigidze ve diğerleri/Gürcistan, par.101-111; Vitkauskas/Dikov, 2018, s.54.

B)BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ MAHKEME

Yargı'nın bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanmasında erkler ayrılığının gerçekleştirilmesi gerekir.^[16] Yargı bağımsızlık ve tarafsızlığını sağlayacak yapısal unsurlar sağlanamamışsa, yargıçların bağımsız ve tarafsız davranmalarını beklemek güçleşmektedir.

Ancak bu yapısal unsurlara, yargıcın kendisinin bağımsız ve tarafsız davranmasını sağlayacak güvencelerin de eklenmesi gerekir. Esasen yargının bağımsız ve tarafsız olmaması bir “ehliyetsizlik” olarak kabul edilebilir. Özellikle yürütmeye karşı bağımsız ve tarafsız olması diğerlerine oranla daha önemlidir. Davanın görülmesinde her iki koşulu taşıyan mahkemede yargılanmayı istemek bir haktır. Bu hak; adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu gibi, demokratik toplumda çok önemli bir yere sahiptir.^[17]

Yargı bağımsızlık ve tarafsızlığı, egemenlik yetkisi kullanan bir organ olmasıyla ilgilidir.^[18]

a)Bağımsız Mahkeme

Yargı bağımsızlığının sağlanmasında profesyonellik önem kazanmaktadır. Profesyonelliğin kaliteyi artıracağı konusunda yaygın kanaat vardır. Eğer Yargı'nın kalitesi yoksa bağımsızlığının da anlamı yoktur. O nedenle bağımsızlık ile kalitenin birlikte düşünülmesi gerekir.^[19] Kalitenin yakalanmasında mesleki profesyonellik ve meslek etiği kurallarına bağlılık aranmaktadır.^[20]

[16] Kaboğlu,İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 17. Baskı, Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2023, s.134-135; 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 16 ncı maddesi: “Hakların güven altına alınmadığı kuvvetler ayrılığının yapılmadığı bir toplumda Anayasa yoktur”.

[17] AİHM, De Cubber, par.30; Doğru/Nalbant, 2021, s.632.

[18] Eren, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2022, s.1057 vd.

[19] L'indépendance de la justice, Communication de Jean-François Burgelin, procureur général honoraire près la Cour de cassation, prononcée en séance publique devant l'Académie des sciences morales et politiques le lundi 20 mars 2006; Adresse de cet article: <http://www.canalacademie.com/L-independance-de-la-justice.html> (siteyi ziyaret tarihi: 01.01.2024).

[20] Ludet, Daniel: “Quelle Responsabilité Pour Les Magistrats?”,Pouvoirs (Revue Française D'Etudes Constitutionnelles et Politiques), Les Juges, 74 Seuil, 1995,

Diğer yandan bağımsızlığı sağlanmadan yargının kalitesinden de söz edilemez. Bilhassa ceza yargısı bakımından meslekten yargıçlardan vazgeçilmesinin sakıncalı olduğunun aksini iddia edecek insan sayısı yok denecek kadar azdır. Yargı bağımsızlığının en iyi hangi ülkede gerçekleştirildiğine ilişkin değişik görüşler ileri sürülmekle beraber, henüz en idealinin bulunduğu da söylenemez. Bu nedenle bağımsızlığın sürekli arandığı üzerinde durulmaktadır.^[21]

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararında^[22], “Yargıçların bağımsızlıklarını geliştirmek, korumak ve saygı göstermek için gerekli tüm önlemler alınmalıdır” (İlke 1/1); “Mahkemeler dışında hiçbir organ, mahkemelerin yetkisi hakkında söz sahibi olmamalıdır” (İlke 1/2-a-iii); “Yasama ve yürütme organları yargıçların bağımsızlığını temin etmeli ve bunu tehlikeye atacak adımlar atmamalıdır” (İlke 1/2 -b); “Yargıçların seçilmesi ve kariyeri konusunda karar veren mercii, hükümetten ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu mercinin bağımsızlığını güvence altına almak için, üyelerinin yargı mensupları tarafından seçilmesi ve usul kurallarını kendisinin belirleyebilmesi gibi önlemler” alınabilmeli (İlke 1/2-c); “Karar verme sürecinde yargıçlar bağımsız olmalı ve herhangi bir çevre ve makamdan ya da herhangi bir neden için; doğrudan ya da dolaylı hiçbir kısıtlama, uygunsuz etki, teşvik, baskı, tehdit veya müdahale altında kalmaksızın çalışabilmelidirler” (İlke 1/ 2-d).^[23]

Kavram olarak bağımsızlık, herhangi bir kişi veya makamdan (organdan) emir almamak, özellikle davanın taraflarının veya yasama ve yürütme organlarının ve diğer dış etkilerin (ekonomik ve sosyal gruplar) baskı alanları dışında olmak demektir.^[24] Anayasa Mahkemesi’ne (AYM) göre

s.133-137.

[21] L’Indépendance de la justice; Par le Doyen Charles Debbasch, Président Honoraire de l’Université de Droit, d’Economie et des Sciences d’Aix-Marseille; [http://www.wikio.fr/article/5653887\(siteyi ziyaret tarihi: 01.01.2024\).](http://www.wikio.fr/article/5653887(siteyi%20ziyaret%20tarihi%3A%2001.01.2024).)

[22] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin “Yargıçların Rolü, Etkinlikleri ve Bağımsızlıkları” ile İlgili 12(94) Numaralı Tavsiye Kararı.

[23] Şahbaz, 2008, s.238-239.

[24] Özbudun, Ergun:Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.358; Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun:Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza

yargıç, “bağımsızlığını sadece yürütme organına karşı değil, demokratik bir toplumda, devlet yapısı içinde tüm kurum, kuruluş ve kişilere karşı da düşünüp sağlamak gerekir”.^[25] Yargı bağımsızlığı hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. Yargı bağımsızlığını ve dolayısıyla tarafsızlığını sağlamadan hukuk devletinin kurulduğunu iddia etmek mümkün değildir.^[26]

Yine AYM kararında daha önce yargıçlık yapan ve sonradan avukatlığa geçenlerle ilgili olarak şunlara işaret edilmiştir: “Daha önce hâkim veya savcı olarak görev yaptığı mahkemeye veya o mahkemenin bulunduğu yerdeki diğer mahkemelere çıkan bir avukatın durumunun, adaletin yerine getirilmesinde kuşklar yaratacağı, gerek mahkemeye gerekse avukatlık müessesesine olan güveni sarsacağı açıktır. Adalet hizmetinin tarafsız yürütülmesi, her türlü kuşku dışında tutulması gereken bir yücelik taşır. Bu yüceliği korumakta kamu yararı olduğunu uzun uzadıya açıklamaya yer yoktur”.^[27]

AYM yargıçlıktan emekli olunması sonrası aynı yerde iki yıl avukatlık yapılmasını yasaklayan yasayı Anayasa’nın 13. ve 48. maddelerine aykırılıktan iptal ederken şunlara işaret etmiştir: “Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan bağımsız yargı gücü, günümüzde temel hak ve özgürlüklerin olduğu kadar kamusal düzenin korunmasının da güvencesidir. Yargının bağımsızlığının amacı ise bireylere her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı

Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1998, s.315 vd.

[25] AMK, 28.2.1989, 1988/32, 1989/10; AMKD, Sayı:25, s.118. Benzeri karar, AMK, 27.4.1993, 1992/37, 1993/18, AMKD, Sayı:31, C.1, s.99.

[26] Tanör, Bülent: Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1990, s.390’da, demokratik ve hukukun üstünlüğünü benimsemiş bir ülkede, ister kuvvetler ayrılığı, isterse kuvvetler birliği kabul edilmiş olsun, yargı bağımsızlığının sağlanması zorunludur.

[27] AYM, 1963/161, 1964/11, 04.02.1964. Bu kararda ayrıca, “kanun, avukatlara, mesleğin vakar ve haysiyeti ile bağdaşmayan her türlü davranışlardan sakınmak; görev ve yetkilerini adalet icaplarına uygun olarak yapmak ve kullanmak, yolsuz ve haksız gördükleri teklifleri red etmek, aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya oy vermiş yahut daha önce aynı işe hâkim, hakem, savcı veya memur sıfatı ile bakmış ise dâvayı kabul etmemek gibi bir çok zorunluklar yüklemiş ve görevin gereği olan bir takım ayrıcalıklar sağlamış ve onları geçici olan işten çıkarmaya veya temelli olan meslekten çıkarmaya kadar varan çeşitli disiplin cezaları koymuştur” denmiştir.

güven ve inancını vermektir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen objektif bağımsızlık da yargılama çalışmalarında hâkimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır. Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hakim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yaratabilir. Yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler".^[28]

-AİHM, önceden istişari görev yapmış bir kimsenin sonradan aynı olayda yargıçlık yapmasını objektif bağımsızlıkla bağdaşmaz bulmuştur.^[29]

-AİHM, mahkemenin davanın taraflarına karşı tarafsız davranması zorunluluğunu da bağımsızlık kavramı çerçevesinde değerlendirmiştir.^[30]

Diğer yandan bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları birbirine çok yakın kavramlar olmakla beraber, mahkemenin davanın taraflarından bağımsız görev yapması bağımsızlıktan çok tarafsızlıkla ilgilidir.^[31] Çünkü bağımsızlık, mahkemenin/yargıcın kendi dışında olan ve özgür karar verilmesini etkileyen bir husustur. Oysa tarafsızlık, yargıcın kendinden/ şahsından kaynaklanan bir durumdur^[32]. Yargıcın kendinden kaynaklanan nedenlerle davada tarafsız olamaması, karar verirken duygularına esir olması bağımsızlıkla açıklanamaz. Bir başka deyişle tarafsızlık mutlaka bağımlılık demek olmamakla beraber, bağımsızlığı etkileyen her durum yargıcın tarafsızlığını etkiler.

O nedenle, yargı bağımsızlığı kavramının tarafsızlığı içerecek biçimde geniş kabul edilmesi gerekir. Ancak yargıç, kendi kendine değil de, davanın taraflarının baskısı altında istemediği kararı veriyorsa, bu durumda yargıcın kendiliğinden öyle karar verdiği söylenemeyeceğinden, burada bağımsız olmadığından ve dolayısıyla buna bağlı olarak da tarafsız davranmadığından söz etmek gerekir.

[28] AYM, 2001/309, 2002/91, 15.10.2002; RG, 12.12.2003, Sayı: 25314.

[29] AİHM, Procola/Luksembourg, 28.9.1995, A.326.

[30] AİHM, Beaumartin/Fransa, par.38.

[31] İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, s.163.

[32] AİHM, Demicoli/Malta, 27.8.1991, par.40; Demircioğlu, Yaşar: Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvencesi, Ankara 1997, s.75.

AİHM kararlarında daha çok objektif tarafsızlıkla bağımsızlığı birlikte kullanmaktadır.^[33] Objektif tarafsızlığı, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven vermede tarafsız bir görünümde olup olmadığı yönünden değerlendirdiğimizde, tarafların mahkemeye bakışına göre tarafsızlık bağımsızlık olarak değerlendiriliyor ki, bu yaklaşıma katılmak mümkün değil. Çünkü yargıcın (bağımsızlık veya tarafsızlık) durumunun taraflara göre değerlendirilmesi yerine, yargıcın istenmeyen (objektiflikten uzak) davranışının nedeninin ne olduğunun belirlenmesinden sonra, bağımsızlığın mı, yoksa tarafsızlığın mı ön plana çıktığına bakmak gerekir.

Davanın taraflarına karşı bağımsızlığın adı tarafsızlık olduğundan, dıştan baskıya dayalı bir taraflı davranma söz konusu değilse, buna tarafsızlık demek gerekir.^[34]

AİHM, yargı bağımsızlığını açıklarken kuvvetler ayrılığıyla bağlantısı üzerinde durmuyor; ancak yargı bağımsızlığı için temel ilkeleri ortaya korken, ayırım yapmaksızın, yargının karar verirken dış etkenlerden (yasama-yürütme veya başka organlardan) etkilenmemesine dikkat çekiyor. Bunun için AİHM, kuvvetler ayrılığı ilkesinden değil, somut durumda yargının bağımsızlık ve tarafsızlığını değerlendirirken AİHS'nin 6.maddesindeki koşullara uygun davranılıp davranılmadığı üzerinde durmaktadır.

AİHM, bu konudaki değerlendirmesini yaparken, bir mahkemenin bağımsızlığını, mahkeme üyelerinin atanma ve görevden alınma yöntemine, görev sürelerine, bu üyelere emir vermeye yetkili her hangi bir organın bulunup bulunmadığına, her türlü dış etkiden korunmalarını sağlayacak mekanizmaların bulunup bulunmadığına, sonuç olarak mahkemenin genel bir değerlendirme ile “bağımsız görünüm”e sahip olup olmadığına bakarak değerlendirmektedir.^[35] Çünkü mahkemenin bağımsız olması

[33] İncoğlu, 2002, s.163.

[34] Ünal, Şeref: Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı, Ankara 1994, s.17’de, mahkemenin bağımsızlığı üzerinde dururken, yargıcın davanın taraflarına karşı da bağımsızlığından söz etmektedir.

[35] AİHM, Findlay/İngiltere, 25.2.1997, Recueil 1997-1, s.281; Tezcan, Durmuş/ Erdem, M.Ruhan/Sancakdar, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s.254 ve 261; AİHM, Engel ve diğerleri/Hollanda, 8.6.1976, A.22; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A.84; AİHM, Belilos/İsviçre, 29.4.1988, A.132; AİHM, Bryan/

yanında, bağımsızlık görüntüsü vermesi de önemlidir.^[36] Bağımsızlık görüntüsü için, tarafsız bir gözlemcinin, bağımsız bir yargılama olup olmadığı konusundaki yargısı önemlidir. Aynı değerlendirme tarafsızlık için de geçerlidir.

Mesleğe kabule ilişkin nesnellik; yargı üyelerinin görev süreleri ve görevden alınmama güvenceleri; yargı üyelerinin kariyerleri ve mali güvenceleri, yargının “bağımsızlığı” için çok önemlidir.^[37]

Yargı’nın bağımsızlığının, yasama ve yürütme organlarına; toplumdaki diğer güçlere karşı, hatta meslektaşlarından gelebilecek müdahalelere karşı da korunması gerekir.

Yargının bağımsızlığı kavramı, yargının diğer güçlerden ve özellikle yürütmeden ayrı olmasına ilişkin usulî güvencelerin mevcudiyetini gerektirir.^[38] Yürütme organının yargı bağımsızlığı ile ilgili düzenlemeler üzerinde değişiklikler yapması veya yapma ihtimali bağımsızlık güvencesini etkisiz kılabilir. Çünkü yargı kararının, yargısal yetkili bir makam dışındaki bir organ tarafından iptal edilme riskinin olmaması gerekir.^[39] Yargı kararının yargılama ve yasa yollarına başvurma usulüne göre ancak yine bir yargı organı tarafından denetlenmesi ve bozulması mümkündür.

Yargıcın yürütme organı tarafından tayin ve finanse edilmesi mutlaka bağımsızlıktan yoksun olacakları anlamına gelmese de, görevden alınması veya yargıçtan beklentisine göre bağımsızlığı zedeleyebilir.

Yargıç, yargılama faaliyetini yerine getirirken kendisini sadece anayasa, yasa ve hukuka uygun vicdanına göre sorumlu hissetmeli, herhangi bir önyargı veya peşin hükme sahip olmamalı ve taraflı davranmamalıdır.^[40]

Bağımsızlık daha çok yargıcın çevreden gelen etkilere karşı korunmasını

İngiltere, 22.11.1995, 335-A; AİHM, Benthem/Hollanda, 23.10.1985; Gözübüyük, A.Şeref/Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002, s.281; İncoğlu, 2002, s.163.

[36] AİHM, Demicoli, par.39.

[37] İncoğlu, 2016, s. 164-169.

[38] AİHM, Clarke/Birleşik Krallık, No. 23695/02, 25.8.2005.

[39] AİHM, Van de Hurk/Hollanda, par. 45-55; AİHM, Cooper/Birleşik Krallık (BD); Vitkauskas/Dikov, 2018, s.54-55.

[40] Dinç, Güney: Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s. 177-179; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/

sağlamaya yönelik anlaşılmakla beraber,^[41] aslında yargıcın bizzat kendisinin davranışlarıyla da bağımsızlığına gölge düşürmemesi gerekir.^[42]

Özetle bağımsızlık yargıcın adil karar vermesi için gerekli ortamın devletin yetkili organları tarafından sağlanması gerekmekte beraber, bizzat kendisinin de bunu koruması gerekir. İşte böyle bir ortamda yargıç tarafsızlığını koruyabilir. Dolayısıyla bağımsızlık yargıcın tarafsız biçimde karar vermesinin de güvencesidir. Dıştan gelebilecek baskıların önlenmesi, yargıcın iç dünyasında adaletli karar vermesini sağlayabilir. Bağımsızlık ve tarafsızlığını yitirmiş bir yargıç, yargıç olma niteliğini kaybetmiş demektir.^[43]

Bağımsızlık kimi zaman nesnel tarafsızlıkla bağlantılı olabilmektedir.^[44]

Yargının kendi içindeki işleyişte, mahkeme başkanının bir başka yargıcı dava dosyasıyla ilgili görevlendirme yapması, bağımsızlığa engel değildir.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargı bağımsızlığı ile ilgili şu kararlar dikkat çekicidir:

-Mahkemelerin bağımsızlığı sağlanmadan hukuk devleti ilkesinin

Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.312 vd.

[41] Özkul, Fatih: “Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/3, s.214-215 (ss.199-263).

[42] Bkz. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 1.Değer (Bağımsızlık), Örneğin, “Hâkim; herhangi bir yerden herhangi bir sebeple doğrudan ya da dolaylı olarak gelebilecek her türlü dış etki, rüşvet, baskı, tehdit ve müdahaleden uzak şekilde, olaylara ilişkin kendi değerlendirmesine dayanarak ve hukuka dair kendi vicdani anlayışı ile uygun biçimde yargı işlevini bağımsız olarak yerine getirmelidir” (Uygulama, 1.1); “Hâkim, yargının kurumsal ve eylemsel bağımsızlığını sürdürmek ve artırmak için yargısal görevlerinin ifasına yönelik koruma tedbirlerini teşvik etmeli ve korumalıdır” (1.5); “Hâkim, yargı bağımsızlığını sürdürmede esas olan yargıya yönelik kamusal güveni güçlendirmek amacıyla yargı etiği ile ilgili yüksek standartlar sergilemeli ve bunları ilerletmelidir” (1.6).

[43] “Tarafsızlığını yitirmiş bir yargılama makamını ‘yargı’ olarak nitelemek bile zordur. Yargı eleştirisinin keskin kalemi Kurt Tucholsky, mahkemenin açıkça taraflı davrandığı bir yargılama üzerine, şu değerlendirmeyi yapar: ‘Bu, kötü bir yargı değil. Bu, eksik bir yargı değil. Bu, kesinlikle yargı değil’ ” (Sancar, Mithat/Atılgan, Eylem Ümit: “Adalet Biraz Es Geçiliyor...” (Demokratikleşme Sürecinde Hakim ve Savcılar), Tesev Yayınları, İstanbul 2009, s. 108).

[44] AİHM, Moiseyev/Rusya, par.175-185; Vitkauskas/Dikov, 2018, s.54.

yerleşmesi mümkün değildir. Bunu sağlamak için 1982 Anayasası'nın 9. maddesi ile “mahkemelerin bağımsızlığı” başlıklı 138. maddelerinde emredici düzenlemeler getirilmiştir.

AYM, Anayasa'nın 138. maddesindeki düzenleme ve önceki kararına yollamada bulunarak şu kararı vermiştir: “Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın ‘Mahkemelerin bağımsızlığı’ başlıklı anılan maddesinin kurala bağladığı hâkim bağımsızlığının yalın bir biçimde yalnızca lafzıyla yorumlanmaması gerektiğini, hâkimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak *vicdani kanaatlerine* göre hüküm vermelerini engelleyen ya da yargı yetkisinin kullanılmasında emir, talimat, tavsiye veya telkin niteliğini taşıyan dolaylı-dolaysız her türlü düzenlemenin hâkim bağımsızlığı ilkesini zedelediğinin kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır”.^[45]

AYM, Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan “mahkemelerin bağımsızlığı” ile 140. maddesinde yer alan “hâkimlik teminatı”nı birlikte değerlendirmiştir: “Anayasa'nın 140. maddesinin ikinci fıkrasında ise hâkimlerin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa edecekleri hükme bağlanmıştır. Bu hükmün anlam ve kapsamı, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen mahkemelerin bağımsızlığının anlam ve amacının belirlenmesiyle açıklık kazanacaktır”.^[46]

Mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlerin bağımsızlığı konusu aslında iç içedir. Biri olmadan diğeri olamaz. Hukuk devletinin gerçekleşmesi için, iki bağımsızlığın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Anayasa'nın 9. maddesinde ve 138. maddesinin başlığında “mahkemelerin bağımsızlığı”na yer verilirken, 138. maddenin birinci fıkrasında “hâkimlerin bağımsızlığı”; 140/2. maddesinde de, yargıçların, “mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler” düzenlemeleri kabul edilmiştir. AYM bu düzenlemelerden hareketle, “mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlerin bağımsızlığı kavramlarının eş anlamlı olduğu izlenimini vermektedir” dedikten sonra, “Mahkemelerin bağımsızlığı, yargının yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız yapısını, yetkilerini kullanmayı, görevlerini yerine getirmeyi açıklar”; “Hâkimlerin bağımsızlığı ise yasama ve yürütme organlarına bağlı olmadan Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini

[45] AYM, 2020/35, 2021/26, 31.3.2021, par.32; benzeri karar AYM, 1988/37, 1989/36, 8.9.1989.

[46] AYM, 2020/35, 2021/26, 31.3.2021, par.33.

amaçlar. Mahkemelerin bağımsızlığıyla hâkimlerin bağımsızlığı birbirini tamamlayan, birbirinden ayrılması imkânsız ilkelerdir”.^[47]

Özellikle ceza yargılamasında yargı organının maddi gerçeğe ulaşması amaçlanmaktadır. Hukuk sistemlerinde maddi gerçeğe ulaşma görev ve yetkisi yargıya verilmiştir. Yargı organı dışında kalan devlet organlarının da somut durumlara göre hukuka uygun davranmaları gerekmekte ve çoğu kez buna uyulduğu söylenebilse de, son sözü yargının söylemesi nedeniyle, diğer organların maddi gerçeğe ulaşmalarını her olayda beklemek mümkün olmayabilir. Bu nedenle açık biçimde yargı organı dışında kalan devlet organlarının maddi gerçeğe ulaşabileceği düşünülmemiştir. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi, yargının aldığı hukuk eğitimi, meslek stajı, bağımsız ve tarafsız olması, yargılamadaki güvenceler birlikte değerlendirildiğinde, hukuk devletinin ancak yargı organı tarafından gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir.

AYM’ne göre, “hâkimin maddi gerçeğe ulaşarak kesin hüküm niteliğinde *karar verme* yetkisinin tam olarak varlığından söz edilebilmesi bakılan davada gerekli olan tüm unsurların hâkimin vicdan süzgecinden geçirilmesi ile mümkündür (...) hâkimlerin görevlerini bağımsızlık içinde yapmalarını, Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini engelleyen takdir yetkisini ortadan kaldıran ve bu suretle yargı yetkisinin kullanılmasını kısıtlayan düzenlemeler anılan hükümlere aykırılık sonucunu doğurur”.^[48]

Dolayısıyla insan hak ve özgürlüklerinin en iyi korunabildiği rejim, demokratik hukuk devleti olup, hukuk devleti^[49] de yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının tüm güvenceleriyle yerleştirilen rejimlerde

[47] AYM, 2020/35, 2021/26, 31.3.2021, par.34. Benzeri karar AYM, E.1988/32, K.1989/10, 28.2.1989.

[48] AYM, 2020/35, 2021/26, 31.3.2021, par.36.

[49] AYM, 2020/35, 2021/26, 31.3.2021, par.50: “Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan masumiyet karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Bunun sonucu kişinin masumiyeti asıl olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz”. Benzeri kararlar için bkz. AYM, S.M.[GK], B. No. 2016/6038, 20.6.2019, par. 41; Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13.6.2013, par.26.

gerçekleştirilebilir.^[50]

-“Yargı yetkisinin serbestçe kullanılabilmesi için mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esastır. Yargı görevinin bağımsızlığını sağlayacak unsurların başında hakim teminatı gelir. Hakimlerin bağımsız olmaları ise bu teminata kavuşmaları ile mümkündür. Bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması hukuk devletinin temel unsurudur. Bu uygunluğu sağlayacak makamlar yargı organlarıdır. Bu nedenle yargı organlarının bağımsızlığı bu denetimin ciddiyeti ve etkisi bakımından gereklidir”.^[51]

-“Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin bir gereği de (...) yargı işlerinin, dışarıdan gelecek etkilerden uzak ve yalnız hukuki ölçülere göre değerlendirip hükme bağlanmasını sağlamaktır. Buna göre bir yargıç kararının bir başka yargıç tarafından denetlenmesi, Anayasa’nın 132. maddesindeki hükme ters düşmez”.^[52]

- “Hukuk devletinde sıkı sıkıya bağlanılan mahkemelerin bağımsızlığı ve onun başlıca ögesi olan hakimlik teminatı ilkeleri, kişilerin, mahkemelerin genellikle hiçbir etki ve özellikle yürütmenin etkisi altında kalmaksızın, tam yansız olarak görevlerini yerine getireceklerinden emin olmaları, mahkemelere güvenmeleri, inanmaları, bu yönden herhangi bir kaygı, tedirginlik içinde kalmamaları için benimsenmiş bir düzenin temelini oluşturur”.^[53]

- AYM kişisel ve objektif bağımsızlık üzerine şu kararı vermiştir: “Hukuk devletinin en belirgin özelliği, güçler ayrılığına anlam kazandıran yargı bağımsızlığıdır. Hukuk devleti kendisini bağımsız yargısıyla korur. Günümüzde insan hak ve özgürlüklerinin başlıca güvencesi bağımsız yargıdır. Bağımsız olmayan yargı, gerçek bir yargı olarak karşılanamaz. Bağımsızlık yargının karakteridir (...) Devlet olmanın koşulu olan yargı bağımsızlığı, uygarlık savaşının en önemli alanını oluşturmuştur. (...) Mahkemelerin bağımsızlığı, yargının, yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız yapısını, yetkilerini kullanmayı, görevlerini yerine getirmeyi

[50] Şahbaz, İbrahim: Anayasa Mahkemesinin Baktığı Davalar, Legem Yayınevi, Ankara 2024, s.43-44.

[51] AMK, 1963/109, 1966/17, 29.3.1966; AMKD, Sayı: 4, s.113.

[52] AMK, 1967/11, 1968/7, 13.02.1968; AMKD, Sayı: 6, s.122.

[53] AMK, 1977/16-86, 9.6.1977.

anlatmaktadır. Hakimlerin bağımsızlığı ise, yasama ve yürütme organlarına bağlı olmadan Anayasa'ya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanılarına göre hüküm vermelerini amaçlar. Öğretide objektif bağımsızlık ve kişisel bağımsızlık olarak ikiye ayrılan hakim bağımsızlığında, kişisel bağımsızlık göreve ilişkin objektif bağımsızlığın güvencesi sayılmaktadır".^[54]

-AYM'ne göre mesleğe ilişkin niteliğin belirlenmesinde şunlar önem kazanmaktadır: "Nitelik saptamadan mesleğe kabul kararı verilemeyeceğine göre, hakim ve savcılarının nitelikleri, mesleğe kabulden önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenecektir. (...) Anayasa, hakimlik ve savcılık mesleğine verdiği özel önemin gereği olarak bu mesleğe girecekleri adaylığa alınış ve adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturmak istemektedir. Bu da hakimlik ve savcılık mesleğine girmek isteyenlerin (ister adaylıktan, isterse avukatlıktan geçiş yoluyla olsun) yeterlik sınavlarının yürütmenin etkili olamayacağı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenecek bir sınav kurulu tarafından objektif ölçme ve değerlendirme esaslarına göre yapılmasını zorunlu kılmaktadır".^[55]

Dolayısıyla AYM'ne göre mesleğe kabul ve nitelik konusunda yürütmenin etkisinin olmaması gerekir: "Yasa'da belirlenen biçimde Bakanlıkça yapılacak bir yeterlik sınavı öncelikle hakimlik ve savcılık mesleğine alınacakların yürütme organına karşı bağımsızlığını gölgelemektedir. Ayrıca, mensubu olduğu partinin siyasal görüşünü gerçekleştirmek zorunda olan bir bakana hiyerarşik olarak bağlı olan bakanlık yöneticilerinin yaptıkları yeterlik sınavı sonucu mesleğe alınacak avukatların, kendilerini her türlü maddi ve manevi etkilerden uzak ve özgür hissetmeleri zorlaşacaktır. Onlar hakimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşıyabilirler bile kamu vicdanında daima tarafsızlıkları konusunda kuşku duyulacaktır. Bu durum ise, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatını düzenleyen Anayasa'nın 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırılık oluşturur. Dava konusu 'Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı' sözcüklerinin iptali gerekir".^[56]

[54] AMK, 1988/32, 1989/10, 28.2.1989; Polatcan, İsmet: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler, İstanbul 1989, s.359-366.

[55] AMK, 1995/19-64, 14.12.1995.

[56] AMK, 1995/19-64, 14.12.1995.

- AYM yargının bağımsızlığı konusunda şu değerlendirmede bulunmaktadır: “Yargı bağımsızlığı da yargının hiç bir organ ve makama bağlı olmadan, emir ve talimat almadan görevlerini özgür biçimde yerine getirebilmesidir. Yargı görevine ilişkin olarak Mahkemelere hiçbir telkin ve tavsiyede bulunulamaz ve genelge gönderilemez. Herhangi bir baskının yapılması kadar yapılabilme olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeler”.^[57]

AYM göre yargının bağımsızlığının korunacağı organların hangileri olacağına da işaret etmiştir: “Yargı bağımsızlığından yargının yalnızca yürütme organı karşısındaki bağımsızlığı anlaşılmaz. Bu bağımsızlığın yürütme organı yanında yasama organı ile devlet ve toplumda etkili olan sosyal-ekonomik baskı grupları karşısında da gerçekleştirilmesi gerekir. Yasamaya yürütmeye ya da öteki güçlerin denetimine bağlı ve etkisini açık olan, ‘yargı’ bağımsız olamaz. Bağımsız yargı, insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca güvencesidir. Çünkü, hukuk devleti özünü yargının bağımsızlığında bulur.(...) Mahkemelerin bağımsızlığı, yargının, yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız yapısını, bu doğrultuda yetkilerini kullanmayı, görevlerini yerine getirmeyi anlatmaktadır. **Hâkimlerin** bağımsızlığı ise yasama ve yürütme organlarına bağlı olmadan Anayasa’ya ve hukuka uygun olarak vicdanî kanılarına göre hüküm vermelerini amaçlar”.^[58]

AYM, yargıçların nesnel bağımsızlığının kendilerine verilen bir ayrıcalık olmadığına da işaret etmiştir: “Hâkimlerin görevlerine ilişkin nesnel (objektif) bağımsızlık, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, bunun amacı adaletin her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmektir. Çekinme ve endişe duymadan, Anayasa’nın öngördüğü gereklerden başka hiçbir şeye bağlı olmadan yansız tutumla, özgürce karar verme olgusunu sağlayan bağımsızlık, mahkemeler ve hâkimler için bütünlük taşıdığından 138. maddenin başlığı ‘Mahkemelerin bağımsızlığı’dır. Hâkimlerin görevlerine ilişkin nesnel bağımsızlıkları, yani yargılama faaliyetinde bulunurken hiç bir dış etki altında kalmamaları”dır.^[59]

b) Tarafsız Mahkeme

[57] AMK, 1992/37, 1993/18, 27.4.1993.

[58] AMK, 1992/37, 1993/18, 27.4.1993.

[59] AMK, 1992/37, 1993/18, 27.4.1993.

AİHM bir kararında jüri üyelerinin duruşmaya ara verildiğinde savcı ile temasa geçmelerini tarafsızlıklarına gölge düşürdüğü gerekçesiyle 6. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir.^[60]

Yargıç'ın tarafsızlığı, davanın taraflarına yönelik bir yanlı tutum veya önyargının olup olmaması ile ilgilidir. Bu ise iki teste tabi tutulmaktadır: öznel ve nesnel test.

Mahkemenin tarafsız olup olmadığının davanın taraflarının değerlendirmelerine göre değil, “nesnel” olarak haklı görülüp görülmediğine bakılarak belirlenmesi gerekir.^[61]

Öznel tarafsızlığın aslında tüm yargı mensuplarında mevcut olduğu kabul edilir. Eğer öznel teste uygun davranışın yokluğu ileri sürülüyorsa, bunun delillerinin ortaya konması gerekir.^[62]

Öznel tarafsızlığın olmadığına ilişkin birkaç örnek vermek gerekirse; yargıcın davanın taraflarıyla ilgili olarak kamuoyuna olumsuz^[63] veya olumlu açıklamalarda bulunması; soruşturma evresinde görev alan yargıcın dosyadaki bilgilerle ilgili suçun işlendiği veya taraflardan birinin haklı olduğu yönünde yeterli delil bulunduğunu belirttikten sonra o davanın esasıyla ilgili karar vermesi gibi.

Tarafsızlıktan söz edebilmek için yargıcın iç dünyasında dava ile ilgili kişisel önyargılardan arınmışlık olmalıdır. Yargıcın bağımsızlıkta olduğu gibi, tarafsızlığın sağlanmasında kendisinin de çaba sarf etmesi gerekir.

Kural olarak her davada yargıcın, aksi ispatlanana kadar, öznel anlamda

[60] AİHM, Fahri/Fransa; Doğru/Nalbant, 2021, s.633.

[61] AİHM, İncal/Türkiye, 25.2.1997, 22678-93, par.71: “Bu noktada görünüm bile büyük önem taşıyabilir. Burada risk altında olan demokratik toplumlarda mahkemelerin halka her şeyden önemlisi yargılama süreci bakımından sanığa vermesi gereken güven duygusudur (...). Belirli bir mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olmasından endişe duymak için meşru nedenlerin olup olmadığını karara bağlamakta sanığın görüşleri kesin olmaksızın önemlidir. Kesin olan başvurunun kuşkularının yansız olarak haklılığının kabul edilip edilemeyeceğidir”.

[62] Piersack; Vitkauskas/Dikov, 2018, s.58.

[63] Bu açıklamaların “olumsuz” olmasına işaret edilmekte ise de (Oluje, par.56-68; Vitkauskas/Dikov, 2018, s.59), bence davanın taraflarından biriyle ilgili “olumlu” açıklamalarda bulunması yoluyla karşı taraf bakımından tarafsızlığına gölge düşürmesi kuvvetle muhtemeldir.

tarafsız olduğu kabul edilir.^[64] Ancak demokratik bir toplumda bütün mahkemelerin tarafsız oldukları yönünde kişilere güven vermeliler.^[65]

-Bir siyasal parti ile sıkı ilişkiler içerisinde olan kimsenin yargılamaya jüri olarak katılması objektif tarafsızlıkla bağdaşmaz bulunmuştur.^[66]

-Seçimlerde aday olmak için, başvuru yargıçlıktan istifa etmeksizin “geçici olarak” meslekten ayrılma isteğinde bulunmuş, fakat ülke mevzuatına göre “kesin olarak meslekten ayrılması” gerektiği için talebi Merkezi Seçim komisyonu tarafından reddedilmiş; konu AİHM’ne taşınmış ancak AİHM, yargıçlara yönelik böyle bir sınırlamanın hakkın özüne zarar vermediği görüşüne vararak, milletvekili aday olmak isteyen bir yargıcın istifa etmek suretiyle bu hakkı kullanması mümkün olduğuna ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.^[67]

-Türkiye’de de benzeri olay gerçekleşti. Bizdeki olayda bir partiden milletvekili aday olmak için meslekten istifa eden yargıç, aday olamaması üzerine mesleğe dönüş isteğinin kabul edilmemesine karşı AYM’ne başvurmuş, ancak AYM başvuruyu reddetmiştir.

AYM’nin red gerekçesine göre, “başvurucunun 298 sayılı Kanun’un ek 7. maddesindeki düzenlemede yer alan açık hükümler çerçevesinde görevden çekilme sonrasında mesleğe geri dönemeyeceğini ve mesleği kesin olarak bırakması gerektiğini bilebilecek durumda olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. (...) Açıklanan gerekçelerle başvurucunun göreve tekrar kabul edilmemesi suretiyle yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu ve Anayasa’nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır”.^[68]

Yargıcın seçimlere katılması ile bağımsızlık ve tarafsızlığının kalmayacağı düşüncesiyle mevzuata böyle bir düzenleme getirildiği anlaşılmaktadır. Burada başvurucunun herhangi bir siyasal konuşmasına dayanılmamış ve

[64] Doğru/Nalbant, 2021, s.633.

[65] AİHM, Hauschildt, par. 48; Doğru/Nalbant, 2021, s.633.

[66] Holm/İsveç, 25.11.1993, A.279-a; Remli/Fransa, 23.4.1996; Bulut/Avusturya, 22.2.1996; Gözübüyük/Gölcüklü, s.283.

[67] AİHM, Briçe/Letonya, Başvuru No: 47135/99, 29.06.2000.

[68] AYM, Ömer Faruk Eminağaoğlu Kararı, Başvuru No: 2015/7352, 26.9.2019, par.69-72; RG: 23.10.2019, Sayı: 30927.

yasal düzenlemeler dikkate alınarak karar verilmiştir. Anayasa'nın 68/5. maddesinde yargı mensuplarının partilere üye olmaları yasak olduğu gibi, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 51. maddesinin son fıkrasında "Hâkimler ve savcılar siyasi partilere giremezler, girenler meslekten çekilmiş sayılırlar" ve diğer bir özel yasada açıkça milletvekili adayı olmak için istifa edenlerin bir daha mesleğe dönemeyecekleri konusunda düzenleme bulunmaktadır (298, ek 7. maddesi).

Ancak parti üyesi iken yargıcılık mesleğine alınanların bağımsızlık ve tarafsızlıkları konusunda da tereddüt olduğuna işaret etmek gerekir. Bu durumda, AYM'nin kararına konu olay ve mevzuat dikkate alınarak, partilerde faaliyette bulunmuş kimselerin de yargıcılığa alınmamaları gerekir.

Bu konuyla ilgili en güzel örnek, 2003 yılında dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilen Özdemir Özok, Cumhuriyet Halk Partisi üyesi olduğu gerekçesiyle bu görevden affını istemiştir.^[69]

-AİHM, ilk derece mahkemesinde bakılmakta olan davaya katılan üç yargıcın istinaf aşamasında da katılmalarını "tarafsız yargıç" ilkesine aykırı bulmuştur.^[70]

Yargıtay kararlarında da; aynı davada savcılık yapan kimsenin, o davada yargıç olarak görev alamayacağı^[71], ilk derecede görev almış yargıcın o dosyayla ilgili olarak temyiz incelemesinde bulunamayacağı^[72],

[69] Av. Özdemir Özok Armağanı, Editör: Av. Tacar Çağlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 356, Birinci Baskı, Nisan 2018, Ankara, s.XV.

[70] Oberschlick/Avusturya, 23.5.1991; Tezcan/Erdem/Sancakdar, 2002, s.265.

[71] CGK, 2009/1-83, 2009/105, 28.4.2009.

[72] Yargıtay CGK, Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı olarak görev yaptığı sırada, "sanıkların tutukluluk hallerinin devamına" ilişkin karara yapılan itirazı inceleyerek; "atılı suçun vasfı ve mahiyeti, mevcut delil durumu ve hükmün gerekçesine göre, tutukluluk halinin devamına" şeklinde görüş açıklayan yargıcın, Yargıtay üyesi seçilmesinin ardından, hükmün temyiz incelemesini gerçekleştiren Yargıtay Ceza Dairesi heyetinde de yer alarak, Özel Dairenin kararına katılmasını, 5271 sayılı Yasa'nın hem "23/1 maddesine", hem de "Anayasanın 90. maddesi uyarınca bir iç hukuk normu haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının da ihlali niteliğinde" olduğuna karar vermiştir (CGK, 2013/1-538, 2014/29, 04.02.2014).

soruşturma evresinde görüş bildirerek tavsiyede bulunan ve düzenlenen iddianameye “olur vererek” o görüşü benimseyen ve o soruşturma evrakı ile ilgili kovuşturmayla katılacak savcılığı belirlemede yetkili il savcısının o dosya ile ilgili olarak yargıçlık yapamayacağına^[73], tebliğname düzenleyen Yargıtay C.savcısının Yargıtay’da o davaya üye olarak katılamayacağına^[74], Adalet Müfettişi tarafından tanık olarak dinlenen yargıcın o davaya katılamayacağına karar verilmiştir.^[75]

Bağımsızlıkta, diğer erklerin müdahalesinin olmamasının aranmasına karşın; tarafsızlıkta, davanın taraflarına yönelik bağımsızlığın olup olmaması üzerinde durulabilir.^[76] Ancak bence, bağımsızlık ve tarafsızlığın diğer erklerle olduğu gibi, davanın taraflarına karşı da güvencede olması gerekir.

Yargılamada, aynı mahkemedeki bir yargıcın tarafsız olmaması, diğer yargıçların da tarafsızlıklarını tehlikeye atar. Çünkü bir yargıcın tarafsızlık veya bağımsızlığı zarara sokacak davranışı, mahkemenin tümünden aynı güvencelere sahip olmadığı biçiminde bir kanaatin oluşmasına sebebiyet verebilir.^[77]

Tarafsızlık yargıcın, bireysel kanaatinden/peşin hükümden/önyargılarından kurtularak, yasa hükmünü önündeki uyuşmazlığa adaletli bir şekilde uygulamasını ifade etmektedir.^[78]

Özellikle yargıçların önlerine gelecek davalarla ilgili olarak, davanın tarafları hakkında bilgiye sahip olmaları mutlaka tarafsızlıklarını yitirmiş olacakları anlamına gelmez. Ancak örneğin, yargılamaya katılacak yargıçlardan biri, tutuklama kararı verirken önceden dosyayı incelemiş olup, uzun gerekçeye dayalı olarak tutuklama kararı vermiş olursa, bu durumda tarafsızlık konusunda somut veriden söz etmek mümkündür. Bu

[73] CGK, 2009/3-21, 2009/46, 03.03.2009.

[74] CGK, 2011/13-250, 2011/190, 27.9.2011; 2014/7-337, 2015/434, 01.12.2015.

[75] CGK, 2006/5.MD-127, 2006/180, 04.07.2006.

[76] Vitkauskas/Dikov, 2018, s.58.

[77] AİHM, Sander/Birleşik Krallık, par.18-35; Vitkauskas/Dikov, 2018, s.58.

[78] Centel, Nur: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ile Tarafsızlığı ve Türk Hukuku”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 45.

nedenle yargıç, henüz duruşmaya başlamadan önce davanın esasıyla ilgili kanaatlerini açığa vurmuş olduğu için ihlal kararı verilmiştir.^[79]

Buna karşın AİHM, duruşma öncesi evrede yargıcın dosyayla ilgili bilgileri edinmekle beraber, bu bilgileri çok kısa olarak değerlendirip, tutuklama isteminin reddi olayında, tarafsızlığının ihlal edilmediğine karar vermiştir.^[80]

-AİHM, yargıcın nesnel tarafsızlık ve bağımsızlığının birbiriyle çok yakın bağlantılı olduğunu kabul ederek birlikte incelemektedir. AİHM'nin incelediği ve ihlal kararı verdiği olay şöyle; cinayetle suçlanan başvurusunun olayında, hazırlık soruşturması sırasında soruşturmayı yürüten savcının amiri olan diğer savcı, görev değişimi sonucu yargıç olur ve başvurusunun yargılandığı 12 jüriden oluşan mahkeme heyetinin başkanı olur. Yaptığı yargılama sonucu başvuru atılı suçtan mahkûm olur; başkanın tarafsızlığı konusu da temyize götürülür; ancak temyiz mahkemesi hukuka aykırılık olmadığına karar verir.

Konu Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) tarafından incelenerek, önceden hazırlık soruşturmasını yürüten savcının amiri olup, sonra aynı dosyanın duruşmasında heyet başkanı olan yargıcın durumunu AİHS'nin 6/1. maddesinde yer alan "tarafsızlık" ilkesine aykırı bulur. Aynı konuda AİHM de Komisyon gibi değerlendirmede bulunur ve olayda Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varır. Belçika iç hukukuna göre tekrar duruşma açılır ve yapılan yargılamaya önceki karara katılan ve mahkeme başkanı olan yargıç katılmaz; başka yargıçla duruşmalar tamamlanır ve yargılama sonunda başvuru yeniden mahkûm olur.^[81]

- Eş olan yargıç ve savcının aynı mahkemede birlikte görev almaları veya birinin açtığı davaya diğerinin bakması, yargıda aranan güvenceleri tartışmalı hale getirir.^[82]

[79] AİHM, Karakoç ve diğerleri/Türkiye, par.59-60.

[80] AİHM, Saint-Marie/Fransa, par.33; Doğru/Nalbant, 2021, s.633.

[81] AİHM, Piersack/Belçika, B. No: 8692/79, 01.10.1982, par.30; Doğru, 2003, s.501; Şahbaz, İbrahim: "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", Anayasa Yargısı 25 (2008), s.270 (ss.229-289).

[82] Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK, 2017/4-333, 2017/434, 24. 10. 2017) aksine karar vermiştir. Karar ve karşıoy için bkz. Şahbaz, İbrahim: Yargıtay Daire ve Genel Kurullarındaki Karşıoylarım, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 1144 vd.

-Rüşvet alan, yürütmenin ve güç odaklarının emrine giren, vicdanları sızlatacak biçimde hatır gönüle dayalı karar veren yargıcın hem bağımsızlığı, hem de tarafsızlığı kalmaz. Böyle bir durumda hukuk devleti ve adaletin gerçekleşeceğini söyleyemeyiz.

-AYM, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un; 24. maddesiyle başlığı ile birlikte yeniden düzenlenen 251. maddesinin anayasaya uygunluk denetimini yaparken aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:

-Yargının tarafsızlığı ile ilgili olarak; “Genel olarak tarafsızlık davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı, tarafgirlik ve menfaate, davanın tarafları karşısında ve onların leh veya aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmamasını ifade eder. Anayasa'nın 36. maddesinde mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle beraber tarafsız mahkemede yargılanma hakkı da adil yargılanma hakkının bir unsurudur. Ayrıca mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu dikkate alındığında-Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği-Anayasa'nın 138. ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır” diyor.^[83]

-AYM bu kararında, **özel ve nesnel tarafsızlık** üzerinde de durmuştur: “Tarafsızlığın mahkemenin yapısı ve işleyişi ile davaya bakmakla görevli hâkimin davranışları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Hâkimin **birey olarak** mevcut davadaki **kişisel tarafsızlığı**, tarafsızlığın **özel yönünü**, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı tarafsızlık izlenimi ise tarafsızlığın **nesnel boyutunu** ortaya koyar”.^[84]

Buna göre, “**Özel tarafsızlık**, davaya bakacak hâkimin davanın taraflarına karşı eşit, yansız ve ön yargısız olması, hiçbir telkin ve baskı altında kalmadan hukuk kuralları çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar vermesini gerektirir (...). Esasen bu durum tarafsızlığın ön şartı olan mahkemelerin bağımsızlığının da bir sonucudur. Hâkimin mahkeme dışı unsurlara karşı bağımsızlığı ne derece önemliyse kişisel düşünce, anlayış ve önyargılarından soyutlanarak yargılama faaliyetini yürütmesi, başka bir deyişle kendine karşı bağımsız olması da o derece önemlidir”.^[85]

[83] AYM, 2020/79, 2023/113, 22.06.2023, par.171; RG,11.10.2023, Sayı: 32336.

[84] AYM, 2020/79, 2023/113, 22.06.2023, par.172; RG,11.10.2023, Sayı: 32336.

[85] AYM, 2020/79, 2023/113, 22.06.2023, par.173; RG,11.10.2023, Sayı: 32336.

AYM'ne göre “**Nesnel tarafsızlık**, yargısal sistemin ve bu kapsamda mahkemelerin kuruluş, işleyiş ve yapısının taraflar ve üçüncü kişiler nezdinde yargılama faaliyetinin tarafsız yürütüldüğü izlenimini sağlayacak şekilde oluşturulmasını gerektirir. Kurumsal tarafsızlık için de ön şart mahkemelerin bağımsız olmasıdır (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14.1.2015). Bununla birlikte tarafsızlığa ilişkin herhangi bir meşru kaygı veya korkuyu bertaraf edecek yeterli güvencelerin sağlanması gerekmektedir”.^[86]

-Yargıcın kendisine karşı da tarafsız olması gerekir: “hâkimin davayla ilgili önyargılı davranabileceği kaygısını bertaraf eden bir sistemin oluşturulması tarafsızlığın yanında hâkimin kendisine karşı bağımsız olmasını sağlayacaktır. Hâkimin **daha önce davanın esasına dair görüşünü açıklaması** devam eden yargılamada vereceği aynı nitelikteki karar açısından önyargılı bir yaklaşım sergileyebileceği sonucunu oraya çıkarabilir. Bu durum tarafsızlık açısından kişiler nezdinde makul güvenin oluşmasını engelleyerek yargılamayı hakkaniyet boyutundan uzaklaştırabileceği gibi hâkimi açıkladığı önceki görüşü nedeniyle iç dünyasında oluşan baskının etkisiyle hareket etmesine de neden olabilir”.^[87]

AYM'nin kararında yargıcın, dava ile ilgili olarak, yargılama öncesi aşamada konuyla ilgili bilgisinin üzerinde duran AİHM'nin içtihatlarına yolmada bulunmaktadır: “AİHM tarafsızlık ilkesini değerlendirirken uyuşmazlığın esasıyla ilgili karar veren hâkimin yalnızca yargılamanın önceki aşamalarında görev almasını tarafsızlık ilkesinin ihlali için yeterli bir neden olarak kabul etmemiştir. AİHM konuyu esasa dair karar öncesi hâkimin yaptığı işlemler ve verdiği kararların kapsam ve içeriğini dikkate alarak değerlendirmiştir. AİHM'e göre hâkimin tarafsızlığı ilkesinin zedelenmemesinde temel kıstas önceki aşamalarda yapılan işlem ve alınan kararların sanığın suçluluğu hususunda belirleme yapmaması, bu konuda herhangi bir ön yargı oluşturmaması gerekmektedir”.^[88]

-AYM baktığı davada, tarafsız mahkemede yargılanma hakkını değerlendirirken basit yargılama usulünde mahkemenin ilk aşamada ve itiraz sonrası verdiği kararların kapsam ve niteliğinin dikkate alınması

[86] AYM, 2020/79, 2023/113, 22.06.2023, par.174; RG,11.10.2023, Sayı: 32336.

[87] AYM, 2020/79, 2023/113, 22.06.2023, par.175; RG, 11.10.2023, Sayı: 32336.

[88] AYM, 2020/79, 2023/113, 22.06.2023, par.176; RG,11.10.2023, Sayı: 32336.

gerektiğine işaret etmiştir. Buna göre, “Esasen söz konusu Kanun’un 251. maddesine göre verilen karar, hâkimin dosyadaki mevcut deliller çerçevesinde yapacağı değerlendirme sonucu sanığın suçluluğuyla ilgili o ana kadar kesin kanaatini açıklayan bir hükümdür. Bu yönüyle anılan kararın Mahkemenin genel yargılama usulüne göre yapacağı yargılamada uyuşmazlığın esasına yönelik vereceği herhangi bir karardan farkının bulunmadığı açıktır. Ayrıca anılan kararların doğuracakları etki ve sonuç itibarıyla da farklı oldukları söylenemez. Nitekim basit yargılama usulünün uygulanması sonucu verilen karara itiraz edilmemesi hâlinde söz konusu karar genel usul hükümlerine göre verilen karar gibi **kesin ve infaz edilebilir nitelikte olacaktır**”.^[89]

-AYM’ne göre, önceden karar vererek görüşünü açıklamış yargıcın, basit yargılama usulünde itiraz üzerine aynı işe bakmasının tarafsız yargılama usulünün ihlal edilmiş sayılacağına karar vermiştir: “Bu itibarla kuralda basit yargılama usulünün ilk aşamasında verilen karara karşı yapılan itiraz üzerine hükmü veren mahkeme tarafından duruşma açılarak yargılamaya devam edilmesinin öngörülmesi, davanın esasına dair görüşünü açıklayan bir hâkim tarafından yeniden yargılama yapılması anlamına gelmektedir. Gerçekten itiraz sonrası yapılan yargılamaya görüşünü açıklayan bir hâkimle devam edilmesi basit yargılama usulünün ikinci aşamasının uygulanmasını gereksiz kılacaktır. Kanun’un 251. maddesine göre verdiği kararla uyuşmazlık hakkında ne tür bir kanaate sahip olduğu anlaşılan hâkimin kural kapsamında itiraz üzerine yeniden yapacağı yargılamanın taraflar açısından sonucu değiştirmeyecek usule ilişkin bir işlem olmaktan öteye geçmeyeceği açıktır”^[90]; “basit yargılama usulünde verilmiş karara itiraz üzerine hükmü veren mahkemece yargılamaya devam edilerek karar verilmesi, mahkemenin tarafsızlığı yönünden makul güvenin oluşmasını, hâkim açısından kendine karşı bağımsız hareket etmesini engelleyen bir durum olarak görülecektir. Bu itibarla kural, tarafsız mahkemede yargılanma hakkına aykırılık oluşturmaktadır”.^[91]

C) MAHKEMELERİN GÖRÜNÜMÜ

AİHM, mahkemelerin sadece bağımsız ve tarafsız olmalarının yetmediğine, görünümünün de böyle olması gerektiğine dikkat

[89] AYM, 2020/79, 2023/113, 22.06.2023, par.177; RG, 11.10.2023, Sayı: 32336.

[90] AYM, 2020/79, 2023/113, 22.06.2023, par.178; RG, 11.10.2023, Sayı: 32336.

[91] AYM, 2020/79, 2023/113, 22.06.2023, par.179; RG, 11.10.2023, Sayı: 32336.

çekmektedir.

AIHM bunu, “adaletin yerine getirilmesi yetmez, yerine getirildiğinin görülmesi de gerekir” biçiminde izah etmektedir.^[92]

-Mahkeme heyetinde memurların da yer alması tek başına bağımsızlığı zedeliyor olmasa bile, memur yargıcın ast konumda olması halinde bağımsızlığı konusunda meşru şüphe uyandırır.^[93]

-Lozan Polis Masası adlı kurumun yargısal fonksiyona sahip olduğu halde, üyelerinin idare tarafından atanmaları ve görevleri sona erdikten sonra tekrar polis olmaları gözetilerek, bu durumun demokratik bir toplumda yargıya duyulması gereken güveni zayıflattığından, kararlarına karşı Yüksek Mahkemeye başvurulma olanağı bulunsa bile, görünüm olarak bağımsızlık ve tarafsızlığına duyulan kuşkular yerinde bulunmuştur.^[94]

-AIHM, İncal/Türkiye kararında^[95], Devlet Güvenlik Mahkemelerinde (DGM) bir askeri üye bulunmasını Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine aykırı bulmuştu. AIHM’ne göre, bir sivilin, kısmen de olsa, askeri yargıçla oluşturulan bir mahkemede yargılanması, yargılanan kimsede ister istemez davada başka mülahazalarla hareket edilebileceği endişesini ciddi biçimde uyandırabileceğinden, bu durum DGM’sinin “bağımsız ve tarafsız mahkeme” sayılmasına engel oluşturmaktadır.

AIHM bu kararında, yargılanan kimsenin düşünce ve duygusunu, hissettiklerini dikkate alarak değerlendirmede bulunmuştur. AIHM, mahkemenin yasayla ve olaydan önce kurulmuş olmasını dikkate almaksızın, askeri yargıcın görev almasını, kavramları birlikte yazarak, “bağımsızlık ve tarafsızlık” ilkesine aykırı kabul etmiştir.

-Türkiye ile ilgili bir kararında AIHM, DGM’indeki yargılamada, askeri yargıcın yargılama tamamlanmadan değiştirilmiş olmasını dahi

[92] AIHM, Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, par. 81.

[93] “Mahkeme üyeleri arasında, görev ve hizmetleri bakımından dava taraflarından biri karşısında ast konumda bulunan bir kişinin yer alması halinde, dava tarafları söz konusu kişinin bağımsızlığı konusunda meşru bir şüphe duyabilir. Bu tür bir durum, mahkemelerin demokratik bir toplumda uyandırması gereken güveni ciddi biçimde etkiler” (AIHM, Sramek/Avusturya, 22.10.1984, Seri A no. 84, par. 41-42); ayrıca bkz. İnceoğlu, 2002, s.175.

[94] AIHM, Belilos/İsviçre, par. 67-72.

[95] AIHM, İncal/Türkiye, 9.6.1998; benzeri karar, AIHM, Çıraklar/Türkiye, 28.10.1998.

bağımsızlık bakımından ihlal olarak kabul etmiştir.^[96]

-AİHM, DGM heyetlerinde yer alan askeri yargıçların statülerinin belli yönlerinin onların yürütmeden bağımsızlıklarını tartışmalı hale getirdiğine ilişkin önceki kimi kararlarına yollamada bulunduktan sonra, askeri yargıcın yargılama sırasında katıldığı ve hükme esas alınan bir ya da daha fazla ara kararda yer alması halinde yargılama devam ederken karardan önce onun yerine sivil bir yargıcın getirilmesinde, DGM’de uygulanan müteakip usul bunu gideremiyorsa (tekrarlanmıyorsa) başvurunun mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili makul şüphelerini dağıtmadığı gerekçesiyle ihlal sonucuna varmıştır.^[97]

-AİHM bir başka kararında, milli güvenliğe ilişkin suçlardan DGM önüne çıkarılan başvurunun, aralarında askeri yargıcın da bulunduğu mahkeme heyeti önüne çıkmaktan çekinmesinin anlayışla karşılanacağı saptamasından sonra, bu mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında başvuru tarafından duyulan şüphelerin objektif olarak kanıtlandığı düşünülebilir demiştir.^[98]

-AİHM, Askeri Yüksek İdare Mahkemesini, üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanması, Anayasa tarafından dışarıdan gelebilecek müdahalelere karşı korundukları, görev yerleri ve süreleri askeri hiyerarşi veya idari kararlarla değiştirilemez olduğu gerekçeleriyle, asker kişilerin yargılanmaları bakımından^[99], bağımsız ve tarafsız olmadıkları iddiasını yerinde bulmamıştır.^[100]

[96] AİHM, Kenar/Türkiye, 67215/01, 13.12.2007.

[97] AİHM, İncal/Türkiye, Karar Raporları 1998-IV; AİHM, Çıraklar/ Türkiye, Raporlar 1998-VII; Öcalan/Türkiye, no. 46221/99.

[98] AİHM, Ağın/Türkiye, 46069/99, 29.3.2005 (<http://www.inhak bb.adalet.gov.tr/>

aihm/karar/agin.doc; ziyaret tarihi: 3.4.2008); AİHM, Aslan/Türkiye, 15.7.2005 (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/aslan.doc>; siteyi ziyaret tarihi: 01.01.2024); AİHM, Özdemir/Türkiye no: 59659, 6.2.2003, par. 35-36.

[99] Ancak Türkiye bakımından Anayasa’daki “Askerî mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara da bakmakla görevlidirler” (m.145/2) düzenlemenin asker olmayanlar bakımından aynı şeyi söylemek güçlüğü vardır.

[100] AİHM, Yavuz/Türkiye, 25.5.2000; İncoğlu, 2002, s.180-181.

-Ancak AİHM, kararın uygulanması için komutanın onayının gerekmesi nedeniyle, İngiltere'deki askeri yargının bağımsız ve tarafsız olmadığına karar vermiştir.^[101]

-Yine AİHM, Sıkıyönetim ve Askeri Mahkemeleri üzerinde dururken, bağımsızlık ve tarafsızlıkla ilgili alınmış olan önlemler ile asker kişilere tanınan komutan onayını bağımsızlığa aykırı bulmuştur.^[102]

-AİHK, iki sivil, iki askeri yargıç ile meslekten olmayan subay üyeden kurulu Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi'nin askeri yargıçların kariyer ilerlemelerinde hiyerarşik amiri olan subayların olumlu sicil vermeleri şartının aranmasının bağımsız olmadıklarını gösterdiği; subay üyenin ise, her halükarda bağımsız olmadığı, dolayısıyla mahkemenin bağımsız ve tarafsız olamayacağına karar verirken^[103]; AİHM aynı konuyla ilgili olarak, yerleşik içtihatlarını tekrarlayarak, konuya yargıçların atanma biçimleri, görev süreleri, dış baskılara karşı güvencelerinin olup olmadığı, mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediği, bakımlarından yaklaşarak, askeri yargıçların statülerinin kimi yönlerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarını kuşkulu kıldığı sonucuna varmıştır. Askeri yargıçlar yönünden, bunların yürütmenin emrinde ve ordu mensubu oldukları, bu itibarla askeri disiplin ve sicile tabii oldukları, atanmalarıyla ilgili kararların idari makamlar ve ordu tarafından alındığı; subay üyenin ise, komutanın emri altında olduğu ve hiçbir biçimde bağımsız olmadığı sonucuna varmıştır.^[104]

-Yasayla kurulmuş olmakla beraber, Milli Savunma Bakanı kararlarına uygun çalıştıkları için Yunanistan Albaylar Rejimi Sıkıyönetim Mahkemelerinin bağımsız olmadıklarına karar verilmiştir.^[105]

-Türkiye ile ilgili bir kararında da AİHM, iki askeri yargıç ve bir subay ile iki sivil yargıçtan oluşan Sıkıyönetim Mahkemesinin, burada görev yapan yargıçların Sıkıyönetim Komutanının emri altında bulunmaları nedeniyle,

[101] AİHM, Findley/İngiltere, 25.2.1997, par. 75-80.

[102] AİHM, Cable ve diğerleri/İngiltere ve Hood/İngiltere, 18.2.1999; AİHM, Moore ve Gordon/İngiltere ve Smith ve Ford/ İngiltere, 29.9.1999; AİHM, Mills/İngiltere, 5.6.2001.

[103] Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye, 15530/89, 15531/89, Komisyon kararı, 8.12.1994.

[104] AİHM, Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye, 25.3.1996; Özdek, Yasemin: Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara 2004, s.206-208.

[105] İnceoğlu, 2002, s.160.

başvurucunun bu mahkemenin tarafsız ve bağımsız olamayacağına ilişkin kuşkusunu yerinde bulmuştur.^[106]

-Bir diğer husus, eşlerden birinin düzenlediği iddianameyle açılan davaya diğer eşin yargıç olarak katılabiliş katılamayacağı sorunudur.

Konuyla ilgili düzenlemeye göre, “Karı-koca, ikinci derece dahil kan ve sıhri hısımlar bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamazlar” (2802, m.46/1).

Burada yer alan “mahkemenin aynı dairesi” kavramı, aslında aynı mahkemeyi işaret etmektedir. Dolayısıyla aynı mahkemede çalışması yasak olan eşlerin sadece aynı duruşmaya birlikte çıkmaları yasaklanmamış, birlikte çalışmaları yasaklanmıştır. Eşlerden birinin düzenlediği iddianame üzerine diğer eşin karar vermesi ile birlikte duruşmaya çıkmaları arasında, bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından görünümde de olsa fark yoktur. Bu nedenle böyle durumlarda tarafların reddi isteği olmaksızın, yargıcın davaya bakmaması gerekir.^[107]

D)BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ MAHKEME İSTEME HAKKI

AİHS’nin 6. maddesi birden çok hakkı içermesi nedeniyle sözleşmenin en önemli maddelerinden biridir.^[108] Bu nedenle maddenin, Sözleşmenin Başlangıcında yer alan “özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü” ilkesi^[109] ile birlikte yorumlanması gerekir.

AİHS’nin 6. maddesindeki bu düzenlemede birden çok hakka işaret edilmektedir. Bunlar, davanın bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul sürede, aleni biçimde, adil yargılanma usulüyle görülmesi güvencesine

[106] AİHM, Arı/Türkiye, 25.9.2001.

[107] Yargıtay bu konuda farklı düşünmektedir (CGK., 2017/4-333, 2017/434, 24.10.2017). Ancak İbrahim Şahbaz’ın karşıoyu var (bkz. Şahbaz, İbrahim: Yargıtay Daire ve Genel Kurullarındaki Karşıoylarım, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.1151-1164).

[108] Doğru/Nalbant, 2021, s.608-609.

[109] AİHS’nin Başlangıcında, “özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletlerinin hükümetleri sıfatıyla, Evrensel Bildiri’de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmaya kararlı olarak” ifadesine yer verilmiştir.

alınmıştır. Dolayısıyla bunların her biri hak olduğu için^[110], yurttaşın devletten bunların güvenceye alınmasını isteme hakkı vardır.

Bu haktan etkili yararlanabilmek için, atanmaları, görevden alınmaları, emir verilememesi, bağımsız görünüme sahip olmaları gibi birçok hususun bir arada bulunması gerekir.

Bunların sağlanabilmesi için de, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun (HSK) yapısında değişiklik gerekir. Yani yürütmenin etkisinden çıkarılması, üyelerinin seçilme koşulları ve seçimleri ile mesleki birikimlerinin dikkate alınması, siyasi partilerin etkinliğinin olmaması, üyelerinin çoğunluğunun yüksek yargıçlık sıfatını kazanmış ve akranları arasında temayüz etmişlerden belirlenmesine özen gösterilmesi gerekir.

Sosyal haklardan farklı olduğu için, bu hak, devletin ekonomik veya başka gelişmişlik düzeyine göre devleti yönetenlerin takdirine dayalı değildir.^[111]

Buradaki dava açma hakkı, “mahkeme hakkını”/“yargı hakkını”/“mahkemeye başvurma hakkı”nı içermektedir.^[112] Mahkemeye başvurma hakkı, mahkeme hakkının bir yönüdür. Adil yargılanma hakkı, hukukun üstünlüğüne bağlı/dayalı demokratik toplumun temel değerlerinin yansıdığı hak ve ilkeler bütünüdür.

Bu haklar ülkedeki tüm davalar için güvencede olmalıdır. Buna göre mahkemenin, “medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan” mahkeme olması gerekir (AİHS, m.6/1).

Adil yargılanma hakkı sadece davanın esası ile ilgili karar vermeyle kalmaz, yasa yolu incelemesinde, hatta verilen kararın yerine getirilmesi de (icrası da), “yargılama”nın bütünüleyicisi olduğu için bu aşamanın da adil yargılama kapsamında kabul edilmesi gerekir.^[113]

[110] İncoğlu, Sibel: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslar arası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği, Ankara, 10-11 Aralık 2009, s.55 (s.54-64).

[111] Anayasa, m.65: “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”.

[112] Doğru/Nalbant, 2021, s.610.

[113] AİHM, Hornsby, par.40 ve Romanczyk, par.53; Doğru/Nalbant, 2021, s.616.

Mahkemeye erişim hakkı sadece dava açma bakımından değil, yasa yollarına başvurma hakkı bakımından da bağımsız ve tarafsız yargıyı gerektirir.

Mahkemeye erişim hakkı, adli yargının hukuk ve ceza ile idari yargı davaları bakımından da tanınmıştır. Ancak bu hak ceza davalarında, hakkında dava açılan kimsenin (sanığın), bu isnadın doğru olup olmadığı konusunda karar verilmesini isteme hakkını da içerir.

Mahkemeye erişim hakkı, başvurunun “erişilebilir” ve “etkili” olmasını da gerektirir. Buradaki “etkili olma”^[114], konumuz bakımından yargıcın bağımsız ve tarafsızlığının sağlanmasını gerektirir. Yargıç bağımsız ve tarafsız değilse, erişim hakkının varlığından söz edilemez.

Mahkemeye erişim hakkı, neticede “karar hakkı” ve “kararın icrasını isteme hakkını” da içerir.

1982 Anayasası’ndaki düzenlemeye göre, “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu”dur (Başlangıç/4). Bu düzenlemede üstünlüğe yer verilmemiş, ama Anayasa’nın diğer maddelerinde, hangi organın hangi görev ve yetkileri kullanacağı açıkça belirtildiği için, bağımsız ve tarafsız yargı organının sağlanması Devlet’in görevidir.

Zaten Anayasa’da “hukuk devleti” ilkesinin değiştirilemezliğine (m.2 ve 4) ve “kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” hükmüne yer verilmesi (m.5), aslında Devletin burada belirtilen tüm amaç ve görevlerinin gereğinin yapılabilmesi için yargıyı mutlaka güvenceye almasını zorunlu kılmaktadır.

E) SUÇSUZLUK KARİNESİ VE LEKELENMEME HAKKI

Yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı ile suçsuzluk karinesi ve lekelenmeme

[114] Etkili başvuru hakkı: “Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.” (AİHS, m.13). 1982 Anayasasının 40/1. maddesindeki düzenlemeye göre, “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir”.

hakkı birbiriyle bağlantılıdır. Yargının veya yargı dışı kişi veya kuruluşların davranışları, açıklamaları yüzünden kişilerin suçsuzluk karanesi ile lekelenmeme hakkının ihlal edilmesi riski bulunmaktadır.

Hakkında soruşturma veya kovuşturma başlatılan kimseye suçlu değil, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemeye göre, muhakemenin soruşturma evresinde “şüpheli”^[115], kovuşturma evresinde ise, “sanık”tır.^[116]

Oysa işlediği suçla ilgili olarak bir kimse hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra, o kimseye “hükümlü” sıfatı verilir. Çünkü bir kimse hakkında verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşmedikçe infaz edilemez.^[117],^[118]

Bu nedenle, bir kimse hakkında henüz soruşturma başlamadan veya soruşturma yahut kovuşturma (yargılama) devam ederken, verilmiş hüküm kesinleşmeden önce basın organları veya siyasiler tarafından insanların suçlu olarak gösterilmesi, hukuk devleti ilkesinin ihlalidir. AİHS'nin 6/2.^[119] ve Anayasa'nın 38/4.^[120] maddesindeki düzenlemelerde, suçsuzluk karanesine yer verildiğinden, özellikle bir kamu görevlisinin bir kimsenin kesin hükümle mahkûm olmasından önce suçlu olduğuna ilişkin açıklama yapmasına engel oluşturmaktadır.

AİHM'ne göre, kişinin suçluluğu ile ilgili açıklamalar: a) Henüz devam eden bir suç soruşturması ile ilgili yapılan basın açıklamaları; ceza veya ceza niteliğinde olmayan yargılamalar kapsamında verilen usûle ilişkin kararlar; veya yargılama sırasında özel bir güvenlik düzenlemesi, kefalet yargılaması sırasında başvurucunun cezaevi kıyafetleri içerisinde

[115] “Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi” ifade eder (5271, m.2/1-a).

[116] “Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi” ifade eder (5271, m.2/1-b).

[117] Tutukluluğun infazı, mahkûm olmadan verilen bir tedbir kararının yerine getirilmesi olduğundan, mahkûmiyet hükmünün infazından farklıdır.

[118] “Mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz” (5275, m.4/1).

[119] “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır” (AİHS, m.6/2).

[120] “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” (Anayasa. m.38/4).

kamuoyuna gösterilmesi, biçimlerinde olabilmektedir^[121].

Suçsuzluk karinesi, sadece devlete karşı ileri sürülebilip, özel kişileri bağlamaz. Ancak basın adli konularla ilgili haber verirken, isnat altında bulunan kişinin toplum nezdinde mahkûm edilmesi ve yargılama süreçlerinin olumsuz etkilenmemesine özen göstermesi gerekir.^[122]

AİHM, suçsuzluk karinesi bakımından sadece kamu görevlisinin açıklamasını değil, geçmişte kamu görevinde bulunmuş kişinin açıklamasının da ilkenin ihlal edilmesinde etkili olduğuna karar vermektedir.^[123] Gerçekte, emekli olduğu idari veya yargısal birimle sıkı bir bağlantısı devam eden kimsenin bu tür açıklamalarda bulunması, hem suçsuzluk karinesini ve hem lekelenmeme hakkını ihlal eder; hem de bu bilgilere kaynaklık eden yargı mensuplarının tarafsızlıklarına gölge düşürür.

Kuşkusuz, belirttiğimiz gibi insanların kesin hükümle mahkûm olmalarından önce suçlu ilan edilmeleri aynı zamanda yargı organlarının görevlerini rahat yapabilmelerine engel oluşturmaktadır. Oysa soruşturma^[124] ve kovuşturma evrelerinde yargıyı etkileme suç olarak düzenlenmiş olup^[125], özellikle etkili yerlerde görevli olan siyasal kişiler hakkında hukuken bir işlem yapılamaması, hem yargıyı etkileme suçu, hem de insanların lekelenmeme hakları bakımından tehdit oluşturmaktadır.

Lekelenmeme hakkının ihlali aynı zamanda, oluşan kamuoyu baskısı nedeniyle yargıcın bağımsız ve tarafsız hareket etmesini tartışmalı hale getirmektedir. Özellikle yürütme organının bir kısım üyelerinin yargı kararına uyulmaması yönündeki açıklamaları aslında suç oluşturmalarına karşın, dokunulmazlığı olanlar bakımından dokunulmazlığın kaldırılması

[121] Vitkauskas, Dovydas/Dikov, Gerigoriy: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, 2.Baskı, Çeviren: Av. Serkan Cengiz, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2018, s.123. Bu kitabın başlığında “Adli Yargılama Hakkı” denmesi hukuken doğru değil, doğrusu “Adil Yargılanma Hakkı” olmalıdır (İ.Ş.).

[122] Centel, Nur/Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2020, s.195-196.

[123] AİHM, Kouzmin/Rusya, par.59-69; Vitkauskas/Dikov, 2018, s.123.

[124] Soruşturma gizli olduğuna ilişkin. Bkz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, m.285.

[125] “Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs” içi bkz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, m.277.

yönünde girişimde bulunulmaması; yürütme organının diğer üyeleri bakımında ise, yüce divan soruşturmasının başlatılması ve yüce divana sevk kararında aranan nitelikli çoğunluklar nedeniyle kurumun işletilememesi nedeniyle, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı büyük zarar görmektedir.^[126] Çünkü yargı yoluyla hak aranmasında, verilecek karara uyulması, bu kararını infazının sağlanması gerekir.

Kararına uyulmayacak yargı düşünülemez. Hukuk devleti ve insan hakları ilkeleri yargı kararının infazının sağlanmasını da içerir. Anayasa Mahkemesi kararlarında buna işaret etmektedir: “Anayasa’nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Bir hukuk devletinde uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin mahkeme kararlarının bağlayıcı olmaması düşünülemez. Nitekim Anayasa’nın 138. maddesinin son fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları ifade edilmiştir. Diğer taraftan Anayasa’nın 36. maddesi adil yargılanma hakkını güvence altına almıştır. Bu hakkın unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması yargılamanın dışında olmakla birlikte onu tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır”.^[127],^[128]

Hak dağıtması nedeniyle, kişinin devletten, davasına bakacak yargının bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerine sahip olmasını isteme hakkı vardır. İnsan haklarının adalete uygun olarak sağlanmasının, ancak yargının bu güvencelere sahip olmasıyla mümkün olacağı insanlığın en son buluşları

[126] Bkz. Anayasa, m. 105 ve 106.

[127] AYM, Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21.1.2021, par.101; RG, 3.2.2021, Sayı: 31384; AYM., Mahmut Güder, B. No: 2018/25957, 13/9/2022, par.42; AYM, Şahin Alpay (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15.3.2018, par.60; RG, 19.3.2018, Sayı: 30365; AYM, 2014/149, 2014/151, 2.10.2014; AYM, Ahmet Yıldırım, B. No: 2012/144, 2.10.2013, par.28.

[128] “Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkına yönelik nihai bir yargı kararının uygulanmamasının ihlale yol açtığını daha önce çeşitli kararlarında kabul etmiş ve ilgili mahkeme kararını uygulamakla görevli kamu makamlarının kararın uygulanmasını engellemesinin veya kararın uygulanması için gerekli özeni göstermemesinin Anayasa’nın 35. maddesinin ihlali anlamına geldiğini vurgulamıştır” (AYM, Feramuz Yıldırım (2) [GK], B. No: 2019/21279, 27.10.2022, par.51; RG, 3.2.2023, Sayı: 32093).

arasındadır.

Hukuk devletinde Devlet'in, yargının güvencede olmasını sağlayarak, anayasal hakların korunmasını sağlama görevi bulunmaktadır. Yargının; yasama ve yürütme organlarına, basına, yargı organlarına/ meslektaşlarına, kendisine, ailesine, yakınlarına karşı da güvencede olması gerekir. Gerçekte yargının yasa yolu incelemesi hariç, kararlarının diğer yargı organları tarafından etkisiz hale getirilmemesi gerekir. Anayasa ve yasalarla görevli mahkemenin verdiği bağlayıcı karar doğrultusunda işlem yapılmaması, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığını tartışmaya açar. Bu durum, halkta yargının kararlarına uyulmadığı yönünde yaygın kanaat oluşmasına sebebiyet verir. Kuşkusuz, bağlayıcılığı anayasa ile belirlenmiş bir yargı organı kararına diğer bir yargı organının uymaması, kararına uyulmayan yargıyı örselediği gibi, karara uymayan yargının da bağımsızlık ve tarafsızlığını tartışmaya açar.

Yargı diğer kamu görevlilerinden farklı bir konumda olduğu için egemenin memuru konumunda değildir.

Siyasal partilerde görev almış kimselerin yargıç olarak atanmaları, atanan kimsenin bu güvencelerini tartışmalı hale getirir. Ancak genel seçimlerde aday olan bir yargıcın mesleğe dönüşüne izin verilmemesine karşın, bir parti üyesi olduğu halde kendisine yargıçlık görevi verilen bir yargıcın konumu hukuki sorun yaratır.

Yargıç için aranan bu güvenceler, kimi farklılıklara karşın savcılar için de vardır.

Mesleğinin temel ilkelerinin korunması için, bizzat yargıç ve savcının kendisinin de özenli davranması gerekir.

Özetle devlet, yargıcın eğitiminden, mesleğe alınmasından, bağımsız ve tarafsız çalışmasından sorumludur. Çünkü bunlar yargıca verilen ayrıcalık değil, anayasa ile tanınmış hakların devlet tarafından korunması, yurttaşların bu haklardan en iyi ve adalete uygun yararlanmasını sağlama Devlet'in görevleri arasındadır.^[129]

II. MAHKEME ÜYELERİNİN NİTELİKLERİ VE GÜVENCELERİ

Mahkemelerin üyelerinin nitelikleri ve güvenceleri, bağımsızlık ve tarafsızlıkları bakımından önem taşımaktadır.

A)MAHKEME ÜYELERİNİN NİTELİKLERİ

Mahkeme üyelerinin nitelikleri tek başına bağımsızlığın

[129] Bkz. 1982 Anayasası'nın "Devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı 5.maddesindeki düzenleme.

değerlendirilmesinde bir anlam ifade etmemekle beraber, bağımsızlığın göstergelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Örneğin mahkeme üyelerinin hukukçu/olağan yargı mensubu olmaları bağımsızlık bakımından güçlü bir gösterge olarak kabul edilmektedir.^[130]

-AİHM kararına konu Tabipler Birliği İtiraz Konseyi meslekten yargıçlar ve tabiplerden oluşuyor. Kurul üyelerinin bir kısmının yargı mensubu olmasının hem bağımsızlıkları hem de tarafsızlıkları bakımından güvence olarak kabul edilmiştir.^[131]

-Mahkeme üyelerinin nitelikleri konusunda, sadece hukuk fakültesi mezunu olmaları yetmez. Aynı zamanda yasama ve yürütme organı veya diğer etkili devlet içi veya devlet dışı güçlerle bağlantısının da olmaması gerekir. Örneğin, siyasal partide görev almış kişilerin yargıç olarak atanmaları, bağımsızlık ve tarafsızlıkları bakımından tartışmaya açık bir husustur.

-AİHM'ne göre bağımsızlık ve tarafsızlık sadece meslekten yargıçlarla ilgili olmayıp, halk jürili mahkemelerde jüriler için de geçerlidir.^[132]

B)MAHKEME ÜYELERİNİN GÜVENCELERİ

a)Atanmaları

AİHM'ne göre, yargıçların yürütme tarafından atanma ve azledilebilir olmaları AİHS'nin 6/1. maddesi açısından tek başına ihlal teşkil etmez.^[133]

AİHM'ne göre, tayin edilenlerin, yargılama görevlerini ifa ettikleri esnada her tür etki veya baskıdan bağımsız olmaları kaydıyla, yargıçların yürütme tarafından atanmasına izin verilebilir.^[134]

O halde yargıçların yürütme tarafından atanmada kimi hususların dikkate alınması gerekir.

[130] AİHM, Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, par.57-58; Doğru, 2003, s.415 vd.

[131] İnceoğlu, 2002, s.165.

[132] Langborger/İsveç, 22.6.1989, A.155; Remli/Fransa, 23.4.1996; Pullar/İngiltere, 10.6.2000; Gözübüyük/Gölcüklü, s.284; Şahbaz, İbrahim: Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu, Yetkin Yayınevi, C.I, 1.Baskı, Ankara 2020, s.342

[133] AİHM, Clarke/Birleşik Krallık.

[134] AİHM, Flux/Moldova (no. 2), par. 27. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesine İlişkin Rehber Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü) Güncelleme tarihi: 31.8.2019 (https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_6_civil_tur).

Örneğin AİHM’ne göre, “Atanmasının ardından herhangi bir baskıya maruz kalmaması, yürütmeden talimatlar almaması ve görevlerini tam bir bağımsızlık içerisinde yerine getirmesi kaydıyla; Yargıtay Başkanı’nın yürütme tarafından atanması Başkan’ın bağımsızlığına halel getirmez”.^[135]

Mahkeme üyelerinin atanmasında her ülkede farklı uygulama bulunmaktadır. AİHS’de mahkeme üyelerinin atanmalarıyla ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak AİHM çeşitli kararlarında yargıç bağımsızlık ve tarafsızlığı konusunda değerlendirmelerde bulunmaktadır. AİHM yargıçların yürütmeye karşı bağımsızlığına dikkat çekmekle beraber, hangi organ tarafından atandıkları hususunu tek başına mahkemelerin bağımsızlığını etkilediğini kabul etmemektedir.

AİHM’ne göre önemli olan yargılama yaparken yargıçların talimat almamalarıdır^[136]. AİHK, yasama tarafından^[137]; AİHM de yürütme tarafından atanmayı^[138] bağımsızlık ve tarafsızlığa aykırı bulmamaktalar.

b)Görevden Alınamamaları

Sözleşmede yargıçların görev süreleriyle ilgili bir düzenleme yoktur.

Bu nedenle görev süresinin kısıtlılığı tek başına bağımsızlığın olmadığı biçiminde anlaşılmamaktadır.

Örneğin, Tabipler Birliği İtiraz Konseyi üyelerinin altı yıllık görev süreleri yeterli bulunmuştur (disiplin işleri).^[139]

Buna karşın Türkiye bakımından DGM’lerinde görev yapan yargıçların

[135] AİHM, Zolotas/Yunanistan, par.24; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesine İlişkin Rehber Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü) Güncelleme tarihi: 31 Ağustos 2019, s.46.

[136] İngiltere’de Teftiş Kurulu’nun üyeleri İçişleri Bakanı tarafından atanıyor, 8 ile 24 üye arasında değişen üyelere en az 2’sinin Sulh Yargıcı olması gerekiyor, 3 yıl süreli görev yapıyorlar, tekrar seçilebiliyorlar, yeni atamalarda mevcut üyeler tarafından aday gösterilebiliyor; Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, par. 79; İnceoğlu, 2002, s.168-169; Doğru, 2003, s.722.

[137] AİHM, Crociani/İtalya, 8603/79.

[138] AİHM, Belilos/İsviçre, par. 66; AİHM, Sramek/Avusturya, par. 38; İnceoğlu, 2002, s.169; Doğru, 2003, s.780 vd.

[139] AİHM, Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, 23.6.1981, par.57.

dört yıllık süreleri kısa bulunmuştur.^[140]

Esasen yargıçların görev süreleri dış baskılardan uzak kalmaları bakımından önemli bir güvence olarak kabul edilmektedir.^[141]

Yargıçların görevden alınamayacaklarına dair açık bir düzenleme olmaması bağımsızlığın olmadığı biçimde anlaşılamaz.

Önemli olan yürütme tarafından yargıçların görevlerinden alınamayacağına ilişkin açık düzenlemenin olması değil, fiilen bu güvence sağlanmış ve diğer gerekli güvencelerin de mevcudiyetidir; bu varsa bağımsızlığın varlığı kabul edilmektedir.^[142]

Türkiye bakımından ise, Anayasa'nın 139. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye göre, "Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz"; maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre de, "Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır".

Emekli yaşı bakımından şu düzenleme vardır: "Hâkimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; Askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir" (Anayasa, m.140/4; 2802, m.44); "Anayasa Mahkemesi üyeleri altmışbeş yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar" (m.147/1).

Yine Türkiye'de yargıçların meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma yetkisi HSK'na aittir. Hâkimler ve Savcılar Kurulu, "mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar" (m.159/1); "Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle

[140] AİHM, İncal/Türkiye.

[141] Sramek/Avusturya, 22.10.1984, par.38.

[142] AİHM, Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, par. 80; Doğru, 2003, s.722.

gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekili seçer” (m.159/2); “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir” (m.159/3); “Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz” (m.159/4); “Kurulun görevlerini yerine getirmesi, seçim ve çalışma usulleriyle itirazların Kurul bünyesinde incelenmesi esasları kanunla düzenlenir” (m.159/5); “Adalet Bakanlığının merkez kuruluşunda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılarının muvafakatlarını alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir” (m.159/6); “Adalet Bakanı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için hâkim ve savcılarını geçici yetki ile görevlendirebilir” (m.159/7).

AİHK, Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasını, yargıç bağımsızlığı için yeterli bir neden olarak görmemiştir.^[143]

c) Dış Baskılardan Korunmaları

Mahkemelerin bağımsızlıklarının olup olmadığına sadece yukarıda belirttiğimiz hususlara bakılarak değil, ayrıca mahkemeler ile diğer organların (otoritelerin) aralarındaki ilişkiler yönünden de bakmak gerekmektedir.

AİHM bu bağlantıyı sadece mevzuatta düzenlenmiş olması veya olmamasına bakarak değil, fiili işleyişe bakarak değerlendirmektedir. Örneğin, bakanlığın sadece yol gösterici olsun diye “genel ilkeleri belirleyen” yazı göndermesini bağımsızlığın ihlali olarak kabul etmemektedir.^[144]

Ancak AİHK, yargılama sonucunda hüküm vermek üzere müzakereye çekilen heyetin görüşmesinin dış baskılara karşı koruma amaçlı olduğunu belirlediği gibi, yürütmeye verilen genel ve özel af yetkisinin, yargının

[143] AİHM, Uslu/Türkiye, 29860/96. Bu davada sadece Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapalı oluşu yönünden başvuruda bulunulmuştur; İncoğlu, 2002, s.171-172.

[144] AİHM, Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, par. 79; Doğru, 2003, s.722.

işlevini zayıflatacak biçimde kullanılmaması gerektiğine işaret etmiştir.^[145]

Fransa'da Danıştay'ın Sözleşmelerin yorumlanmasında Dışişleri Bakanlığından alınan görüş (yorum) doğrultusunda karar vermesini, tam yetkili olmama ve bağımsızlıkla bağdaşmaz bulmuştur.^[146]

Hiç kimsenin kamu görevlileri ve medya tarafından mahkûm edilmemesi gerekir. Bu yaklaşım sadece davası olanların korunmaları için değil, yargının etki altına alınmaması için de kabul edilmektedir.

Ülkemiz bakımından ise, Anayasa'da "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler" (m.138/1); "Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz" (m.138/2); "Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz" (m.138/3); "Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar" (m.140/5) biçimindeki düzenlemelerle, hem yargıç bağımsızlığı, hem de tarafsızlığına işaret edilmiştir.

Ancak Anayasa'daki "Hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar" (m.140/6) biçimindeki düzenleme, doğrudan olmasa bile, bu bağlılık ile müfettişlerin Adalet Bakanı'na bağlı olması ve hem denetleme, hem ceza talep etme, hem de Bakan'ın Kurul başkanı olması gibi tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde bağımsızlığa zarar verici olmaktadır.

Bu anlamda yargıçların karar verme süreci üzerinde, fiilen olumsuz sonuçlar doğurmaya veya davanın taraflarında bu kanaatin oluşmasına sebebiyet vericidir. O nedenle, AİHM kararlarında dile getirildiği gibi, yargı bağımsızlığına dönük fiili duruma bakmak gerekir.

III. CEZA DAVALARINDA YARGILAMANIN YENİLENMESİ VE YARGICIN TARAFSIZLIĞI

Yargıcın bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanması AİHS'nin 6/1. maddesinin kesin hükümle sona ermiş bir hukuk davasında yeniden yargılama için yapılan başvurularda da uygulanmalıdır. AİHM'nin iki farklı

[145] İncoğlu, 2002, s.172.

[146] AİHM, Beaumartin/Fransa.

görüşü var, birinde yeniden yargılamada 6. maddenin uygulanmayacağına işaret edilirken^[147]; diğerinde kesin kararın kaldırılmasıyla sonuçlanan bir karar düzeltme davasında 6. madde kapsamına gireceğine karar vermiştir.^[148]

Yeniden yargılama veya yargılamanın yenilenmesinde de duruma göre önceki kesin karar üzerinde yeni işlemler yapılması söz konusu olacağı için, bu yargılamada da yargıcın bağımsızlık ve tarafsızlığının korunması gerekir. Çünkü yargı bağımsızlık ve tarafsızlığının korunmayacağına ilişkin açık düzenleme yoktur. Yeniden yargılamada da, kimi durumlarda, davanın görülmesinin ilk kez yargılama yapılıyor gibi gerçekleştirilmesi de mümkündür. Nitekim Türk hukukunda, kesin hüküm sonrası yargılamanın yenilenmesinde, önceki hükme katılan yargıcın katılmaması kabul edilmektedir.^[149]

Türk hukukunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 23. maddesinin tasarısına üçüncü fıkra, "Aynı uyumsuzluk hakkında daha önce kanaatini belirtmiş olan hâkimin daha sonra yargılamanın yenilenmesi sürecinde görev yapmasını önlemek" gerekçesiyle TBMM Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir. Böylece yargıcın tarafsızlığı yargılamanın yenilenmesinde de sağlanmak istenmiştir. Karşılaştırmalı yargılama hukukunda kabul edilen genel ilke, yargıçların önceden aynı işte soruşturmaya katılmamış olmalarıdır. Karar merciiinde bulunan yargıçların tarafsız kalmalarının koşullarından biri de, bakmakta oldukları davayla ilgili önceden bir fikre ve düşünceye varmamış olmalarıdır.^[150]

CMK'nın 23/3. maddesindeki düzenleme çerçevesinde; yargılamanın yenilenmesi başvurusunun incelenmesi ve reddi kararına karşı yapılan

[147] Farklı değerlendirme için bkz. "kesin bir hükümle sona ermiş bir hukuk davasında yeniden yargılama için yapılan başvurularla ilgili davalara 6. madde uygulanamaz" (AİHM, Sablon/Belçika, no. 36445/97, 10.4. 2001, par. 86); aktaranlar Doğru/Nalbant, 2021, s.616 ve 620.

[148] AİHM, Vanyan/Rusya, no. 53203/99, 15.12.2005, par.58; aktaranlar Doğru/Nalbant, 2021, s.620.

[149] Örneğin, 5271, m.23/3.

[150] Demirağ, Fahrettin: Açıklamalı, Ceza Muhakemesi Kanunu Yürürlük ve Uygulama Kanunu ile Yönetmelikler, 1.Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Şubat 2007, s.68.

itirazın incelenmesine katılan heyet veya üye, “örneğin, aynı dosyanın birden fazla hükümlüsü olur ve önce hükümlülerden birinin yargılamanın yenilenmesi başvurusunu değerlendirmiş veya yargılamanın yenilenmesinin reddine karşı itirazı incelemiş olursa, hem yargılamanın yenilenmesi konusunda değerlendirme yapan, hem de itirazı incelemiş heyetin, aynı dosyada hükümlü olan birlikte suç işlemiş diğer hükümlünün yargılamanın yenilenmesi” konusundaki talebini değerlendiremez.^[151]

CMK’nın 23/3.maddesinde hangi yargıçların yargılamaya katılamayacakları açıkça belirtilmiştir. Bu yargıçların yargılamaya katılmaları, CMK’nın 289. maddesinde açıkça sayılmasa da, mutlak bozma nedenleri arasında kabul edilmelidir. Örneğin, “Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır” başlıklı cmk’NIN 289/1-a maddesinde yer alan, “mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması”, mutlak bozma nedeni kabul edilmiştir. Bu nedenle, 23. maddede yargılamaya katılmada yasaklara yer verilmesi ve bu düzenlemeye aykırı olarak yargıcın, yargılamanın yenilenmesine katılması “hukuka kesin aykırılık” olarak kabul edildiğine göre, kesin hüküm halini almış önceki yargılamaya katılmanın 23. maddeye uygun olduğundan söz edilemeyecektir.^[152]

-AİHM, Sözleşmenin 6/1. maddesine dayanarak yargıcın daha önce soruşturmaya katılmış olmasını ve soruşturmasını yaptığı davada usul işlemlerine katılmasının, objektif tarafsızlıkla bağdaşmadığına karar vermiştir.^[153]

Böylece CMK’nın 23/3. maddesindeki düzenlemeye göre, “Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz” düzenlemesi kabul edilmiştir.

CMK’daki bu düzenlemenin (m.23/3), ayırım yapılmaksızın tüm yargılamanın yenilenmeleriyle ilgili temel bir tarafsızlığı koruma düzenlemesi olduğunda kuşku yoktur. Ancak 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 50/2.

[151] Şahbaz, 2020, s.342.

[152] Aynı yönde bkz. Şahbaz, 2020, s.335-336.

[153] AİHM, Piersack/Belçika, B. No: 8692/79, 01.10.1982, par.30; Doğru, 2003, s.501; Şahbaz, 2008, s.270.

maddesinde yer alan “yeniden yargılama”dan farklı olduğuna ilişkin AYM kararları bulunmakta ise de, 50/2. maddedeki düzenlemenin AYM’nin kararında CMK’nın 311 vd. maddelerindeki düzenlemeden farklı olan yönü, önceki karara katılmış olan yargıcın bu tür davaya sonradan katılmasıyla ilgili değildir. AYM’nin kararında, “yeniden yargılamada”, önceki yargıcın sonradan aynı konudaki davaya bakabileceği konusunda değerlendirmesi yoktur.

AYM, “bireysel başvuruya özgü yeniden yargılama kurumunun özelliklerin”nden söz etmekte olup^[154], “yeniden yargılama”da yargıcın aynı olayın duruşmasına katılabileceğine yer vermemektedir.

Ancak AYM, ihlal kararı üzerine dosyayı yeniden yargılama yapmak üzere aynı^[155] veya başka bir mahkemeye gönderebileceğine karar vermektedir.^[156]

Esasen 5271 sayılı Yasada (m.311/1-f), AİHM kararları bakımından 23/3. madde uygulanırken; 6216 sayılı Yasada açık hüküm olmasa da bu yasanın 50/2. maddesi bakımından uygulanmaması hukuk devleti, adil yargılanma hakkı bakımından sorunludur. Kaldı ki, AİHM ve AYM’nin ihlal kararlarının bir kısmında delil araştırılması veya talebin karşılanmaması nedeniyle yeniden yapılacak işlemler bakımından benzerlikler de bulunabilmektedir. Hukukun bir bütün olduğu dikkate

[154] AYM, Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7.6.2018, par.54-60; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7.11.2019, par.53-60, 66; Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21.1.2021, par.93-100; Derya Yılmaz, B. No: 2018/36169, 10.5.2022.

[155] AYM’nin ihlal kararı üzerine dosyayı aynı mahkemeye gönderdiği (AYM, Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25.10.2023; RG, 27.10.2023, Sayı: 32352); aynı konuda sonraki kararında da, “Eldeki başvuruya konu yargılamada ise Anayasa Mahkemesi, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesini ilgili mahkeme olarak belirlediği için Yargıtayın 6216 sayılı Kanun kapsamında yeniden yargılama yetki ve görevi bulunmamaktadır” denktir (AYM, Şerafettin Can Atalay (3) [GK], B. No: 2023/99744, 21.12.2023, par.53; RG, 27.12.2023, Sayı: 32412).

[156] AYM’ne göre, “somut başvurunun koşullarını, ihlalin niteliğini ve ihlal nedeniyle meydana gelen ve ortadan kaldırılması gereken sonuçlara göre Anayasa Mahkemesi yeniden yargılamayı yapacak olan mahkemeyi ilgili usul hukukunun kurallarını da gözeterek belirleme yetkisini haizdir” (AYM, Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21.1.2021, par.98/viii; RG, 3.2.2021, Sayı: 31384).

alındığında, AYM'nin ihlal kararı üzerine, önceki yargılamaya katılmış yargıcın yeniden yargılama davasına bakmaması temel ilkelerden biri olarak kabul edilmelidir. Kuşkusuz AYM'nin yukarıda belirttiğimiz içtihadı doğrultusunda ihlal kararı sonrası dosya yeniden yargılama yapılması için başka bir mahkemeye gönderilirse, sorun kalmaz.

Ancak yine de daha önce verdiği ihlal kararına direnen mahkemeye göndermektedir. Oysa AYM'nin ihlal kararından sonra dosyayı ve ihlal kararı doğrultusunda gereğinin yapılması için dosyayı farklı bir mahkemeye göndermesinde yarar bulunmaktadır. Ayrıca ihlal kararına konu hükmün yasa yolu incelemesini yapan yargı organının (itiraz, istinaf ve/veya temyiz), ihlal kararından sonra verilen kararı aynı yargıç veya heyetle incelememesi de gerekir.

Ayrıca 5271 sayılı Yasada (m.23/2), “Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hakim, kovuşturma evresinde görev yapamaz” düzenlemesi getirilmiştir.

AYM, ceza muhakemesinin **soruşturma evresiyle** ilgili kararında şuna işaret etmiştir: “Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden soruşturma yapılması kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili Cumhuriyet Başsavcılığının yeniden soruşturma yapılması sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir kararın kendisine ulaştığı Cumhuriyet Başsavcılığının yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden soruşturma yapma kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir”.^[157]

AYM, **kovuşturma evresiyle** ilgili kararında da benzeri gerekçeyle yer vermektedir: “Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir kararın kendisine ulaştığı mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek

[157] AYM, Dilan Dursun, B. No: 2015/18831, 2.11.2022, par.114; RG, 25.1.2023, Sayı: 32084. Benzeri kararlar için bkz. Mehmet Doğan, par.58, 59; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), par.57-59, 66, 67.

devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektedir”.^[158]

Hukuk ve idari yargı bakımından 5271 sayılı Yasadaki düzenlemeye yer verilmemiştir.^[159]

SONUÇ

Anayasa, yasa ve taraf olunan uluslar arası sözleşmelerde yer alan haklara kavuşabilmek, bunların güvencede olduklarından söz edebilmek için, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının etkin kullanımına sahip olunması gerekir. Anayasa ve AİHS’de yer alan bağımsız ve tarafsız mahkemeye başvurmak insanlar için temel bir haktır.

Böyle bir hakkın sadece kullanımının değil, etkin kullanımının da devlet tarafından sağlanması gerekir. Bu hak devlet bir sosyal haktan farklı olup, devletten talep edilmesi gerekir. Devletin hak arama özgürlüğünü zayıflatmaması gerektiği gibi, daha yararlanılabilir hale getirmesi de gerekir. Bu husus, hukuk devleti ve insan haklarına saygılı/insan haklarına dayalı devlet olmanın en önemli göstergelerindendir.

Yargının bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanmaması o ülkede insan haklarının olmadığına göstergesidir. İnsan hakları göstermelik hale gelirse, çağdaş demokrasiden de söz edilemez. Çünkü çağdaş demokrasiler seçimli olmakla beraber, aynı zamanda hakların güvenceye alındığı demokrasilerdir. Çünkü temsili demokrasi kurumu olan seçim tek başına ülkeyi demokratik hukuk devleti haline getirmez.

Yargının bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanması için ilk önce Anayasa’nın 159. maddesiyle işe başlanması ve yasama ile yürütmenin etkisinden kurtarılması gerekir. Yargıçların mesleğe alınmalarında objektifliğin sağlanması (yazılı ve sözlü veya mülakat); stajda da aynı Adalet Akademisi’nin yürütmenin etkisinden çıkarılması; mesleğe kabulden sonra da yargıçların görevlerine yasama ve yürütmenin hiçbir biçimde karıştırılmaması gerekir.

[158] AYM, Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2016/5903, 10.3.2022, par.128; RG, 10.8.2022, Sayı: 31919. Benzeri kararlar için bkz. Mehmet Doğan, par.58, 59; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), par.57-59, 66, 67.

[159] 6100 ve 2577 sayılı Yasalarda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesine İlişkin Rehber Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü) Güncelleme tarihi: 31.8.2019 (https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_6_civil_tur).

-Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Yargıçların Rolü, Etkinlikleri ve Bağımsızlıkları" ile İlgili 12 (94) Numaralı Tavsiye Kararı.

-Bangalor Yargı Etiği İlkeleri.

-Centel, Nur: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ile Tarafsızlığı ve Türk Hukuku", *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul, 1998.

- Centel, Nur/Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2020, s.195-196.

- Demirağ, Fahrettin: Açıklamalı, Ceza Muhakemesi Kanunu Yürürlük ve Uygulama Kanunu ile Yönetmelikler, 1.Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Şubat 2007.

-Demircioğlu, Yaşar: Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvencesi, Ankara 1997.

-Demirkol, Ferman: Bağımsız Yargının Fonksiyonları, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1992.

-Dinç, Güney: *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006.

-Doğru, Osman/Nalbant, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, 1. Baskı, Ankara 2021.

-Eren, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2022.

-Gözübüyük, A.Şeref/Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002.

-<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

-İnceoğlu, Sibel: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslar arası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği, Ankara, 10-11 Aralık 2009, s.54-64.

-İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002.

-İnceoğlu, Sibel: "Yargı Bağımsızlığı İçin Asgari Standartlar Nelerdir?",

Türkiye'nin Anayasa Gündemi, Derleyen: İbrahim Ö. Kaboğlu, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2016, s. 164-169.

-Kaboğlu, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 17. Baskı, Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2023.

-Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1998.

-L'indépendance de la justice, Communication de Jean-François Burgelin, procureur général honoraire près la Cour de cassation, prononcée en séance publique devant l'Académie des sciences morales et politiques le lundi 20 mars 2006; Adresse de cet article: <http://www.canalacademie.com/L-independance-de-la-justice.html> (siteyi ziyaret tarihi: 01.01.2024).

-L'Indépendance de la justice; Par le Doyen Charles Debbasch, Président Honoraire de l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille; <http://www.wikio.fr/article/5653887> (siteyi ziyaret tarihi: 01.01.2024).

-Ludet, Daniel: "Quelle Responsabilité Pour Les Magistrats?", Pouvoirs (Revue Française D'Etudes Constitutionnelles et Politiques), Les Juges, 74 Seuil, 1995, s.133-137.

-Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

- Özdek, Yasemin: Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara 2004.

-Özkul, Fatih: "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", Ankara Barosu Dergisi, 2016/3, ss.199-263.

-Polatcan, İsmet: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler, İstanbul 1989.

-Sancar, Mithat/Atılğan, Eylem Ümit: "*Adalet Biraz Es Geçiliyor...*" (Demokratikleşme Sürecinde Hakim ve Savcılar), Tesev Yayınları, İstanbul 2009, s. 108.

-Şahbaz, İbrahim: "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Anayasa Yargısı* 25 (2008), s.229-289.

-Şahbaz, İbrahim: Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu, Yetkin Yayınevi, C.I, 1.Baskı, Ankara 2020.

-Şahbaz, İbrahim: Yargıtay Daire ve Genel Kurullarındaki Karşıoylarım, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

-Şahbaz, İbrahim: Anayasa Mahkemesinin Baktığı Davalar, Legem Yayınevi, 2024.

- Tanör, Bülent: Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1990.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, M.Ruhan/Sancakdar, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
- Ünal, Şeref: Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı, Ankara 1994.
- Vitkauskas, Dovydas/Dikov, Grigoriy: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, 2. Baskı, Çeviren: Av. Serkan Cengiz, Avrupa Konseyi Strazburg, 2018.
- 1789 Fransa İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi.
- Anayasa Mahkemesi Kararları**
- AYM, Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21.1.2021, par.101; RG: 3.2.2021, Sayı: 31384.
- AYM., *Mahmut Güder*, B. No: 2018/25957, 13/9/2022, par.42.
- AYM, *Şahin Alpay (2)* [GK], B. No: 2018/3007, 15.3.2018, par.60; RG: 19.3.2018, Sayı: 30365.
- AYM, 2014/149, 2014/151, 2.10.2014.
- AYM, Ahmet Yıldırım, B. No: 2012/144, 2.10.2013, par.28.
- AYM, *Feramuz Yıldırım (2)* [GK], B. No: 2019/21279, 27.10.2022, par.51; RG: 3/2/2023, Sayı: 32093).
- AYM, 2020/79, 2023/113, 22.06.2023; RG: 11.10.2023, Sayı: 32336.
- AYM, *Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7.6.2018, par.54-60.
- AYM, *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7.11.2019, par.53-60, 66.
- AYM, *Kadri Enis Berberoğlu (3)* [GK], B. No: 2020/32949, 21.1.2021, par.93-100.
- AYM, *Derya Yılmaz*, B. No: 2018/36169, 10.5.2022.
- AYM, *Dilan Dursun*, B. No: 2015/18831, 2.11.2022, par.114; RG: 25.1.2023, Sayı: 32084.
- AYM, *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/5903, 10.3.2022, par.128; RG: 10.8.2022, Sayı: 31919.
- AMK, 28.2.1989, 1988/32, 1989/10; AMKD, Sayı:25, s.118.
- AMK, 27.4.1993, 1992/37, 1993/18, AMKD, Sayı:31, C.1, s.99.

-AYM, 1963/161, 1964/11, 04.02.1964.
 -AYM, 2001/309, 2002/91, 15.10.2002; RG: 12.12.2003, Sayı: 25314.
 -AMK, 29.3.1966, 1963/109, 1966/17; AMKD, Sayı: 4, s.113.
 -AMK, 1967/11, 1968/7, 1967/11, 1968/7, 13.02.1968; AMKD, Sayı: 6, s.122.

-AMK, 1977/16-86, 9.6.1977.
 -AMK, 1988/32, 1989/10, 28.2.1989.
 -AMK, 1995/19-64, 14.12.1995.
 -AMK, 1992/37, 1993/18, 27.4.1993.
 -AYM, 2019/21436, 3.2.2022, par.36-42; RG: 13.4.2022, Sayı: 31808.
 -AYM, S.M.[GK], B. No. 2016/6038, 20.6.2019, par. 41.
 -AYM, *Kürşat Eyo*, B. No: 2012/665, 13.6.2013, par.26.
 -AYM, 2020/35, 2021/26, 31.3.2021, par.34.
 -AYM, 1988/32, 1989/10, 28.2.1989.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

-AİHM, Procola/Lüksembourg, 28.9.1995, A.326.
 -AİHM, Clarke/Birleşik Krallık.
 -AİHM, Flux/Moldova (no. 2), par. 27.
 -AİHM, Zolotas/Yunanistan, par.24.
 -AİHM, Hornsby, par.40 ve Romanczyk, par.53.
 -AİHM, Sablon/Belçika, no. 36445/97, 10.4. 2001.
 -AİHM, Vanyan/Rusya, no. 53203/99, 15.12.2005.
 -AİHM, Findlay/İngiltere, 25.2.1997, Recueil 1997-1, s.281.
 -AİHM, Beaumartin/Fransa, par.38.
 -AİHM, Demicoli/Malta, 27.8.1991, par.40.
 -AİHM, Lavens/Letonya, par.114-121.
 -AİHM, Ettl/Avusturya, par.36-41.
 -AİHM, Sramek/Avusturya, par.36-42.
 -AİHM, Cooper/Birleşik Krallık.
 -AİHM, Pandjikidze ve diğerleri/Gürcistan, par.101-111.
 -AİHM, De Cubber, par.30.
 -AİHM, Demicoli, par.39.
 -AİHM, Clarke/Birleşik Krallık, No. 23695/02, 25.8.2005.
 -AİHM, Van de Hurk/Hollanda, par. 45-55.
 -AİHM, Cooper/Birleşik Krallık (BD).
 -AİHM, Engel ve diğerleri/Hollanda, 8.6.1976, A.22.
 -AİHM, Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A.84.

- AİHM, Belilos/İsviçre, 29.4.1988, A.132.
- AİHM, Bryan/İngiltere, 22.11.1995, 335-A.
- AİHM, Benthem/Hollanda, 23.10.1985.
- AİHM, Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, par.57-58.
- AİHM, Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, par. 79.
- AİHM, Crociani/İtalya, 8603/79.
- AİHM, Sramek/Avusturya, par. 38.
- AİHM, Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, 23.6.1981, par.57.
- AİHM, Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, par. 80.
- AİHM, Uslu/Türkiye, 29860/96.
- AİHM, Beaumartin/Fransa.
- AİHM, İncal/Türkiye, 9.6.1998
- AİHM, Çıraklar/Türkiye, 28.10.1998.
- AİHM, Kenar/Türkiye, 67215/01, 13.12.2007.
- AİHM, İncal/Türkiye, Karar Raporları 1998-IV.
- AİHM, Çıraklar/ Türkiye, Raporlar 1998-VII.
- AİHM, Öcalan/Türkiye, no. 46221/99.
- AİHM, Ağın/Türkiye, 46069/99, 29.3.2005 (<http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/> ai hm/karar/agin.doc; ziyaret tarihi: 3.4.2008).
- AİHM, Aslan/Türkiye, 15 Temmuz 2005 (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/aslan.doc>; siteyi ziyaret tarihi: 01.01.2024).
- AİHM, Özdemir/Türkiye no: 59659, 6.2.2003, par. 35-36.
- AİHM, Yavuz/Türkiye, 25.5.2000.
- AİHM, Findley/İngiltere, 25.2.1997, par. 75-80.
- AİHM, Cable ve diğerleri/İngiltere ve Hood/İngiltere, 18.2.1999.
- AİHM, Moore ve Gordon/İngiltere ve Smith ve Ford/ İngiltere, 29.9.1999.
- AİHM, Mills/İngiltere, 5.6.2001.
- AİHM, Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye, 15530/89, 15531/89, Komisyon kararı, 8.12.1994.
- AİHM, AİHM, Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye, 25.3.1996.
- AİHM, Arı/Türkiye, 25.9.2001.
- AİHM, Moiseyev/Rusya, par.175-185.
- AİHM, Fahri/Fransa.
- AİHM, İncal/Türkiye, 25.2.1997, 22678-93, par.71.

- AİHM, 24 Mayıs 1989 tarihli Hauschild./ Danimarka kararı, Seri A no. 154, s. 21, par. 48.
- AİHM, Thorgeir Thorgeirsen/ İzlanda, par.51.
- AİHM, 10.6.1996 tarihli Pullar/Birleşik Krallık kararı, Raporlar 1996-III, s.794, par.38.
- AİHM, Sander/Birleşik Krallık, par.18-35.
- AİHM, Oluje, par.56-68.
- AİHM, Karakoç ve diğerleri/Türkiye, par.59-60.
- AİHM, Saint-Marie/Fransa, par.33.
- AİHM, Piersack/Belçika, B. No: 8692/79, 01.10.1982, par.30.

KISALTMALAR

- Age : Adı Geçen Eser
Agm : Adı Geçen Makale
AİHK : Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMK : Anayasa Mahkemesi Kararı
AYMKD : Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Bkz. : Bakınız
BM : Birleşmiş Milletler
C : Cilt
CGK : Ceza Genel Kurulu
CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev. : Çeviren
Dip. : Dipnot
E. : Esas
K. : Karar
KHK : Kanun Hükmünde Kararname
K.T. : Karar Tarihi
m. : Madde
MD: Memur Dosyası
No : Numara

Par. : Paragraf

RG : Resmî Gazete

s. : Sayfa

S. : Sayı

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK : Türk Ceza Kanunu

YD : Yargıtay Dergisi

Vd. : ve devamı

YD : Yargıtay Dergisi

Yay. Haz. : Yayına Hazırlayan

Y. : Yıl

yy. : Yüzyıl

Bir Anayasal Organ olarak HSK'nın Yapısı ve Verdiği Disiplin Kararları Özelinde Türkiye'de Yargı Bağımsızlığının Yargı Mensupları Açısından İncelenmesi

Rumeysa BUDAK

ÖZ

Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK/Kurul), Türkiye'de yargı mensuplarının mesleğe kabulleri, terfileri ve disiplin işlemlerinden sorumlu olan ve bu prosedürlerle ilgili itirazları inceleyen anayasal organdır. Avrupa'daki emsallerine göre daha merkezi ve nispeten katı bir idari organ olarak tanımlanan Kurul, 2010 ve 2017 yılında gerçekleşen Anayasa reformları sonucu gerek yapısal oluşum şekli olarak gerekse yetkilerini aldığı mevzuatlar açısından Avrupa kurumları tarafından Türkiye'de yargı bağımsızlığı başlığı altında incelenen organlar arasında odak noktası olmuştur. Bu bildiride HSK'nın 2010 ve 2017 Anayasal reformları sonucu geçirdiği yapısal değişikliklere yer verilerek uluslararası raporların tespitleri üzerinden yargı bağımsızlığı açısından HSK'nın kurumsal yapısı incelenecek, bu kapsamda yürüttüğü disiplin soruşturmalarında yetkilerini kullandığı mevzuatların nitelikleri de dikkate alınarak AİHM önünde görülen bireysel başvurular özelinde verilen ihlal kararları ile Türkiye'de yargı bağımsızlığının yargı mensuplarına bakan yönü değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler:

venedik komisyonu

yargı bağımsızlığı

anayasa değişikliği

hakimler ve savcılar kurulu

avrupa insan hakları
mahkemesi

The Structure of the Council of Judges and Prosecutors as a Constitutional Body and the Analysis of the Independence of the Judiciary in Turkey from the Perspective of the Judicial Members through the Disciplinary Decisions

ABSTRACT

The Council of Judges and Prosecutors (HSK) is the constitutional body responsible for the admission to the profession, promotion and disciplinary procedures of members of the judiciary in Turkey and reviews appeals related to these procedures. The Council, which is defined as a more centralized and relatively rigid administrative body compared to its European counterparts, has become a focal point among the bodies examined by European institutions under the heading of judicial independence in Turkey, both in terms of its structural composition and the legislation from which it derives its powers, as a result of the constitutional reforms in 2010 and 2017. In this paper, the institutional structure of the CJP will be examined in terms of judicial independence through the findings of international reports, taking into account the structural changes that the CJP has undergone as a result of the 2010 and 2017 constitutional reforms, and in this context, the aspect of judicial independence in Turkey facing the members of the judiciary will be evaluated with the violation decisions given in the individual applications before the ECtHR, taking into account the nature of the legislation it uses its powers in the disciplinary investigations it conducts.

Keywords:

venice commission

judicial independence

constitutional amendment

Council of Judges and
ProsecutorsEuropean Court of
Human Rights

I. GİRİŞ

Yargı bağımsızlığı en genel ve bilindik tanımıyla yargının başta yasama ve yürütme erki olmak üzere diğ r t m toplumsal, siyasi ve ekonomik etkilere uzak olmasıdır. Türkiye'de yargı bağımsızlığı söz konusu olduğunda uluslararası kurumlar tarafından birinci sırada ele alınan ve odak noktası olan kurumların başında bugünkü adıyla Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK/Kurul) gelmektedir. Özellikle Kurul tarafından yargı mensuplarına karşı yürütülen disiplin işlemleri uluslararası kurumlar ve mahkemeler tarafından basit bir idari işlem olarak görülmemekte, Türkiye'de yargı bağımsızlığına karşı bilhassa yürütme olmak üzere diğ r kuvvetlerce yargıyı etkilemede etkili bir araç olarak görülmekte ve Türkiye'de yargı bağımsızlığına dair yapılması lazım gelen reformlarda ilk sırada yerini almaktadır.

Türkiye'de yargı bağımsızlığını tehlikeye düşürecek şekilde yargı mensuplarının görevlerini yerine getirirken HSK tarafından bir baskı aracı olarak kullanılma potansiyeline sahip olduğu belirtilen bu disiplin işlemleri, 2010 ve 2017 yıllarında Venedik Komisyonu raporlarına ve AİHM kararlarına konu olmuştur.

A) 12 EYLÜL 2010 TARİHLİ ANAYASA REFORMU

1- 2010 Anayasa Reformu ile HSYK Yapısında Gerçekleştirilen Değışiklikler

 nceki yıllarda yapılan Anayasa değışiklikleri temel hak ve özgürlüklere odaklanırken 12 Eylül 2010 yılı Anayasa referandumu bu dönemlerden ayrılarak yargı sistemi ile ilgili köklü değışiklikler getirmesiyle ve yapılan değışikliklerin büyük bir kısmının yargıya odaklanmasıyla ön plana

çıkıştır.^[1] 2010 reformuyla Anayasa'nın 24 maddesinde değişikliğe gidilmiş ve 2 geçici madde eklenmiştir. Toplamda 26 madde değişikliği içeren bu reformun 12 maddesi yargı kurumlarına dair değişikliklere yöneliktir. Bu doğrultuda HSYK'nın yapısında gerçekleştirilen değişiklik 159. madde kapsamında gerçekleşmiştir. Bu kapsamda Kurul'un yapısında gerçekleştirilen değişiklikler sonucu çoğulcu bir yapı amaçlanarak üye sayısı 7'den 22'ye çıkarılmış, üyelerin büyük bir kısmının seçimi yargı mensuplarının takdirine bırakılarak yürütme ve yasama erklerinin yargı üzerindeki etkisinin asgari düzeyde olması amaçlanmış, idari özerkliğe ve kendi bütçesine, binalarına ve personeline sahip ayrı bir tüzel kişilik olarak kurumsallaştırılmış, hem yasal yetkiler hem de personel ve kaynaklar bakımından Adalet Bakanlığı'ndan HSYK'ya geniş yetki devrine gidilmiştir. Bunların yanı sıra Adalet Bakanı Kurul'un doğal başkanı ve Adalet Bakanlığı müsteşarı Kurul'un doğal üyesi olmaya devam etmiştir. Kurumsal yapıda gerçekleştirilen bu değişikliklerin yanı sıra disiplin işlemlerinden meslekten çıkarma kararlarına karşı yargı yolu açılmıştır. Ayrıca 2010 Anayasa reformu uyarınca HSYK Kanunu'nda da değişikliğe gidilmiş ve değiştirilen 159. maddeye paralel olarak bu kanunda da HSYK'nın yapısına ilişkin olarak değişiklikler yerini almıştır.

2010 Anayasa Reformu sonucu değişiklikleri Türkiye'de bazı hukukçular tarafından olumsuz bir kaygıyla karşılanarak bu değişikliklerle esas amacın çoğulculuk değil yargının bir gruba teslimiyeti için bir ön hazırlık olduğu ifade edilmiştir^[2] ancak çoğunluk görüşü tarafından söz konusu re-

[1] Yusuf Şevki Hakyemez, "2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XIV, Y. 2010, Sa. 2: 387.

[2] Kemal Gözler, "16 Nisan'da Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Bir 'Suistimalci Anayasa Değişikliği' midir?", <http://www.anayasa.gen.tr/>

formlar yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığını uluslararası standartlara çıkarma yönünde olumlu bir reform olarak tanımlamıştır.

2- 2010 Anayasa Reformu Kapsamında HSYK Kurumsal Yapısında Gerçekleştirilen Değişikliklerin Venedik Komisyonu Tarafından Değerlendirilmesi

12 Eylül 2010 Anayasa reformu sonrası dönemin Adalet Bakanı Sadullah Ergin tarafından Venedik Komisyonu'ndan kabul edilen Anayasa değişikliklerinin uygulanmasına ilişkin kanun taslakları hakkında görüş talep edilmiştir. Mektup uyarınca Venedik Komisyonu 2010 reformuyla yargının organlarında yapılan değişiklikler konusunda değerlendirme yapmaya davet edilmişse de söz konusu görüş 2010 Anayasa değişikliği sonucu değiştirilen Anayasa madde 159, HSYK Kanunu ve HSYK teşkilatında getirilen reformlara odaklanmakla yetinmiştir. Bu noktada ilgili görüşün Anayasa reformundan sonra hazırlandığını belirtmekte fayda vardır, nitekim Venedik Komisyonu da görüşünde bu hususun altını çizerek değerlendirmelerinin, HSYK'nın tabi tutulacağı müteakip reformlarda yol gösterici olmasını amaçladığını belirtmiştir.^[3]

2010 Anayasa reformunun yargıda gerçekleştirdiği değişikliklerle öne çıktığını belirten Komisyon, genel olarak bu alanda yapılan değişikliklerin doğru yönde atılmış net bir adım olduğunu ifade etmiştir.^[4] HSYK

suistimalci.htm (Konuluş Tarihi: 1 Mart 2017); İbrahim Ö. KABOĞLU, Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak, İmge Kitabevi, Ankara, 2010, s. 273.

[3] Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş, 27 Eylül 2010, CDL-AD(2010)042

[4] 2010 Venedik Komisyonu Raporu, para.16.

bünyesinde yapılan yeniliklere geçmeden önce Venedik Komisyonu değerlendirmelerinin daha net anlaşılması adına Türk yargısının genel yapısını, özellikle HSYK'nın haiz olduğu disiplin işlemlerini anlamak gerektiğini belirtmiştir. Venedik Komisyonu'nun görüşüne paralel şekilde bu disiplin işlemlerinden kısaca bahsedilecek olunursa; HSYK, Türkiye'deki tüm yargı mensuplarının özlük haklarını düzenlemekten sorumlu organdır ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda düzenlendiği üzere uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademe ilerlemesini durdurma, yer değiştirme ve meslekten çıkarma şeklinde disiplin kararları vermeye yetkilidir. Bunlardan ise 2010 yılında Anayasa reformuyla değiştirildiği üzere yalnızca meslekten çıkarma kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Diğer disiplin kararlarına karşı ise herhangi bir yargısal denetim yolu açık olmamakla birlikte bu disiplin süreci kapalı bir devre sistemi içinde gerçekleşmektedir. Daha geniş anlamıyla, ilgili HSYK Dairesi tarafından disiplin süreci başlatılarak disiplin kararı verilmekte, akabinde ilgili yargı mensubunun verilen bu karara karşı itirazı HSYK Genel Kurulu'nda görülmekte ve bu Genel Kurul disiplin cezasını veren Daire üyelerinin de yer aldığı bir kurul olarak karşımıza çıkmaktadır. İtiraz sonucu Genel Kurul tarafından verilen bu karar ise kesindir ve meslekten çıkarma kararları haricindeki disiplin kararları için herhangi bir yargı yolu açık değildir.

Komisyon'un 2010 yılında HSYK bünyesinde gerçekleştirilen esas yorumlarına bakıldığında genel olarak o dönemin öne çıkan sloganlarından biriyle ifade etmek gerekirse 'yetmez ama evet' şeklinde yorumlamıştır. 'Evet' demıştır; Türk yargısının tüm idaresinden sorumlu organın Avrupa standartlarına uyumlaştırılması ve eriştirilmesi yönünde atılan doğru bir adım olarak gördüğünü ifade etmiş, üyelerin sayısının çoğulcu bir temsil amacıyla artırılmasını, özellikle yürütmenin üye seçimlerinde etkisinin en aza indirgenmeye çalışarak bu konuda büyük söz hakkının yargı mensuplarına bırakılmasını, yalnızca kurumsal oluşumla kalmayıp kurumun

bağımsız bir binasının, sekreteryasının olmasını Türk yargı bağımsızlığına katkı sağlayacak reformlar olarak görmüştür. 'Yetmez' demiştir; bu noktada Komisyon'un işaret ettiği ise 'Türk yargı geleneği' olmuştur. Komisyon, tüm bu olumlu reformlar karşısında geçmişten gelen tecrübelerine ve 2010 Anayasa reformuyla ilgili olarak olumsuz yönde söylemlerde bulunan kişilerin yorumlarına dayanarak Türk yargı geleneğine dair kaygılarını göz ardı edemeyeceğini belirtmiştir^[5]. Bu terimle yargı idaresinin siyasallaştırılarak yargının kontrol altında tutulmasını ifade ettiğini belirten Komisyon'un bu kapsamda işaret ettiği mekanizma ise HSYK'nın elinde bulundurduğu disiplin işlemleri ve bunlar sonucunda verilen disiplin kararları olmuştur. Çoğulcu ve demokratik söylemle göreve gelen yeni Kurul'un her ne kadar şu an için bu amaçta ilerleyeceği öngörülse de disiplin kararları konusunda meslekten çıkarma kararları dışında diğer işlemler için herhangi bir yargı denetiminin açık olmamasının yargı mensupları üzerinde bir baskı aracı kullanılmasına dair endişelerini özellikle dile getirmiştir. Tüm bu nedenlerden dolayı Türk yetkilileri ve yasa koyucuları HSYK özelinde yalnızca kurumsal reformla yetinmeyip mevzuatların özüne dair de reform konusunda teşvik ettiğini belirtmiştir. Sonuç olarak Komisyon, yeni sistemin hala siyasi kontrol altında olduğu yönündeki eleştirilerin temelsiz olduğunu ve yeni sistemin yargı bağımsızlığı yönünde atılan doğru bir adım olduğunu kanıtlamak için yeni göreve gelecek HSYK'nın sahip olduğu önemli yetkileri objektif, tarafsız ve profesyonel bir şekilde kullanması gerektiğini vurgulamıştır.

B) 2011 TARİHLİ Venedik Komisyonu Ara Görüşü

Venedik Komisyonu, 29 Mart 2011 tarihinde yargı mensuplarının mesleğe kabulü, terfileri ve disiplin işlemlerini düzenleyen ve 2010 Anayasa reformu uyarınca değiştirilen 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na

[5] 2010 Venedik Komisyonu Raporu, para.18.

istinaden bir başka görüş yayınlamıştır.^[6] Genel olarak söz konusu kanunun tüm hükümlerine dair Venedik Komisyonu'nun değerlendirmelerinin yer aldığı bu görüşte, disiplin işlemlerini düzenleyen hükümlerin muğlak ifadeler içerdiği belirtilmiş, bu hükümler uyarınca başlatılacak disiplin soruşturmalarının keyfi uygulamalara açık olduğunun altı çizilmiştir. Halihazırda yapısal olarak yürütmenin etkilerinden tamamen bağımsız olduğu söylenemeyecek olan ve 2010 tarihli Venedik Komisyonu raporunda ifade edildiği üzere kurumsal bağımsızlık adına yapılması lazım gelen reformların olduğu HSYK'nın, meslekten çıkarma kararları haricinde yargısal denetimin kapalı olduğu diğer kararları açısından keyfi uygulamaların tam anlamıyla önleyeceği konusunda şüphelerinin olduğunu ifade etmiştir. Böylelikle 2010 yılı Venedik Komisyonu raporunda ifade edildiği üzere, disiplin işlemleri özelinde bakılacak olunursa, yalnızca kurumsal reformların değil mevzuatın özüne dair reformların Türk yargı bağımsızlığının sağlanması adına gerekli olduğu bu raporla detaylı şekilde ortaya konmuştur.

C) HSYK'NIN AVRUPA YARGI KONSEYLERİ AĞI GÖZLEM-Cİ STATÜSÜNÜN ASKIYA ALINMASI

HSYK tarihinde öne çıkan tarihler arasında Avrupa Yargı Konseyleri Ağı'na üyelik ve bu üyeliğin askıya alındığı tarihlerin yeri önemlidir. Demokratik ve çoğulcu bir yapı ve söylemle göreve başlayan Kurul'un üzerinde 2014 yılında meydana gelen soruşturmalar sonucunda (17-25 Aralık soruşturmaları) Kurul üzerinde yürütmenin kontrolü artmıştır. 2016 yılında gerçekleşen darbe girişimi ve akabinde yargı mensuplarının toplu bir şekilde gerekçesiz olarak meslekten ihraç edilmesi sonucu, HSYK'nın

[6] Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Hâkimler ve Savcılar Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş, 29 Mart 2011, CDL-AD(2011)004

yürütme erkinden tarafsız ve bağımsızlığı uluslararası kurumlar nezdinde sorgulanır hale gelmiştir.

Söz konusu üyeliğin askıya alınması esasen önemli bir statü kaybıdır, basit bir üyelik kaybı olarak görülmemelidir. 2005 yılında Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde hukuki reformların hızlı bir şekilde yapıldığı dönemde HSYK'nın bu ağı üyeliği gerçekleştirmiş ve Kurul böylece uluslararası bir nitelik/statü kazanmıştır.^[7] Ancak 2014 yılında soruşturmalar sonucu yargı mensuplarına uygulanan disiplin işlemlerinin hız kazanması ve akabinde 15 Temmuz 2016 darbe girişimden bir gün sonra henüz darbe girişimi devam ederken ve darbeye karışan askerlerin isimleri bile belli değilken binlerce yargı mensubu gözaltına alınıp tutuklanmıştır. Söz konusu bu gelişmelerin akabinde Yargı Konseyleri Ağı Türkiye'den bir açıklama yapmasını istemiştir.^[8] Bir günde binlerce yargı mensubunun açığa alınması bu kurumlar için oldukça şok edici ve pek de ulusal güvenlik açıklamasıyla kabul görmeyen bir durum olmuştur. Türkiye'den açıklayıcı bir gerekçe alınamayınca HSYK'nın bu uluslararası statüsü askıya alınmıştır.^[9]

D) 16 NİSAN 2017 TARİHLİ ANAYASA REFORMU

1 - 2017 Anayasa Reformu ile HS(Y)K Yapısında Gerçekleştirilen Değişiklikler

[7] Murat Yanık, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK'nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, 2010, 26(1): 164.

[8] Encj's Statement On Developments In Turkey, Erişim Tarihi 15 Mayıs 2024, <https://www.ency.eu/node/428>.

[9] Encj Votes To Suspend The Turkish High Council For Judges And Prosecutors, Erişim Tarihi 15 Mayıs 2024, <https://www.ency.eu/node/449>.

15 Temmuz 2016 başarısız darbe girişimi sonrası 21 Temmuz 2016 tarihinde ülkede olağanüstü hal ilan edilmiş ve 3 aylık periyotlarla 7 kez uzatılmıştır. 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin ardından yaklaşık 2 yıl boyunca devam eden OHAL, 19 Temmuz 2018 tarihinde sona ermiştir. Ülkenin OHAL yönetimi altında olduğu bu süre zarfında yapılan 2017 Anayasa reformu ile yönetim biçimi, Türk usulü bir Başkanlık sistemine dönüştürülmüştür.

2017 Anayasa değişikliğinden önceki adıyla Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, bu reform sonucu esaslı değişikliklere uğramıştır. İlk olarak Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nda AK Parti'nin yargı erkine yüksek, dokunulmaz ve hatasız bir nitelik atfedilmemesi yönündeki girişimi ve diğer partilerin de uzlaşma adına bu düşünceyi kabul etmesi sonucu, Kurul'u niteleyen 'Yüksek' ibaresi kaldırılmıştır.^[10] 2017 Anayasa reformundan günümüze Türkiye'de yargı mensuplarının özlük, idari ve disiplin işlerini düzenleyen kurul Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) olarak adlandırılmaktadır. İkinci olarak ise HSK'nın görev ve yetkileri aynen korunurken kurumsal yapıda önemli değişikliklere gidilmiştir. Bu doğrultuda Anayasa'nın 159. Maddesi değiştirilmiş ve 2010 Anayasa değişikliği sonrası 22 asıl 12 yedek üye şeklinde artırılan Kurul'un üye sayısı 13 üyeye düşürülerek asıl-yedek ayrımı kaldırılmıştır. HSK bünyesinde yer alan Daire sayısı ise 3'ten 2'ye düşürülmüştür. HSK üyelerinin seçimi ise yasama ve yürütme arasında paylaştırılmış, ancak pratiğe bakıldığında tamamen Cumhurbaşkanı'nın seçimlerinin etkili olacağı bir üye seçim yöntemi belirlenmiştir. Yargı mensuplarına ise söz konusu HSK üye seçimleri konusunda herhangi bir hak tanınmamıştır. 2017 Anayasa değişikliği sonrası üyelerinin yasama ve yürütme tarafından seçildiği bu Kurul hukuk sistemimizde yerini almakta

[10] Demirhan Burak Çelik "16 Nisan Anayasa Değişikliği Ve Yeni Hâkimler Ve Savcılar Kurulu Üzerine Bir Değerlendirme". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 73, sy. 4 (Kasım 2018): 1068.

ve yargı mensuplarının tüm özlük ve disiplin işlemleri bu kurul tarafından düzenlenmektedir.

2 - 2017 Anayasa Reformu Kapsamında HS(Y)K Kurumsal Yapısında Gerçekleştirilen Değişikliklerin Venedik Komisyonu Tarafından Değerlendirilmesi

Avrupa Komisyonu Parlamenter Meclisi İzleme Komitesi'nin 14 Aralık 2016 tarihli kararı üzerine Venedik Komisyonu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında yapılacak değişikliklere dair en kısa sürede görüşlerini sunmaya davet edilmiştir. Bu talep üzerinde Venedik Komisyonu 13 Mart 2017 tarihinde, TBMM tarafından 21 Ocak 2017 tarihinde kabul edilen ve 16 Nisan 2017 tarihinde referanduma sunulacak olan Anayasa değişikliği teklifi hakkında görüşünü yayımlamıştır.^[11] 2010 yılında yayımladığı görüşten ayrı olarak Venedik Komisyonu, bu referadumla ilgili görüşlerini yalnızca HSYK değişikliğiyle sınırlı tutmamış ve tüm Anayasa değişiklik teklifiyle ilgili kapsamlı bir değerlendirme sunmuştur. Ayrıca bu değerlendirmede Komisyon'un görüşünde kullandığı dilin daha eleştirel olduğunu ve darbe girişimi sonrası halihazırda OHAL altında bulunan ülkede yönetim sisteminin değiştirilerek özellikle yargı kurumlarında Avrupa standartlarına aykırı olarak yapılacak reformlar konusun oldukça uyarıcı bir üslup kullandığını görmek mümkündür.

İlgili tarihteki adıyla HSYK özelinde yaptığı değerlendirmelerin başında üye sayısı ve üye seçimi gelmektedir. Teoride üyelerinin neredeyse yarısının Cumhurbaşkanı tarafından seçilerek atanacağını belirten Komisyon,

[11] Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Türkiye Büyük Millet Meclisi Tarafından 21 Ocak 2017 Tarihinde Kabul Edilen 16 Nisan 2017 Tarihinde Referanduma Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Görüş, 13 Mart 2017, CDL-AD(2017)005

pratikte ise tüm üyelerin seçiminde Cumhurbaşkanı'nın seçiminin etkili olacağını vurgulamıştır. 2017 Anayasa değişikliği ile getirilmesi planlanan Türk usulü başkanlık sistemiyle Cumhurbaşkanı'nın artık nötr bir güç olmayacağına dikkat çeken Venedik Komisyonu, yargının idaresinden sorumlu HSK'nın tüm üyelerinin seçiminde Cumhurbaşkanı'nın tercihlerinin bu derece hakim olmasının ve yargı mensuplarına bu seçimler konusunda hiçbir söz hakkı bırakılmamasının kuvvetler ayrılığıyla bağdaşmayacağı konusunda yetkilileri uyarmıştır.

2017 Anayasa Referandumuna istinaden yayımladığı bu görüşünde Komisyon, yeni adıyla Hakimler ve Savcılar Kurulu ile ilgili getirilecek değişiklikler konusunda 2010 Anayasa Referandumuna istinaden yayımladığı görüşünde yaptığı tespitlere geniş vermiştir. 2010 yılında yargının idaresinden sorumlu Kurul'un halihazırda Avrupa standartlarına ulaşma yolunda doğru bir yola girdiğini ancak yapılması beklenen 2017 değişikliği ile Kurul'un yapısı üzerinde yargı bağımsızlığını tehlikeye atan değişiklikler yapıldığı konusunda uyarmıştır. Bu doğrultuda HSK'nın disiplin işlemlerinin 2010 yılı değerlendirmelerinde dikkat çektiği üzere Türk yargı geleneğinin bir anlamda gerçekleştirilmek istendiğini görmek mümkündür. Nitekim Venedik Komisyonu da Kurul üzerindeki kontrolü (yürütme tarafından) ele almanın, hakimlerin sıkça görevden alındığı ve tayinlerinin de artık genel bir uygulama haline geldiği bir ülkede hâkim ve cumhuriyet savcılarını üzerindeki kontrolü de ele almak olacağını ifade etmiştir. Bir diğer deyişle Komisyon, disiplin işlemlerinin üyelerinin tamamının artık yalnızca yasama ve yürütme arasında paylaştırıldığı ancak pratikte yürütmenin etkin güç olduğu Kurul tarafından yapılarak bu işlemlerin yürütme tarafından yargının kontrol altında tutulacağı konusunda uyarıda bulunmuştur.

E) AİHM KARARLARI

HS(Y)K'nın disiplin kararlarına istinaden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen, bu çalışmanın yazıldığı tarih itibarıyla, 12 ihlal kararı bulunmaktadır^[12]. Bu kararlardan Özpınar v. Türkiye, Bulut v. Türkiye ve Sakaoğlu v. Türkiye kararları dışında verilen ihlal kararları, başvuru yargı mensuplarının hükümeti ve politikalarını eleştirmeleri sonucu verilen disiplin cezaları nedeniyle AİHM'e götürülen başvurular sonucu verilen ihlal kararlarıdır. Oktay Alkan v. Türkiye kararı ise başvuru sahibinin siyasi sebeplerle mesleğe kabul edilmemesi sonucu HSK nezdinde yapılan itiraz sonucu verilmiş bir ihlal kararıdır, ancak bu usulde de bir kapalı devre sistemi mevcut olduğu için bu karara da çalışmada yer verilmiştir.

Kayasu v. Türkiye, Özpınar v. Türkiye ve Bilgen v. Türkiye kararları 2010 Anayasa reformu öncesi HSYK'nın yapısı değiştirilmeden önce verilen disiplin cezalarına ilişkindir. Bu dönemde disiplin soruşturmaları Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından Adalet Bakanı'nın oluruyla başlatılarak HSYK'ya devredilmekte ve verilen cezaya itiraz Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu İtirazları İnceleme Kurulu tarafından incelenerek kesin olarak karara bağlanmaktaydı.

[12] AİHM, Kayasu v. Türkiye, B. No: 64119/00, 13.11.2008; Özpınar v. Türkiye, B. No: 20999/04, 19.10.2010; Bilgen v. Türkiye, B. No: 1571/07, 09.03.2021; Eminağaoğlu v. Türkiye, B. No: 76521/12, 09.03.2021; Kozan v. Türkiye, B. No: 16695/19, 01.03.2022; Karadağ v. Türkiye, B. No: 47711/18, 29.11.2022; Bulut v. Türkiye, B. No: 2441/13, 17.01.2023; Sakaoğlu v. Türkiye, B. No: 49647/14, 09.05.2023; Sarısu Pehlivan v. Türkiye, B. No: 63029/19, 06.06.2023; Oktay Alkan v. Türkiye, B. No: 24492/21, 20.06.2023, Kartal v. Türkiye, B. No: 54699/14, 26.03.2024; Gülcü ve diğerleri v. Türkiye, B. No: 37013/15 ve diğer 49 karar, 23.04.2024.

Eminağaoğlu v. Türkiye, Kozan v. Türkiye, Karadağ v. Türkiye, Bulut v. Türkiye, Sakaoğlu v. Türkiye, Kartal v. Türkiye ve Gülcü ve diğerleri v. Türkiye kararları 2010 Anayasa reformu sonrası oluşturulan HSYK tarafından verilen disiplin cezalarına ilişkindir. Kurul'un oluşumuna dair detaylı bilgiye '2010 Anayasa Reformu ile HSYK Yapısında Gerçekleştirilen Değişiklikler' başlığı altında yer verilmiştir. Bu dönemde disiplin soruşturmalarının yürütme usulüne bakıldığında ise artık bağımsız bir kurumsal yapısı olan HSYK tarafından disiplin soruşturması başlatılmakta ve HSYK İkinci Dairesi tarafından disiplin cezası verilmekte, bu cezaya itiraz ise cezayı veren Daire'nin de üyelerinin yer aldığı HSYK Genel kurulu tarafından değerlendirilerek meslekten çıkarma kararları haricinde yargı yolu kapalı, kesin şekilde karara bağlanmaktaydı.

Sarısu Pehlivan v. Türkiye ve Oktay Alkan v. Türkiye kararları ise 2017 Anayasa reformu sonrası oluşturulan HSK tarafından verilmiştir. Detaylarına yukarıda yer verildiği üzere üyeleri yasama ve yürütme tarafından seçilen yargı mensuplarına herhangi bir seçim hakkı bırakılmayan ve pratikte ise nötr bir güç olmayan Cumhurbaşkanı'nın seçimlerinin etkili olduğu Kurul tarafından yürütülen disiplin işlemleri prosedürü ise değişmemiş, 2010 Anayasa değişikliği sonrası olduğu gibi HSK İkinci Dairesi tarafından verilen disiplin cezası, cezayı veren üyelerin de yer aldığı HSK Genel Kurulu tarafından incelenerek meslekten çıkarma kararı dışındaki kararlar için kesin olarak karar bağlanmaktadır.

Yargı mensubu başvuruçular tarafından şikayet edilen en temel sorunlardan birisi disiplin süreçlerindeki kapalı devre sistemi nedeniyle etkili bir itiraz yoluna sahip olunamamasıdır. Venedik Komisyonu gibi AİHM de Türk yargı sisteminde HS(Y)K'nın haiz olduğu disiplin işlemlerini basit bir süreç olarak görmemiş ve ihlal olduğuna hükmettiği tüm kararlarında

incelemesine başlamadan önce bir yargı mensubuna karşı bir disiplin soruşturması başlatıldığında halkın yargı erkinin işleyişine olan güvenin de bu soruşturmanın nasıl yürütüldüğüne bağlı olduğunun altını çizmiştir.

AİHM söz konusu kararlarda incelemesine geçmeden önce Türkiye'de yargının idaresiyle ilgili hazırlanan Venedik Komisyonu, GRECO (Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu), Avrupa Komisyonu gibi kurumların raporlarına yer vermiş, bu raporlarda HSYK'nın kurumsal yapısı ve disiplin kararı alma süreçlerine ilişkin değerlendirmeleri ön plana çıkarmıştır. Bunların yanı sıra Birleşmiş Milletler Özel Raportörü tarafından Türk yargı mensuplarının bağımsızlığına dair hazırlanan periyodik raporlara da dikkat çekmiştir. Ayrıca Türkiye'nin Avrupa ve uluslararası kurumlar nezdinde yargı bağımsızlığı ile ilgili katıldığı toplantılara yer veren AİHM, bu toplantılarda Türk yargı sistemi nezdinde yapılan tespitlere ve taahhütlere yer vermiştir.

Türk Anayasası tarafından HSYK kararlarının, 2010 yılı sonrası meslekten çıkarma kararları hariç, hukuki denetim dışında bırakıldığını belirten AİHM, yargı mensuplarına disiplin cezası veren oluşumla, bu cezaya karşı itirazı inceleyen oluşumun aynı kişilerden oluştuğunu tespit etmiştir. Somut olarak ifade edilecek olursa, disiplin cezası veren HS(Y)K İkinci Dairesi'nin üyelerinin tamamının itirazı inceleyen HS(Y)K Genel Kurulu'nda yer alması AİHM'in söz konusu kararlarda odak noktasına aldığı durum olmuştur. Bu kapsamda başvuru sahiplerinin disiplin soruşturma süreçlerine dair belgeleri incelemesinin yanı sıra Kurul'un başkaca disiplin soruşturmalarına dair belgeleri Hükümet'ten talep edip inceleyen AİHM, yürütülen soruşturmalarda yargı mensuplarına yalnızca yazılı savunma imkanı verildiği, savunmalarda yer verilen tanık dinletilmesi, sözlü savunma yapılması, gerekçeli kararın açıklanması gibi taleplerin neredeyse hiçbir şe-

kilde karşılanmadığını tespit etmiştir. Tüm bu değerlendirmeleri ışığında kapalı devre sistemi içerisinde başvurularda asgari düzeyde bile bir hukuki yol sağlanmadığı sonucuna varan Mahkeme, yargı mensubu başvurularda disiplin işlemleri sırasında temelde mahkemeye erişim hakkından mahrum bırakılarak adil yargılanma haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Değişen başvuru konularına göre ise kararların bir kısmında etkili başvuru hakkıyla bağlantılı olarak özel hayata saygı hakkının ve ifade özgürlüğünün de ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki disiplin soruşturmalarıyla ilgili verdiği ilk kararlardan olan Kayasu v. Türkiye ve Özpınar v. Türkiye kararlarında AİHM, ihlal iddialarını 6. madde altında incelemeyen daha geniş bir yaklaşımla 13. maddeden incelemişse de Bilgen v. Türkiye kararıyla Kurul'un asgari düzeyde bir mahkemenin gerekliliklerini taşıyıp taşımadığının incelenmesinin artık gerekli olduğunu belirterek bu kararlarla birlikte 6. madde kapsamında mahkemeye erişim hakkı bağlamında incelemesini derinleştirmiştir.

Son olarak bu kararların bir eksik yönü olarak belirtmek gerekir ki söz konusu ihlal kararlarında Kurul'un üye seçimiyle bağlantılı olarak üyelerinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda AİHM bir değerlendirme yapmamıştır. Başvurucuların bir kısmı bu iddiayı öne sürmüş olsa da ve Mahkeme ihlal kararlarında uluslararası raporlar başlığı altında üye seçiminin yargı bağımsızlığını zayıflattığına dair kısımları alıntı yapmış olsa da bu ihlal iddiası incelemeye gerek görmediğini belirtmiştir.

II. SONUÇ

2010 ve 2017 yıllarında gerçekleştirilen Anayasa reformları sonucu kurumsal yapısında köklü değişikliklere uğrayan Hakimler ve Savcılar Kurulu, Türk yargı bağımsızlığı mevzubahis olduğunda günümüzde incelenen

ve reforma tabi tutulması gereken kurumlar arasında ilk sıralarda yerini korumaktadır.

2010 yılında gerçekleştirilen değişikliklerle Venedik Komisyonu'nun ifade ettiği üzere Avrupa standartları konusunda doğru yönde atılmış adımlar olsa da disiplin kararlarının yargı mensupları üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılmasını bertaraf edecek değişikliklere gidilememiş, yalnızca kurumsal değişikliklere odaklanılmıştır.

Kurumsal değişikliğin yanı sıra üyelerinin seçimi ve disiplin kararları özelinde mevzuat değişikliğine de gidilerek keyfi uygulamaların önüne geçilmesi tavsiye edilen Kurul, 2017 Anayasa değişikliği ile tavsiyelerin tamamen aksi yönde bir reforma tabi tutularak üyelerinin seçimi yürütme ve yasama arasında paylaştırılmış, pratikte ise getirilen Türk usulü Başkanlık sistemi sonucu artık nötr bir güç olmayan Cumhurbaşkanı'nın seçimlerinin etkili olduğu bir Hakimler ve Savcılar Kurulu oluşturulmuştur. Üyelerinin yürütme ve yasamadan bağımsızlığı oldukça tartışmalı olan Kurul tarafından yargı mensuplarının disiplin soruşturmaları yürütülmekte ve Anayasa uyarınca bu soruşturmalar sonucu verilen, meslekten çıkarma kararları hariç, kararlar açısından herhangi bir yargı denetimi bulunmamaktadır. Ancak AIHM tarafından Kurul'un farklı dönemlerinde verdiği disiplin kararlarına istinaden tespit edildiği üzere, söz konusu disiplin süreçleri yargı mensuplarına en asgari düzeyde mahkemeye ve etkili hukuki yola erişimi sağlayamamaktadır.

Kamuya mahkemeye erişimi temin etmekle görevli Türk yargı mensuplarının, görevlerini yerine getirirken yasama ve yürütmenin baskısından en

uzak olmaları gereken disiplin işlemlerinde kendilerinin bir mahkemeye erişim hakkına sahip olmaması Venedik Komisyonu ve AİHM kararlarıyla sabittir ve bu nedenle HSK disiplin prosedürleri Türk yargı bağımsızlığının sağlanması yolunda hem kurumsal hem de mevzuat açısından reforma tabi tutulmalıdır.

Makaleler

Çelik, Demirhan Burak, “16 Nisan Anayasa Değişikliği Ve Yeni Hâkimler Ve Savcılar Kurulu Üzerine Bir Değerlendirme”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 73, sy. 4 (Kasım 2018).

Gözler, Kemal, “16 Nisan’da Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Bir ‘Suistimalci Anayasa Değişikliği’ midir?”, <http://www.anayasa.gen.tr/suistimalci.htm> (Konuluş Tarihi: 1 Mart 2017)

Hakyemez, Yusuf Şevki, “2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XIV, Y. 2010, Sa. 2.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak, İmge Kitabevi, Ankara, 2010.

Yanık, Murat, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK’nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, 2010, 26(1): 164.

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Raporları

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş, 27 Eylül 2010, CDL-

AD(2010)042

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Hâkimler ve Savcılar Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş, 29 Mart 2011, CDL-AD(2011)004

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Türkiye Büyük Millet Meclisi Tarafından 21 Ocak 2017 Tarihinde Kabul Edilen 16 Nisan 2017 Tarihinde Referanduma Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Görüş, 13 Mart 2017, CDL-AD(2017)005

Web İçerikleri

ENCJ's Statement On Developments In Turkey, Erişim Tarihi 15 Mayıs 2024, <https://www.encj.eu/node/428>.

ENCJ Votes To Suspend The Turkish High Council For Judges And Prosecutors, Erişim Tarihi 15 Mayıs 2024, <https://www.encj.eu/node/449>.

AİHM Kararları

Kayasu v. Türkiye, B. No: 64119/00, 13.11.2008

Özpınar v. Türkiye, B. No: 20999/04, 19.10.2010

Bilgen v. Türkiye, B. No: 1571/07, 09.03.2021

Eminağaoğlu v. Türkiye, B. No: 76521/12, 09.03.2021

Kozan v. Türkiye, B. No: 16695/19, 01.03.2022

Bir Anayasal Organ olarak HSK'nın Yapısı ve Verdiği Disiplin Kararları Özelinde
Türkiye'de Yargı Bağımsızlığının Yargı Mensupları Açısından İncelenmesi

Karadağ v. Türkiye, B. No: 47711/18, 29.11.2022

Bulut v. Türkiye, B. No. 2441/13, 17.01.2023

Sakaoğlu v. Türkiye, B. No. 49647/14, 09.05.2023

Sarısu Pehlivan v. Türkiye, B. No. 63029/19, 06.06.2023

Oktay Alkan v. Türkiye, B. No. 24492/21, 20.06.2023

Kartal v. Türkiye, B. No. 54699/14, 26.03.2024

Gülcü ve diğerleri v. Türkiye, B. No. 37013/15 ve diğer 49 karar,
23.04.2024



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

HUKUK EĞİTİMİ

Hakim ve Savcıların Eğitimi

Abdullah MURAT

Sayın Başkanım, kıymetli misafirler,

Sizleri Türkiye Adalet Akademisi adına saygıyla selamlıyorum.

Her şeyden önce, Ankara Barosu Başkanı Sayın Mustafa KÖROĞLU’na, Baro yönetimine, Organizasyon Komitesine, “Yargı Reformu” konulu böylesi anlamlı, kapsamlı ve dolu dolu bir Uluslararası Hukuk Kurultayı düzenledikleri için şükranlarımı sunuyorum.

Böylesi bir panele davet edilmekten, Türkiye Adalet Akademisi adına burada sizlerle bir arada bulunmaktan mutluluk duyuyorum.

Hakim olarak kürsüde yaklaşık 6 yıl çalıştım. Hem sulh ceza ve hukuk hakimi olarak Elazığ-Sivrice’de geçirdiğim iki yıllık sürede öğrendiğim en önemli şey, mesleğin icrasında aklınıza takılan, acil cevaplamanız gereken bir sorunuz olduğunda, çalıştığınız adliyede hemen kapısını çalabileceğiniz bir meslek büyüğünün varlığı idi. Ben bu açıdan şanslıyım. Kıdemli bir meslek büyüğüm^[1] benim için meslek içi eğitime duyduğum ihtiyacı büyük ölçüde karşıladı. Kendisine buradan teşekkürlerimi sunuyorum. Ama herkes beni kadar şanslı olmayabilir. Bu yüzden, hakim ve savcılarının eğitimi acil ve önemli bir konudur. Bu vesileyle, kendi meslek hayatımdan örnek vermek istedim. İlk görev yerinde bu sayede edindiğim mesleki tecrübe bana daha sonra görev yerlerimde de (Ovacık, Çardak ve Akhisar Hâkimliği) hep imdadıma yetişmiştir.

Kürsü hâkimliğimden sonra Adalet Bakanlığında farklı birimlerde bir süre çalıştım. Daha sonra Akademi’de hem yönetici hem de eğitici olarak üstlendiğim görevi yaklaşık 3 yıldır ifa ediyorum. Burada HUKUK EĞİTİMİ başlığı altında, bana gözlemlerimi ve tecrübelerimi paylaşma imkânı verdiğiniz için teşekkür ediyorum.

[1] Hakim Mehmet Emin Okumuş, (Sakarya BAM Daire Başkanı iken emekli oldu)

Ankara Barosu’nun, şimdiye kadar üstlendiği tarihi sorumluluğun gereği olarak gerçekleştirilen hukuk kurultayları serisinin, ülkemiz yargısının gelişmesine, yargı reformu çalışmalarına, hukukun üstünlüğüne, adalet anlayışının güçlenmesine olumlu katkıları olduğunu kabul etmeliyiz. Bu program için harcanan emek ve zaman ve kaynakların boşa gitmeyeceğine, ileride gerçekleştirilecek reform çabalarına benzer şekilde katkı sağlayacağına inanıyorum.

Bundan 24 yıl önce bugün (12 Ocak 2000) Ankara Barosu’nun düzenlediği “Hukuk Kurultayı 2000” başlıklı programa Ankara Barosu Avukat Stajyeri olarak katılmıştım.

Karşılama-uğurlama-yer gösterme gibi lojistik destek hizmetlerini gönüllü olarak üstlendiğimiz tarihi bir Kurultay’ın bir parçası olduğum için şanslı sayılırım. Bilkent Otel’de yapılan tebliğlerin, akademik sunumların, ateşli tartışmaların kıymetini şimdi daha iyi anlıyorum. Ankara Barosu sağ olsun bu çalışmayı kitaplaştırdı ve bu günlere ulaştırdı. Hukuk Kurultayı 2000’in 4. Cildinde “Hukuk Eğitimi” başlıklı panelde yapılan tartışmaları, değerlendirme ve görüşleri okumak mümkün. Böylece 2000 yılındaki hukuk eğitiminin sorunlarına ve o günden bu tarafa hukuk eğitimi alanında geçirdiğimiz değişime, dönüşüme veya halen çözilemeyen sorunlara bu değerli eser sayesinde yakından bakma fırsatına sahibiz. Sonuçta ülkemizin hukuk eğitimi alanında geçirdiği dönüşümü bugünden geriye, 2000’li yıllara bakarak bir değerlendirme yapma fırsatı verdiği için bu Hukuk Kurultayı 2000 isimli eseri bizlere kazandıran herkese müteşekkirim.

Hukuk kurultayı 2000 kapsamında düzenlenen Hukuk Eğitimi paneli oldukça kıymetli konuşmacılara ev sahipliği yapmıştır.

Eğitim konulu paneli Oturum Başkanı olarak Milli Eğitim Bakanı Av. Metin Bostancıoğlu’nun yönetmesini oldukça isabetli ve anlamlı buldum. Bu işbölümünü, Hukuk Eğitimi konusunda yapılacak çalışmalara Milli Eğitim Bakanlığı’ndan da katkı ve destek beklendiği şeklinde yorumladım.

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Turgut Akıntürk’ün bir

panelist olarak Kurultayda olmaması eksik olurdu. Sayın Turgut Akıntürk konuşmasına “Sayın Bakanım” hitabıyla başlıyor. Oturum başkanı Sayın M. Bostancıoğlu ise “Benim Bakanlığım orada kaldı” diye burada siz değerli hocaların yanında kendisine “Bakanım” şeklinde hitap edilmesinden mahcubiyet duyuyor. Buradaki nezaketten, bilgiye ve ilme verilen hürmetten, hepimizin çıkaracağı dersler vardır diye düşünüyorum.

Diğer panelistler Prof. Dr. Aysel Çelikel (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi) ve Adalet Akademisinin fikir mimarı kıymetli hocamız Prof. Dr. Yaşar Karayalçın (Merhum- Ankara Ü. HF Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü)

Her biri akademisyen olan kıymetli hocalarımız hukuk eğitimi, o zamanki güncel sorunları etraflıca ele almışlar çözüm önerileri sunmuşlar. Ancak şunu söyleyebilirim: genel olarak hukuk eğitimi kapsamında tartışılan sorun ve konuların, işin doğası gereği mesleki eğitim için de kısmen de olsa geçerli olduğunu ifade etmek mümkündür.

2000’li yıllarda hukuk eğitimi sorunlarına baktığımızda aradan geçen 20 yıldan fazla süre çok önemli gelişmeler yaşadık. Buna rağmen, halen bir takım sorunların devam ettiğini ifade edebiliriz.

Kurultayda, Hukuk eğitimi ile ilgili olarak, hukuk fakültesi sayısı, (2000 yılında 19’u faal 23 fakülte), nitelikli öğretim görevlisi sayısının yetersiz olması, kalabalık sınıflar (konferans şeklinde dersler), öğretim metodu (anlatılanı dinle, not al, derse hazırlık yok, tartışma sınırlı, katılım yetersiz, bilgiyi özümseme fırsatı az, sorgulayan, araştıran, düşünmeye sevk eden bir sisteme duyulan ihtiyaç, ölçme değerlendirme sisteminde kolay kaçma (sözlü kalktı, test uygulanan dersler de var), öğrencilerde Türkçe bilgisinin, zayıf ve yetersiz olması, hukukta metot gibi derslere yeterince önem ve öncelik verilmemesi gibi temel sorunlardan bahsedilmiştir.

Ancak, Hukuk Kurultayında şimdikinden farklı olarak “mesleki eğitime” müstakil bir başlık olarak yer verilmemiştir. Bu programda “mesleki eğitimin” ayrı bir panel konusu olarak ele alınması, konuyu daha anlamlı ve kapsamlı bir şekilde tartışma imkân sağlamaktadır. Nitekim bugün biz hukuk eğitimi panelinde bu iki konuyu da masaya yatırmış olacağız. Bu nedenle Kurultay’ın temel ve alt başlıklarını belirleyen Ankara Barosu yet-

kililerine ve organizasyon komitesine teşekkür ediyorum.

Kıymetli katılımcılar,

Eğitim, genel olarak kişiyi yetiştirme ve geliştirme, kişilerin toplum hayatındaki yerlerini alabilmeleri için bilgi, beceri ve anlayış elde etmelerine, kişiliklerini geliştirmelerine yardımcı olmaktır. Esasen, yargı eğitimi ile bizler yargıda insan kaynağının niteliğinin artırılmasını böylece adalet sisteminin daha iyi işlemesini hedefleriz. Yargı eğitimi denince hedef kitle olarak, hakim ve savcılar ile avukatlar başta olmak üzere, icra müdürü, yazı işleri müdürü, katip, mübaşir ve ceza infaz kurumu personeli, hatta adli kolluk da kapsama dahildir.

Türkiye Adalet Akademisi olarak hakim ve savcı ile hakim ve savcı adaylarının eğitiminden sorumlu olduğumuz için hedef kitle olarak sadece bu grubun eğitimlerinden bahsedeceğiz.

Sistematiik olarak yargı eğitiminin bir alt başlığını oluşturan hakim ve savcılar ile adayların eğitimi, bir anlamda Adalet Yönetimi(Administration of Justice)nin konusudur. Adalet Yönetimi, eğitim yönetimini de barındıran bir üst kavram olarak yargı eğitimine de temas eder. İdari, mali ve bilimsel özerkliği ve tüzel kişiliğe sahip kurumsal yapısı ile Türkiye Adalet Akademisi, müstakil mevzuatı, lojistik altyapısı ve organizasyon kapasitesi ile kendisini yargı eğitimine adanmıştır.

Akademi'nin yargı eğitimi alanında yerine getirdiği en önemli fonksiyonlarından birisi, geleceğin hâkim ve savcılarını (adayları) meslek öncesi eğitimin bir parçası olarak, iki yıllık stajlarının toplam 7 ayında, kıdemli, tecrübeli meslek büyükleri ile yüksek mahkeme başkan ve üyeleri, bölge adliye ve idare mahkemesi başkan ve üyeleri, ilk derece hakim ve savcılar ile buluşturmak ve onlarla sistemli bir şekilde bilgi ve tecrübe paylaşımına zemin oluşturmaktır.

Gerçekten de mesleki eğitimin en önde gelen özelliği mesleği, yani işi bizzat ifa eden saha tecrübesi edinmiş ve mesleki bilgi ve birikimi aktarma arzusu ve kapasitesine sahip kişilerin Akademiye ders vermesidir. Her dönem için Akademi yargı birimlerinden hatta Adalet Bakanlığı HSK, Noterler Birliği gibi kurumlardan, Üniversitelerden ortalama 250 eğiticiye ev sahipliği yapmaktadır. Akademi meslek öncesi müfredatının, ders saati

bazında yüzde elliye yakını kendi öğretim elemanlarınca adaylara verilmektedir. Akademide tam zamanlı 19 hakim kökenli, 6'sı uzman olmak üzere 25 öğretim elemanı istihdam etmektedir.

Bu eğitimciler her dönem için hazırlanan müfredat çerçevesinde kendi uzmanlık alanlarında ve kendilerine ayrılan sürede Akademide adayları hâkimlik ve savcılık mesleğine hazırlamaktadır. Akademinin meslek öncesi eğitim müfredatı, günün ihtiyaçları, güncel mevzuat, uluslararası iyi uygulamalar yüksek mahkeme içtihatları da göz önünde tutularak 2021 Meslek Öncesi Eğitim İhtiyaç Raporu ile geliştirilerek yenilenmiştir.

Güncel müfredat doğrultusunda, adli ve idari yargıda 6 ana başlık altında, 65 ders verilmektedir. Bu başlıklar şunlardır:

1-CEZA HUKUKU UYGULAMALARI (153 saat hazırlık eğitimi dönemi +186 saat son eğitim dönemi =toplam 339 saat)

2-ÖZEL HUKUK UYGULAMALARI (42+183=225 saat)

3-ANAYASA VE İNSAN HAKLARI HUKUKU UYGULAMALARI(18+6=24 saat)

4-ULUSLARARASI ADALET UYGULAMALARI (6 saat)

5-KİŞİSEL GELİŞİM UYGULAMALARI (36 saat)

6-ADALET YÖNETİMİ UYGULAMALARI (24 saat)

İdari Yargı alanında da bu başlıklardan ceza ve özel hukuk dışında idari yargı uzmanlık alanları ile birlikte diğer başlıklar uygulanmaktadır. Bu alanda toplam ders saati sayısı 264 saat hazırlık dönemi eğitimi ve 378 saat son eğitim dönemi olmak üzere toplan 442 saattir.

Burada önemine binaen Kişisel Gelişim derslerine özellikle değinmek isterim.

Akademide bu başlık altında 30 saate yakın adaylara anlatılan dersler/seminerler şunlardır:

-Protokol ve Görgü kuralları

-Türk Yargı Kültürü

- Adalet Bilinci
- Hukuk ve Toplum
- Kararların Dili
- Mesleki Yazışma Uygulamaları
- Hukukta Yöntem
- Adalet Psikoloji
- Mesleki İletişim
- Mesleki Yaşam ve Kişisel Gelişim

Bu çerçevede, eğiticisi olduğum “Mesleki Yazışma ve Uygulamaları” seminer dersi kapsamında, interaktif bir yöntemle uyguladığım yazma pratiğini sizlerle paylaşmak isterim.

Hazırlık eğitimi döneminde toplan 3 saat olan bu ders, hâkim ve savcı adaylarının, adli konular dahil, resmi ve özel yazma becerilerini geliştirmelerini hedeflemektedir.

Mesleki Yazışma Uygulamaları dersinde yapılan uygulamalardan birisi adayın hakimlik sınavını kazanmadan önce staj yaptığı veya çalıştığı avukatlık bürosunda edindiği bilgi ve birikim ile mesleki tecrübe için avukat meslektaşına teşekkür mektubu uygulamasıdır. Akademide hazırlık eğitimi döneminde adaylara uygulamalı yazma eğitimi verilmekte olup, bunlardan birisi Teşekkür/Veda Mektubu uygulamasıdır. Bu derste adaylara, yazma konusu ile birlikte yazma becerilerini geliştirmek üzere bir takım pratik ve yol gösterici ilkeler verilmektedir.^[2]

[2] Not: Kurgu mektup uygulaması için adaylara verilen rehber metin şu bilgileri içerir:

Konu: Hakim adayı olarak görev yapmadan Avukat...’ın yanında 1 yıl çalışarak önemli bir iş tecrübesi edindim. Birkaç farklı davada, dava ve cevap dilekçesi, şikayet ve savunma dilekçesi kaleme aldım. Dilekçe yazmanın önemini burada öğrendim. Avukatlık ofisinde müvekkiller ile iletişim hakkında öğrendiklerim bana hayatım boyunca önemli bir rehber olacak.

Böylece hakim ve savcı adayının, hem yazma becerisinin uygulamalı olarak gelişmesi hem de şükran duygusunu ifade etmenin önemini bir tatbikat üzerinden idrak etmesi beklenmektedir. Veda/teşekkür mektubu uygulanan sınıfta, 6'şar adaydan oluşan çalışma grupları birer mektup yazmakta ve ders sonunda bu mektuplar okunarak bunların güçlü ve güçlendirilmesi gereken yönleri sınıfta tartışılmaktadır.^[3]

Avukat olarak bu süreçte adliye de hakim ve savcılar ile de temasım oldu. Bu süre zarfında gözlem ve tecrübelerim şimdi çok işime yarayacak. Hakim ve savcılar ile iletişimde zorlandığımda Avukat Bey/Hanım bana çok yardımcı oldu ve bazı ipuçları verdi.

Şimdi hakim adayı olarak bu kazanımlarımın değerini daha iyi anlayabiliyorum.

Tatmin edici bir ücret almamış olabiliriz. Ancak kazandığımız bilgi ve tecrübe paha biçilemez.

Hakim adayı olarak avukatlık ofisinden ayrılırken bir veda / teşekkür mektubu ile duygu ve düşüncelerimizi ifade etmek uygun olacaktır.

Mektup muhatap avukata takdim edilecek.

Mektup yazarken nelere dikkat etmeliyiz?

A-) İçerik Bakımından;

1- Kişi ifadelerden kaçınılmalı.

2-Mektup metninden nezaket, samimiyet hissedilmeli. Olabildiğince pozitif bir dil kullanılmalı. Kuru/ renksiz/ cansız duygusuz cümleler mektup dili olmamalı. Ancak abartılı ifadelerden de kaçınılmalıdır.

3-Argümanlarımızı (duygu ve düşüncelerimizi) somut/spesifik örnek/detay ile destekleyebiliriz.

4- Hayal gücümüzü kullanmaktan çekinmeyelim.

B-) Uslup/ Şekil bakımından;

1-Hitap bölümü ile giriş, gelişme ve sonuç bölümlerinden oluşacak

2-Giriş bölümü ve sonuç bölümü birer cümle olabilir. Ancak gelişme bölümü en az 3 cümle olacak.

3-Giriş bölümünde genel olarak bu mektubu kaleme alma amacımızı “neden böyle bir metin yazma/ konuşma yapma ihtiyacı hissettim” sorusunun cevabına yer verilir.

4-Uzunluk olarak 12 punto ile yarım sayfayı biraz geçebilir. (Makul uzunluk)

5-Uzun cümlelerden kaçınılmalı (4 satırı geçen cümle uzundur)

6-Mektup yazarken, müzekkere/talimat/duruşma tutanağı veya gerekçeli karar gibi hukuki bir metin yazmadığımızı aklımızda tutalım.

[3] *Değerli Meslek Büyüğüm,*

Hayalim olan hakimlik mesleğine girmiş olduğum bu mutlu günümde sizlerin yanından ayrılacak olmamın da hüznü içerisindeyim. Bundan tam 1 yıl önce hukuk fakültesinden yeni

Gerçekten de minnettarlık hukukçular olarak daha fazla aklımızda tutmamız gereken bir duygudur. “Minnettarlık, mutluluğa giden iyi bir yoldur” der İrlandalı emekli hakim Gillian Hussey, “Kürsüden Dersler” (Lessons From The Bench) isimli otobiyografisinin sunuş-teşekkür bölümünde. İrlanda’nın ilk kadın ceza hâkimlerinden Hussey, bu eserinde hukukçular başta olmak üzere tüm dünyaya anlamlı mesajlar veriyor. İleri yaşlara ulaştığınızda önünüze iki seçenek çıkar; biri, “Minnettarlık”, diğeri ise “Pişmanlık” Hayatımızda teşekkür edeceğimiz çok şey var ama biz çoğu zaman bunların farkına varmayız veya çok geç farkına varırız.

28 Haziran 2022 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7413 sayılı Kanun, 2802 sayılı Kanunun çeşitli hükümlerinde getirdiği değişiklikler ile adaylık sisteminden hâkim ve savcı yardımcılığı sistemine geçilmiştir. Söz konusu kanun değişikliği, hakim ve savcıların Türkiye Adalet Akademisindeki meslek öncesi eğitimlerinde önemli yenilikler getirmiştir. Bu Kanun ile getirilen yeniliklerden kısaca bahsetmek isterim.

mezun olmuş, mesleğe ve hatta hayatın gerçeklerine dair pek bir fikri olmayan benim, sizin gibi bir meslek üstadına ve bundan da öte bir ağabeye tesadüfetmem şahsım için tarif edilemez bir bahtiyarlık.

Önceleri büyüklerim derdi ki bir şeyi bilmekle, bildiğin şeyi yaşamak bambaşka şeylerdir. Yaşamadan tecrübe edemezsin ve tecrübe edemedikçe büyüyemezsin. İşte kıymetli ağabeyim yanınızda olduğum süreç zarfında büyümek noktasında attığım her adımda yanımda oldunuz. Belki de yapmamam gereken hukuk fakültesi mezunu bir gencin düşmemesi gereken yanlışlara düştüğümde kızmadınız, yadırgamadınız. Ben sendeledikçe siz tuttunuz. Mesleki olarak bana kattıklarınız paha biçilemez ama en mühimi bu mesleği yapmakta en kıymetli şey olan saygı denen o yüce olguyu hayatımda mihenik taşı yapmamı sağladınız. Hatırlar mısınız adliyeye ilk gideceğim zaman hakim ve savcılarla muhatap olacağım için bir heyecan içerisindeydim. Onlara nasıl davranmam gerektiğini size sorduğumda “Hayatta herkesin bir vazifesi vardır. Kimimiz manav, kimimiz kuaför,... Bizse birer hukukçuyuz. Her şeyden evvel bir insanız. İnsan denen varlık zaten başlı başına saygıya layık değil midir? Sen, herkese olduğu gibi hakime ve savcıya da saygıyla davranacaksın. İşin ne ise onu yapacaksın. Söylemen gerekeni lisan-ı münasip ile söyleyeceksin. Baktın ki sen saygının korunmasına rağmen hakim bunu anlamıyor, devletin hatrına yine de üslubunu bozmayacaksın. Yapılması gereken her ne ise hukuk ile halledileceksin.”

İnanıyorum ki makamlar arazdır, aslolan cevherdir. Hayatıma ışık tutacak olan bu 1 yıl için sizlere müteşekkirim. Hayatımın geri kalanında da engin tecrübe ve insanlığınızla yoluma ışık tutmaya devam edeceğinizi ümit ediyorum.

Saygılarımla...

Yeni sisteme adını veren yardımcılık, aday yerine geçen bir kavram olmanın ötesinde bir takım anlamlar da barındırmaktadır. Öncelikle yardımcılık sistemi adaylık sistemine göre mahkemeler savcılık gibi adli birimlerde daha aktif bir çalışmayı gerektirmektedir.

Hakim adayı kavramı bu Kanun ile tarih oldu: Hakim Yardımcısı ve Savcı Yardımcısı kavramı var artık.

Hakim ve savcılık stajı 2 yıl sürerken, bu süre yardımcılıkta 3 yıla çıktı. Söz konusu sürenin 2 yıldan 3 yıla çıkması en esaslı değişimlerden birisi olarak yargı eğitiminde belirleyici bir rol oynayacaktır. 3 yıllık sürenin bir kısmı 4 ayrı dönem halinde Akademide geçecektir. Hâlihazırda 3 ay hazırlık, 4 ay son dönem eğitimi olmak üzere toplam 7 aylık bir süre Akademide geçerken bu süre; temel eğitim dönemi 3 ay, ara dönemler 2’şer aydan 4 ay, son dönem 3 ay olmak üzere toplam 10 aya çıkmıştır. Dolayısıyla yeni sistemde hakim ve savcı yardımcısı neredeyse 1 yıllık süresini Akademide geçirecektir.

Kurumsal anlamda da esaslı değişim gerçekleşti. Hakim ve Savcı Yardımcısı “Staj” yapmayacak, “Çalışacak” tır. Dolayısıyla, staj yerine Yardımcı görev döneminde yani, Akademideki eğitim dönemi dışındaki sürede çalışacaktır.

En önemli değişimlerden birisi meslek öncesi mahkemelerdeki çalışmalarının kalitesini verimini artırmak üzere yapılan yeniliktir.

Buna göre bir mahkemede aynı anda en fazla 2 yardımcı görev alabilecektir. Hâlihazırda savcılık ve mahkemelerde ve sonuçta özellikle büyük şehir adliyelerinde bir yığılma ve yoğunlukla karşılaşıyorduk. Söz konusu değişiklik ile bunun önüne geçilmiştir.

Son olarak eğitimcilerden bahsetmek isterim:

Hakim ve savcı yardımcılarının yanlarında görev yaptıkları adliyelerde BAM ve Yargıtay’da (İdari Yargı için BİM ve Danıştay) hakim ve savcılar eğitici (mentor) olarak adlandırılmaktadır. Eğitimciler, mesleki başarı, tecrübe ve bilgi birikimi bakımından temayüz eden istekli hakim ve savcılar arasından seçilir. Eğitimciler Adalet Bakanlığı ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından eğitim verilecektir. Böylece yardımcılarının, kürsüde çalışırken

muhatap olacakları hakim ve savcılarının özenle belirlenmesi ve onlara eğitim verilmesi gibi hususlar getirilmiş olup yardımcılarının mesleğe hazırlanmalarında bir anlamda işi şansa bırakmama ilkesine göre hareket edilmektedir.

Sonuç olarak; hakim ve savcı yardımcısı, adliyelerde nezdinde görev yaptıkları eğitici hakim ve savcının adli görevlerini yerine getiren ona bu görevlerinde yardımcı olan bir fonksiyon icra etmektedir. Yardımcılık sistemi bir yönüyle adaylık sisteminin güçlendirilmiş bir şekli olarak da ifade edilebilir.

Hakim ve savcı yardımcılık dönemi üç yıl olarak öngörülmüştür. Hakim ve savcı adaylığı sisteminde bu süre iki yıldır. Hakim ve savcılık sınavını kazanan bir kişinin staj ve eğitim süresini tamamlayarak göreve başlayabileceği sürenin iki yıldan üç yıla çıkarılması tek başına önemli bir değişikliktir.

Her meslekte olduğu gibi yargı mensupları bakımından da yaşa bağlı olgunluğun mesleğin icrasında ihtiyaç duyulan bir unsur olduğu kabul edilmektedir. Yeni sistemde hâkim ve savcılık mesleğine başlamadan önce eğitim ve çalışma şeklinde geçirilecek sürenin bir yıl daha artırılmış olması olumlu bir gelişmedir.

Yardımcılık sisteminde Hakim ve Savcı Yardımcısı göreve başlar başlamaz Akademide 3 aylık temel eğitime alınacaktır. Adaylık sisteminde ise aday, sınavı geçtikten sonra ağır ceza merkezlerinden birinde staja başlamaktadır. Ancak yardımcılık sisteminde temel eğitim öncesinde herhangi bir çalışma veya görev öngörülmemiştir.

Son bir esaslı değişiklik de ölçme değerlendirme sisteminde olmuştur. Adaylık sisteminde hakim aday 2 yıllık stajının sonunda Akademideki 4 aylık son eğitim dönemini takiben bitirme sınavına alınmaktadır. Yardımcılık sisteminde ise sınav sayısı -bütünleme sınavı hariç- 4'e çıkmıştır. Akademideki her eğitim dönemi sonunda bir sınav yapılacaktır. Bu da yardımcıları sürekli bir çalışma ve sınav temposu içine sokacaktır. Hakimlik ve savcılık mesleği diğer mesleklere kıyasla daha fazla çalışma ve daha yoğun bir iş temposunu zorunlu kılmaktadır. Bu yüzden kura çekip kürsüye gidene kadarki 3 yıllık sürenin dolu dolu geçirilmesinde büyük yarar bulunmaktadır. Hakim ve savcı yardımcılığı sisteminin bu bakımlardan adalet alanında insan kaynağı niteliğini artıracak tarihi bir reform niteliği

taşıdığını ifade etmek isterim.

Yargı eğitiminin diğer önemli bir bileşeni meslek içi eğitimidir. Hakimler ve Savcılar Kurulu ile işbirliği halinde Türkiye Adalet Akademisi, yıllık eğitim planları çerçevesinde kürsüde görev yapan yargı mensuplarının eğitimleri için önemli çalışmalar yürütmektedir.

Son yıllarda karşı karşıya kaldığımız bir takım gelişmeler de bu eğitimin önem ve ihtiyacını daha da artırmıştır. Türk Yargı Teşkilatı nispeten genç hakim ve savcılardan oluşmaktadır (% 45'i 5 yıldan az kıdem, %70'i 10 yıldan az kıdeme sahip).

Ticari, ekonomik ve kültürel-sosyal alanlardaki gelişmeler, uyumsuzlukları hem çeşitlendirmekte hem de bunların çözülmesini daha güç hale getirmektedir. Bunun sonucu olarak adalete güvenin tesisi için hukukta uzmanlaşmaya duyulan ihtiyaç daha artmıştır. Bu durum ise hem savcılıklarda hem de mahkemelerde etkili bir işbölümü uygulamasını zorunlu kılmaktadır (siber suçlar sınır aşan suçlar, uluslararası adli yardımlaşma, yolsuzlukla mücadele, Anayasal suçlar, çocuk, aile, aile içi şiddet suçları, dolandırıcılık, sigorta, tüketici vb gibi).

Eğitimde Dijitalleşme-Yapay Zeka gibi konularda kaydedilen gelişmeler, UYAP'ın gittikçe artan uygulama alanı yargı eğitiminde bir takım yeni eğitim yöntemlerini günlük hayatımıza sokmuştur. Yüz yüze eğitim yanında, dijital eğitim diyebileceğimiz online (uzaktan eğitim) eğitim yöntemi, neredeyse her konuda ve her an ulaşılabileceğimiz vazgeçilmez bir kaynak olarak yargı eğitiminin ayrılmaz bir parçası olmuştur.

23.06.2022 tarihli ve 7413 sayılı Kanunun 5 inci maddesi ile 2802 sayılı Kanunun birinci sınıfa ayrılma şartlarını düzenleyen 32 nci maddesine bir fıkra eklenerek, en az üç meslek içi eğitim programına katılmış olmak bir terfi şartı olarak öngörülmüştür. Böylece, yargı eğitiminde kısmen olsa zorunlu eğitim hayata geçmiştir.

Son olarak, bireysel başvuru, temel haklar ve insan hakları alanında güncel gelişmeler ve bu doğrultuda adli yargılanma hakkı ve gerekçeli karar hakkının artan önemi, göç/mülteci, çocuk kadın aile gibi konularda yargı birimlerinin sorumluluğu daha da artmaktadır. Ayrıca, kırılgan gruplar (kadın, çocuk, engelli vb.) mağdur hakları kavramı, alternatif çözüm

yöntemleri gibi hususlar bizleri yargı eğitimi alanında daha fazla hassasiyet göstermeye teşvik etmektedir.

Bu sorunlara getirilen modern uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin artan önemi dolayısıyla yargı eğitiminde bu yeni konu ve yaklaşımların; planlı, kapsamı, düzenli ve sürekli bir eğitim programı çerçevesinde uygulanması adalete olan güveni artıracaktır.

Sonuç olarak, hakim ve savcıların eğitime yatırım adalete yatırımdır, yargı eğitimi; adalete olan güveni doğrudan artıran bir vazgeçilmez bir araçtır.

Ankara Barosunun ev sahipliğinde gerçekleşen bu Kurultay'ın düzenlenmesinde emeği geçen herkese buradan teşekkürlerimi sunuyorum, tüm katılımcıları saygı ile selamlıyorum.

Türkiye’de Hukuk Eğitim Sisteminin “Eğitim Bilimleri” Bakış Açısı İle Değerlendirilmesi ve Bazı Öneriler

İnayet AYDIN

ÖZ

Bu çalışmanın temel amacı Türkiye’de hukuk eğitiminin eğitimde sistem yaklaşımı” açısından işleyişinin gözden geçirilmesi ve “eğitim bilimleri” yöntem ve ilkeleri çerçevesinde amaç, kapsam, yöntem ve değerlendirme boyutları ile ele alınmasıdır. Diğer yandan hukuk eğitimi uygulamalarının çeşitli sorunlarının irdelemesi ve bazı çözüm önerileri sunulması da çalışmanın diğer amacını oluşturmaktadır.

Bütün toplumların temeli hukuktur ve hukuk eğitiminin amacı da geleceğin hukuk profesyonellerine adil bir toplum inşa etmek ve sürdürmek için gerekli bilgi, beceri ve tutumları kazandırmak olmalıdır. Bu kapsamda en genel anlamda hukuk eğitimi bireylerin hukuk ilkeleri, uygulamaları ve teorisi konusunda hizmet öncesinde ve hizmet içinde eğitilmesi olarak tanımlanabilir.

Bu çalışmada yurtdışındaki çeşitli örnekler de incelenerek hizmet öncesi ve hizmet içi boyutlarında daha aktif, eleştirel düşüncüyü geliştirici, gerçeklik şokunu azaltacak biçimde, mesleki formasyonun gerektirdiği becerileri geliştiren, mesleki ve etik tutum ve değerleri kazandırmaya yönelik bir hukuk eğitiminin nasıl yeniden kurgulanabileceği, eğitim bilimlerinin kavram, yöntem ve verileri ışığında ele alınmış ve bazı çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler:

hukuk profesyonelleri-
nin sürekli gelişimi

hukuk eğitiminde sistem
yaklaşımı

hukuk eğitimi

hukukta hizmet öncesi
yetiştirme

hukukta hizmet içi eği-
tim

Assessment Of The Legal Education System In Türkiye From The Perspective Of “Educational Sciences” And Some Recommendations

ABSTRACT

The main purpose of this study is to review the functioning of legal education in Turkey in terms of “system approach in education” and to examine its purpose, scope, method and evaluation dimensions within the framework of “educational sciences” methods and principles. On the other hand, the other aim of the study is to examine various problems of legal education practices and to offer some solutions.

The foundation of all societies is law, and the goal of legal education should be to impart the necessary knowledge, skills, and attitudes to the future legal professionals in order to build and maintain a just society. In the broadest sense, legal education can be defined as the pre-service and in-service training of individuals in the principles, practices, and theory of law.

In this study, by examining various examples from abroad, the question of how legal education can be reconstructed to be more active in pre-service and in-service dimensions, to develop critical thinking, to reduce the shock of reality, to develop the skills required for professional formation, and to gain professional and ethical attitudes and values is discussed in the light of the concepts, methods and data of educational sciences and some solutions are presented.

Keywords:

pre-service training in
law

in-service training in law

legal education

continuous develop-
ment of legal professio-

system approach in legal
Education

GİRİŞ

Bütün toplumların temeli hukuktur ve hukuk eğitiminin amacı da geleceğin hukuk profesyonellerine adil bir toplum inşa etmek ve sürdürmek için hukuk disiplininin çeşitli alanları ile ilgili gerekli bilgi, beceri ve tutumları kazandırmak olmalıdır. Bu kapsamda hukuk eğitimi, bireylerin hukuk ilkeleri, uygulamaları ve teorisi konusunda hizmet öncesinde ve hizmet içinde eğitilmesi olarak tanımlanabilir. Hukuk profesyonellerinin yetiştirilmesi, bir ülkenin yargı sisteminin etkili bir şekilde işleyebilmesinin de teminatıdır.

En genel anlamda eğitim, “bireylerde kendi yaşantıları yolu ile istendik davranış değişiklikleri meydana getirme sürecidir.”^[1] Diğer bir deyişle eğitim, öğrenmeyi kolaylaştırma yoluyla bilgi, beceri ve tutumların edinilmesi sürecidir. Hukuk eğitimi de hizmet öncesi ve hizmet içi eğitim olmak üzere iki boyutta ele alınmalıdır.

Hizmet öncesi eğitim olarak adlandırılan ve mesleğe girmeden önceki lisans eğitimi dönemini kapsayan *yetiştirme eğitimi*, “bir bireyin, belirli bir iş veya görevi yeterli bir biçimde yerine getirebilmesi için gerekli olan bilgi, beceri ve tutumların sistematik biçimde kazandırılmasıdır.”^[2] Hâkim, savcı, avukat, noter gibi meslek profesyonellerinin yetiştirilmesi özel olarak ele alınması gereken bir konudur.

Diğer yandan mesleğe girdikten sonra başlayan *hizmet içi eğitim*, “**özel ve tüzel kişilere ait işyerlerinde belirli bir maaş ya da ücret karşılığında işe alınmış ve çalışmakta olan personelin, görevleri ile ilgili bilgi, beceri ve tutumları kazanmalarını sağlamak üzere yapılan eğitimidir.**”^[3] Çalış-

[1] Selahattin Ertürk. Eğitimde Program Geliştirme. (Ankara: Hacettepe Üniversitesi Basımevi, 1972).12.

[2] Michael Armstrong, Armstrong’s Handbook of Human Resource Management Practice. (13th ed. Philadelphia: Cogan Page, 2014), 284.

[3] Haydar Taymaz. Hizmet İçi Eğitim. Ankara: PEGEM, 1992. 4.

şan her bireyin işe başladığı ilk günden, işten ayrıldığı son güne kadar hizmet içi eğitime katılması hem hakkı hem de ödevidir. Hizmet içi eğitimin amacı, deneme, yanılma süresinin ortadan kaldırılması ya da en aza indirilmesidir.

Bütün meslek elemanlarının mesleğe başladıktan sonra “geliştirme” eğitimlerinin sürekliliğinin sağlanması gereklidir. Geliştirme eğitimi, “meslek elemanlarının bütün bir meslek yaşamı boyunca yetenek ve potansiyelini sürekli geliştirmesine katkıda bulunan; bilgi, beceri ve yetkinliklerinin güncellenmesini sağlayan öğrenme ve eğitim deneyimleridir.”^[4] Geliştirme programları, aynı zamanda çalışanları mevcut iş ve konumlarının gerekliliklerinin ötesinde, kurumda gelecekte üstlenecekleri yeni rollerin gereklerine göre geniş bir bakış açısı ile eğitmek üzere hazırlandıkları programlardır.^[5] Bütün yargı mensupları için oryantasyon, temel, geliştirme, yükseltme ve özel alan eğitimlerinden oluşan sürekli ve ihtiyaçlara dayalı bir hizmet içi eğitim sisteminin işletilmesi çok önemlidir.

Gerek yetiştirme ve gerekse geliştirme eğitimi olsun bir eğitim programının dört önemli ögesi, amaç, kapsam, yöntem ve değerlendirme boyutlarıdır. Hukuk eğitiminde de öncelikle eğitim amaç ve hedeflerinin belirlenmesi önemlidir. Bu amaçlara uygun olarak öğretilecek içeriğin niteliği ve sınırları belirlenir. Ardından eğitim amaçlarına ulaşabilmek için gerekli müfredatın öğretiminde hangi yöntemlerin kullanılacağı belirlenmelidir. Son olarak yapılan eğitim ve öğretim çalışmaları ile belirlenen amaçlara ne kadar ulaşıldığının ölçülmesi ve değerlendirilmesi gereklidir. İşe ilişkin öğrenmeler ve mesleki eğitim tesadüflere bırakılmamalıdır. Bu bildirinin temel amacı Türkiye’de hukuk eğitimini “Eğitim Bilimleri” ilke ve yön-

[4] Armstrong, a.g.e. 284.

[5] James A.F. Stoner, Management. (New Jersey: Englewood Cliff/Prentice Hall Inc.,1982). 89.

temleri çerçevesinde amaç, kapsam, yöntem ve değerlendirme boyutları ile ele almak ve bazı temel sorunlar üzerinde durarak, çeşitli öneriler geliştirilmektir. Bu nedenle öncelikle hukuk eğitiminin amaç, kapsam, yöntem ve değerlendirme boyutları, sistem yaklaşımı bağlamında ele alınmıştır. Ardından hukuk eğitiminde yaşanan bazı sorunlar irdelenmiş ve çözüm önerileri getirilmiştir.

1. HUKUK EĞİTİMİNDE SİSTEM YAKLAŞIMI

Bir eğitim programı düzenlenmeden önce, bu eğitimin planlanması ve programlanması için gereken aşamalar özenle yerine getirilmelidir. Bu nedenle eğitim etkinliklerinin hangi eğitim ihtiyaçlarına dayalı olarak planlanacağı, hangi içerikteki bir program düzenleneceği, hangi eğitim yöntemlerinin kullanılacağı, eğitimin sonunda hangi kazanımlara ulaşıldığının nasıl ölçüleceği belirlenmeden eğitim çalışmalarına başlanmamalıdır. Eğitimin amaçlanan kazanımları gerçekleştirebilmesi için sistem bütünlüğü içinde ele alınması gereklidir. “Sistem, bir amaç için bir araya gelen parçaların, düzenli biçimde birbirine dayanarak ve birbirini etkileyerek oluşturduğu bir bütündür.”^[6] Eğitimde Sistem Yaklaşımı Modeli (ESYM), eğitim çalışmalarının etkili ve verimli olabilmesi için amaç, kapsam(içerik), yöntem ve değerlendirme boyutlarının etkili bir şekilde planlanması, uygulanması ve geliştirilmesi aşamalarından oluşan bir modeldir.^[7] Aşağıda bu aşamalar açıklanmıştır.

A. HUKUK EĞİTİMİNDE AMAÇ BOYUTU

Hukuk eğitiminin temel amacı, yetkin hukukçular yetiştirmektir. “Yetkinlik, bir işin görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmek için uygulanan

[6] İbrahim Ethem Başaran. Yönetim. (Ankara: Feryal Matbaası, 2000). 95.

[7] Wold Custom Organization. Training of Trainers Manuel. (WCO, 1995).

bilgi, beceri ve davranışların birleşimi, olgunluk ve mükemmeliyettir.”^[8] Diğer bir ifade ile yetkinlik “bir şeyi başarılı veya verimli bir şekilde yapma yeteneği olarak tanımlanabilir.”^[9] Bir eğitim programının planlanmasında ilk aşama, eğitim programı sonunda katılımcıların kazanması arzu edilen yetkinliklerin belirlenmesidir. Bu aşama, niçin eğitim? Sorusuna yanıt aranan ve programın öğrenme amaç, hedef ve kazanımlarının belirlendiği aşamadır.

Yetiştirilecek hukukçu adaylarında bilgi, beceri, tutum ve alışkanlıklar boyutlarında bulunması istenen özellikler, eğitim programının hedeflerini oluşturmaktadır. Bir başka ifade ile hedef belirleme, eğitimin sonunda bireylere kazandırılmak istenen niteliklerin yazılı hale getirilmesidir. Böylece eğitim çalışmalarında izlenecek yol belirlenmiş olmaktadır. Hedef, eğitici-nin amacını ortaya koyan bir ifade tarzıdır. Kazanımlar ise eğitimin sonunda öğrencilerin elde edecekleri çıktıları ifade etmektedir.

Profesyonel hayata yeni başlayan tüm meslek elemanları öncelikle bir “gerçeklik şoku” yaşamaktadırlar. “Gerçeklik şoku, bir mesleğe ilk kez başlayan kişilerin okulda öğrendikleri ile gerçek yaşamda karşılaştıkları durumların birbirinden farklı olması nedeniyle yaşadıkları şaşkınlık, hayal kırıklığı ve yetersizlik duygusudur.”^[10] “Meslek öncesi beklenti ve öğrenilenler ile mesleğe başladıktan sonra yaşanan gerçeklik arasındaki uçurumdan kaynaklanan duygular, genç profesyonellerin performansı ve motivasyonu üzerinde olumsuz etkiler yaratmaktadır.”^[11] Hukuk eğitiminin amacı,

[8] İnayet Aydın. Kamu ve Özel Sektörde Hizmet İçi Eğitim El Kitabı. (Ankara: Pegem Akademi.2021). 48.

[9] Collince Dictionary. https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/competence#google_vignette

[10] İnayet Aydın. Türkiye’de Adalet Akademisi Eğitici Eğitim E Kitabı. (Council of Europe/Avrupa Konseyi <https://rm.coe.int/tr-metodoloji-el-kitab-web/1680a9acd9?>). 3.

[11] İbid.3

hukuk profesyonellerine mesleki uygulamalarını etkili biçimde yerine getirebilecekleri yeterliklerin en üst düzeyde kazandırılmasını sağlamaktır.

Yeterlik, bir mesleği etkili şekilde icra edebilmek için gerekli bilgi, beceri ve tutumlardan oluşur. Tüm diğer alanlar gibi hukuk eğitiminde de ancak bilgi, beceri ve tutum boyutlarında gerekli niteliklerin kazandırılması ile yetkin profesyonellerin eğitimi sağlanabilir. Aşağıda hukuk eğitiminin bilgi, beceri ve tutum kazandırma amaçları ele alınmıştır.

1- Hukuk Eğitiminin Bilgi Kazandırma Amacı

En genel anlamda bilgi, “bireyin karşılaştığı durumları irdelemek, anlamak, kendini anlatmak, durumların gerektirdiği eylemlerde bulunmak için kullandığı kazanılmış düşüncelerdir.”^[12] Bir uygulama için öncelikle gerekli olan temel bilgilerin elde edilmesi gereklidir. Hukuk eğitiminde hukuki terminolojinin, hukuk disiplinine ilişkin bilgilerin, teorik çerçevenin, usul ve süreçler hakkındaki kazanımların elde edilmesi için nitelikli ve öğrencilerin aktif olarak içinde yer aldığı bir hukuk eğitimi çok önemlidir.

2- Hukuk Eğitiminin Beceri Kazandırma Amacı

Eğitimde beceri kazandırma boyutu, öğrenilenlerin uygulamaya transfer edilmesi açısından çok önemlidir. Bilmek, yapmak için yeterli değildir. Beceri, “bir davranışın ustalıkla ve kolaylıkla yapılabilmesi” anlamına gelir.^[13] Hukuk eğitimi alan bireylerin bilgisini performansa dönüştürebilmesi, bir şeyi yetkin bir şekilde yapabilmesi için sadece bilgi sahibi olması yeterli değildir. Hukuk bilgisini kullanarak adil yargılama süreçlerini, müvekkilin savunulmasını ya da iddia makamı olarak yerine getirilmesi gereken becerileri etkili biçimde sergileyebilmesi için gerekli uygulama deneyimini

[12] İbrahim Ethem Başaran. Örgütsel Davranış. İnsanın Üretim Gücü. (Ankara: Gül yayınevi. 2008). 166.

[13] İbid,166.

de kazanmış olması gereklidir. Eğitimde psikomotor-fiziksel beceriler ve entelektüel-zihinsel beceriler olmak üzere iki tür beceri kazandırma hedeflenebilir. Psikomotor beceriler, bireylerin yapmaları gereken fiziksel aktiviteleri, koordineli hareketleri, el becerileri ile yapılması gereken işlemleri kapsar. Entelektüel ya da zihinsel beceriler ise sınıflandırma, kural izleme, ayırt etme ve problem çözme olarak dört ana grupta ele alınabilmektedir.^[14]

Bir hukukçu olarak belge hazırlama, dosyalama prosedürleri, mahkeme protokolleri ve hukuki araştırma ve vaka yönetimi için kullanılan yazılımlara aşina olmayı gerektiren becerilerin etkili biçimde kazandırılması çok önemlidir. Ayrıca mahkeme süreçlerinde müvekkillerle iletişim becerileri gibi sosyal beceriler ve yargı portallarının kullanımı için gerekli teknolojik beceriler de hukuk eğitiminin vazgeçilmez bir unsuru olarak görülmelidir.

3- Hukuk Eğitiminin Mesleki Tutum, Alışkanlık ve Etik Değerleri Kazandırma Amacı

Hukuk eğitimi aynı zamanda hem mesleki hem de etik tutum ve değerlerin kazandırılması gereken bir alandır. Hukuk sisteminin kalitesi, hukukçuların kalitesine bağlıdır. Sadece iyi bir hukuk bilgisine sahip olmak ya da hukuki süreçlerde becerikli olmak hukuk sisteminin etkili biçimde işlemesi için yeterli değildir. Güvenilirlik, dürüstlük, tarafsızlık gibi etik değerlere sahip hukukçuların olmadığı bir sistemde adaletin tecellisi tam olarak gerçekleşemez.

Tutum, “bir insanın karşılaştığı bir durumu kabul ya da reddetmesine dönük, takındığı niyet, gösterdiği eğilim ve etik değerler” olarak tanımlanabilir.^[15] Bağımsız, tarafsız ve dürüstlüğü tartışmasız olan bir yargı, hukukun üstünlüğüne ve adalete uygunluğu sağlayan temel bir kurumdur.

[14] Aydın, a.g.e. 112.

[15] Başaran. A.g.e. 166.

Özgürlük, adalet ve eşitlik gibi tüm toplumun kaderini belirleyen evrensel değerler, ancak iyi işleyen bir yargı sistemi ile korunabilir. Yargı görevinin hakkıyla yerine getirilebilmesi için gerekli olan adalet standartlarının hayata geçirilmesi de mesleki ve etik tutumları gelişmiş, etik farkındalığı yüksek, etik cesaretini koruyabilen hukukçularla olanaklıdır.

İnsan tutum ve davranışlarının altında insanın niyetleri yatar. Bu niyetler kişiyi belli eylemlerde bulunmaya yönlendirir. Her eylemin de doğurduğu bir sonuç olacaktır.^[16] Hukuk eğitimi sürecinde, hukukçu adaylarının kendi ahlaki kabullerini eleştirel olarak analiz etmesi, değerlendirilmesi, gerekiyorsa değiştirmesi ve kişinin kendi tutumunun başkalarının yaşamı **üzerindeki etkilerini araştırması, etik farkındalığın bileşenleridir.**^[17] Etik farkındalık, bireylerin kendi ön yargılarının ve basmakalıp düşüncelerinin de farkında olmalarını ve bunlarla mücadele etmek için aktif olarak çaba göstermelerini gerektirir. Yargı etiği ilkelerinin tüm hukukçu adaylarına daha lisans öğrenimi süreçlerinde kazandırılması ve bu etik değer ve tutumların kendilerinin ve toplumun yaşamı üzerindeki yaşamsal etkileri hakkında bilinçlendirilmesi hukuk eğitiminin en önemli sorumlulukları arasında görülmelidir.

B. HUKUK EĞİTİMİNDE KAPSAM (İÇERİK) BOYUTU

Bir eğitim programının amaç, hedef ve kazanımları belirlendikten sonra bu amaçlara ulaştırabilecek bir eğitim içeriğinin belirlenmesi aşamasına geçilmelidir. Belirlenmiş amaçlara uygun olarak hukuk eğitiminde ele alınacak konulara karar verilmesi çok büyük bir özen ve planlama gerektirir.

[16] İnayet Aydın. Eğitim ve Öğretimde Etik. (13. Baskı. Ankara: PEGEM-A Yayıncılık, 2023).44.

[17] Nida Türegün. Ethical Awareness, Ethical Decision Making, and Transparency: A Study on Turkish CPAs in İstanbul. (Accounting from a Cross-Cultural Perspective. Asma Salman and Muthanna G. Abdul Razzaq /eds., 2018). <https://www.intechopen.com/chapters/61095>. 33.

Öğretilebilecek pek çok konunun içinden en gerekli olanlara karar vermede yani içerik önceliğinin oluşturulmasında *bilinmesi zorunlu olanlar, bilinmesi yararlı olanlar ve bilinse iyi olanlar* sırası izlenmelidir. Ayrıca hukuk eğitim programının içeriği oluşturulurken aşağıdaki hususlar da göz önüne alınmalıdır:

- Belirlenmiş olan hedeflerle tutarlı olmasına,
- **İçeriğin güncel olmasına,**
- Sistematik biçimde verilmesine,
- **Önceki bilinenler üzerine oturmasına,**
- Uygulanabilir ve kullanılabilir bilgiler olmasına,
- Gerekli ayrıntıları içermesine dikkat edilmelidir.

Hukuk eğitim programlarının kapsamının belirlenmesinde alan ve disiplin bilgisi, mesleki formasyon, genel kültür ve teknolojik yetkinliklere önem verilmesi yararlı olacaktır (Şekil 1).

Şekil 1: Hukuk Eğitim Programlarının Kapsamı

1- Alan Bilgisi (Özel Hukuk- Kamu Hukuku)

Alan bilgisi kapsamında hukuk eğitiminin içeriği genellikle aşağıdaki konulardan oluşmaktadır. Bu konulara güncel gelişmeler ışığında pek çok konu eklenebilmektedir.

- Avrupa Birliği Hukuku
- Deniz Hukuku
- **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku**
- Karşılaştırmalı Hukuk
- Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku
- Medeni Hukuk
- Roma Hukuku

- Ticaret Hukuku
- Milletlerarası Özel Hukuk
- Fikri Mülkiyet Hukuku
- Anayasa Hukuku
- Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
- Genel Kamu Hukuku
- Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi
- Hukuk Tarihi
- **İdare Hukuku**
- Mali Hukuk
- Milletlerarası Hukuk

2- Mesleki Formasyon (Hâkim-Savcı-Avukat-Noter- Arabulucu)

Mesleki formasyon, mesleki yeterlikleri yerine getirmek için gerekli olan ve profesyonel yaşamda uygulanması gereken bilgi ve becerilerin etkili biçimde kullanılmasına olanak tanıyan bir yeterlilik sonrası gelişme sürecidir. Hâkim, savcı, avukat, noter, arabulucu ya da uzlaştırmacı gibi görevleri yerine getirmek için o mesleğe ait beceri ve süreçleri uygun şekilde yerine getirme yeterliğinin elde edilmesi amacıyla gerek üniversite aşamasında gerekse meslek içinde hukukçular için çok iyi yapılandırılmış bir mesleki formasyonun kazandırılması gereklidir. Türkiye Adalet Akademisi ve Baroların üstlendiği görev, bu mesleki formasyon eğitimini sağlamaktır. Böyle bir formasyon eğitimi şu hususları kapsayabilir: Yöntem ve teknikler, analitik beceriler, uygulama becerisi, staj ve saha çalışmaları, karar verme, hukuki prosedürleri yerine getirme, meslek etiği, vb.

3- Genel Kültür, Entelektüel ve Kültürel Sermaye

Hukuk mesleği yaşamın her alanı ile ilişkili ve bilgili olmayı gerektiren bir alan görünümündedir. Bu karmaşık yapı hukukçuların hem entelektüel hem de kültürel sermayelerinin güçlü olmasını, iyi bir genel kültür

birikimi edinmelerini gerektirmektedir. Kültürel sermaye “okuma alışkanlıkları gibi kişiye özgü olan alışkanlık ve beceriler; kişinin resimler, kitaplar, sözlükler, aletler ve makineler gibi kültürel nesneleri kullanabilmesi; almayaya hak kazandığı diplomalar, başarı belgeleri ve sertifikalar gibi kazanım ve becerilerinin bütünüdür”.^[18] **Böylece kişinin içinde yetiştiği aile, gittiği okullar, yaşam tarzı, edindiği kültürel alışkanlıklar, sanat, kültür ve diğer alanlarla ilgilenme davranışları onların iş yapma biçimine etki etmektedir. Hukukçuların kültürel sermayesinin gelişmesinde katkısı olabilecek alanlar arasında şunları sayabiliriz: Edebiyat, sanat, bilim, kültür, psikoloji, iletişim, müzik, tarih, felsefe, spor vb.**

4- Teknolojik Beceriler (Dijital Okuryazarlık)

Günümüzde sadece bilgisayar kullanmak etkili bir teknoloji kullanımı anlamına gelmemektedir. Okuryazarlık kavramı, basılı kaynaklardan (kitaplar, dergiler, gazete makaleleri) bilgi okuyabilmeyi ve bunlardan bilgi alabilmeyi ifade ederken, dijital okuryazarlık kavramı bunun da ötesinde “dijital teknolojiler aracılığıyla bilgiye güvenli ve uygun bir şekilde erişme, bilgiyi yönetme, anlama, entegre etme, iletişim kurma, değerlendirme ve oluşturma yeteneğidir.”^[19] Çağdaş yaşamda hukuk mesleği bilginin nasıl araştırılacağını ve aranacağını bilmeyi, kaynakları doğrulamayı ve interneti ulusal ve uluslararası platformlarda içtihat ve kararları aramak için kullanma becerisini gerektirmektedir. UYAP gibi Yargı portallarının etkili kullanımı, teknolojik araçlardan tüm hukuki süreçlerde yararlanmak artık teknolojik becerileri zorunlu kılmaktadır. Diğer yandan yapay zekâ uygulamaları hukuki süreçlerde giderek daha fazla kullanılmaya başlanmıştır. Yapay zekâ çözümleri yasal inceleme-

[18] Seher Erdoğan. Okul yöneticilerinin kültürel sermaye düzeyleri ile okul kültürü arasındaki ilişki. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, 2019). 4.

[19] <https://unevoc.unesco.org/home/TVETipedia+Glossary/show=term/?term=Digital+literacy>

ler, belgeleri okumak ve özetlemek, açıklamak yasal belgelerdeki kalıpları, tutarsızlıkları ve gerekli kararları bulmak için kullanılabilir. Ayrıca teknolojik olanaklar tüm hukukçuların online kaynakları kullanarak mesleki gelişimlerini sürdürmelerinde de büyük bir katkı sağlamaktadır.

5- Mesleki Yabancı Dil Becerileri

Günümüzün küreselleşen dünyasında artık hukuk eğitiminde mesleki yabancı dil becerilerinin kazandırılması daha da önemli hale gelmiştir. Yabancı dil becerileri hukukçuların hem yabancı müvekkilleri kazanmasına yardımcı olmakta aynı zamanda da uluslararası hukuk alanında da güçlü, kendine güvenli ve başarılı olmalarına katkıda bulunmaktadır.

C. HUKUK EĞİTİMİNDE YÖNTEM BOYUTU

Eğitim programlarının “yöntem” boyutu, nasıl öğretmeliyiz? Sorusunun yanıtını verir. Öğrenme yaşantılarının seçimi yani öğretimde kullanılacak yöntemlerin belirlenmesi Eğitim etkinliklerinin başarısında belirleyici bir faktördür. Etkili bir öğretim, etkili bir planlama ile başlar ve en önemli planlama unsuru, öğretilecek konuya uygun öğretim yöntem ve stratejilerinin planlanmasıdır. **Eğiticiler konuya, katılımcıların özelliklerine, ortama ve zamana göre en uygun yöntemleri seçip kullanabilecek zengin bir repertuvara sahip olmalıdır. Aşağıda hukukçuların eğitiminde kullanılabilecek çeşitli yöntemlere yer verilmiştir.**^[20]

1- Öğretici Merkezli Yöntemler

Öğretici merkezli yöntemler, konu hakkında ön bilgisi olmayan kişiler için iyi bir başlangıç noktası yaratan ancak düşük düzeyli öğrenmede etkili olan yöntemlerdir. Aşağıda hukuk eğitiminde kullanılabilecek öğretici merkezli bazı yöntemler açıklanmıştır.

[20] Aydın, 2021, a.g.e. 48.

a) Konferans

Konferans yöntemi, konuşmacı olan kişi ya da kişilerin bir sunum yaparak bilgilerini paylaşımlarından oluşan bir yöntemdir. Konferans salonlarında düzenlenen toplantılarda katılımcı sayısı fazla olabilmektedir. Burada eğitici ya da konuşmacı aktif, katılımcı ya da dinleyiciler pasif alıcı durumundadır.

b) Sunum-Anlatım

Belirli bir konu hakkında insanlara bilgi sunmayı veya öğretmeyi amaçlayan sözlü bir sunumdur. Anlatma yöntemi, daha çok yorumlayıcı, açıklayıcı, belirtici ve aydınlatıcı özellikleri ile katılımcıların bir konuyu ayrıntıları ile öğrenmesinde önemini koruyan bir yöntemdir. Bir derse giriş yaparken, konuyu özetlerken ya da konuya ilişkin temel bilgileri aktarıırken kullanılmalıdır.^[21]

c) Gösteri

Gösteri yöntemi her düzeydeki becerilerin öğretilmesinde kullanılan etkili bir yöntemdir. İzleyici grubun önünde bir işin nasıl yapılacağını göstermek ya da ilkelerini açıklamak amacıyla eğitici ya da bir kaynak kişi tarafından uygulanır. Tüm katılımcıların gösteriyi izleyebilmesi ve rahatlıkla duyması, bilinmeyen yeni terimlerin açıklanması, katılımcılarda merak uyandırılması ve soru sormalarının sağlanması dikkat edilecek hususlardır. Gösteri yöntemi de anlatım gibi başka yöntemler ile kullanıldığında daha etkili olur. Genellikle a) gösteri öncesi planlama ve açıklama, b) gösterme, c) katılımcıya uygulama yaptırılması ve d) Uygulamanın denetimi ve değerlendirilmesi olmak üzere dört aşamadan oluşur. Bu nedenle “dört safha-

[21] Özcan Demirel. Planlamadan Değerlendirmeye Öğretme Sanatı. (Ankara: PEGEM A. 1999). 25.

lı metot” ismi de verilmektedir.

d) Soru- Cevap (Sokratik Diyalog):

Sokratik sorgulama, dikkatlice tasarlanmış sorular aracılığıyla öğretmenin öğrencilerde eleştirel düşünmeyi kolaylaştırmasını içerir. Yunan filozofu Sokrates, sorgulamanın öğrencilerin soruları mantıklı bir şekilde incelemelerini sağladığına inanıyordu. Bu yaklaşımda eğitici, dikkatlice hazırlanmış bir dizi aşamalı soru hazırlar ve katılımcıların bu sorulara cevaplar vererek ilgili konuyu tartışmasını sağlar.

2- Öğrenci Merkezli Yöntemler

Öğrenci merkezli yöntemler eğiticiden çok katılımcıların öğrenmede temel sorumluluğu üstlendiği ve aktif olduğu yöntemlerdir. Öğrenmeyi öğrenmek ve üst düzey düşünme becerilerinin geliştirilmesi açısından çok verimli yaklaşımlardır.

a) Ödev

Bir makale yazmak, örnek olay oluşturmak, bir araştırma projesi hazırlamak gibi ödevler, bütün eğitim çalışmalarının vazgeçilmez bir parçasıdır. Verilen ödevler ile hukuk öğrencileri önceki deneyimlerini, bilgi ve becerilerini sergileme olanağı bulabilirler. Bu tür ödevlerin mutlaka eğitici tarafından değerlendirilerek, geribildirimlerle birlikte öğrencilere iade edilmesi gereklidir.^[22]

b) Bilgisayar Destekli Eğitim:

Bilgisayar aracılığı ile katılımcılara video, CD ve başka uygulamalarla uyaran sağlanması ve katılımcıların tepkilerinin yine bilgisayar aracılığı ile

[22] Peter Jarvis. Adult and Continuing Education: Theory and Practice. (London: Routledge. 1995). 132.

analiz edilmesi ve katılımcılara geribildirim verilmesini içeren etkileşimli bir öğrenme yöntemidir.

c) Okuma Çalışması

Bu yöntemde kitap, makale, dergi, tez, gazete gibi yazılı materyaller ya öğrencilerin kendisi tarafından seçilir ya da eğitici tarafından verilerek, katılımcı tarafından okunması sağlanır. Okuma süreci tek ya da grup halinde olabilir. Öğrenciler okudukları metinlerden kısa notlar alabilirler. Okumanın en önemli yararı, öğrencilerin kendi hızına ve düzeyine göre sınıf içinde ya da sınıf dışında öğrenmesini gerçekleştirebilmesidir. Eğer katılımcıların okuması için gerekli metinler eğitici tarafından hazırlanacak ise çeşitli soru ve alıştırmaların da eklenmesi yararlı olacaktır. Bu kapsamda AİHM, AYM, Yargıtay Kararları gibi önemli metinlerin **öğrenciler** tarafından ders öncesinde okunması istenebilir.

d) Bir Uzmanla Mülakat

Öğrencilerden deneyimli bir hâkim/savcı/avukat ile eğitim gördükleri konular hakkında mülakat yapması ve elde ettiği bilgileri diğer **öğrenciler** ile bir grup çalışmasında paylaşması istenir.

3- Grup Merkezli Yöntemler

Grup merkezli öğretim yöntemleri, aktif katılım sağlaması, grup üyelerinin birbirlerinin görüşlerinden faydalanması, birlikte çalışma ve ekip ruhu geliştirmesi açısından çok yararlıdır.

a) Beyin Fırtınası

Beyin fırtınası yöntemi, bir konuya çözüm getirmek, karar vermek için öğrencilerin belli bir konuda düşünmelerinin ve fikir üretmelerinin sağlanmasında çok yararlı bir yöntemdir. Bu yöntemde bütün fikirler değerlidir ve fikirler herhangi bir sansüre tabi tutulmamalı, eleştirilmeme-

li ve yargılanmamalıdır. Özellikle bir konunun öğretiminin başında öğrencilerin var olan düşüncelerinin ortaya çıkarılmasında ve öğrenme için bir çerçeve çizilmesinde çok yararlıdır. Beyin fırtınası çalışmasının etkili olabilmesi için katılımcıların bazı kuralları iyi anlaması gereklidir. Bütün fikirlerin tartışmasız kabul edilmesi, öğrencilerin birbirlerinin fikirleri üzerinde yıkıcı yorum yapmamaları, fikirlerin sıra ile yazılması bu yöntemin temel ilkeleridir. Tüm fikirler belirlenen süre içinde sıralandıktan sonra bunlar üzerinde bir tartışma yapılarak çalışma tamamlanır.

b) Fısıltı Grubu

Fısıltı grupları iki ya da üç öğrenciden oluşan küçük grupların kısa bir zaman dilimi içinde doğaçlama olarak belli bir konuyu tartışmasıdır. Küçük gruplar içinde öğrencilerin sessiz kalması olanaksızdır ve küçük grup içinde geliştirilen özel fikirler daha sonra büyük grup ile paylaşılır.

c) Münazara

Münazaralar, birbirinden çok ayrı ve birbirine zıt bakış açılarının bulunduğu konuların iki farklı grup tarafından güçlü argümanlarla savunulması, bu konuların nasıl tartışılabileceği, farklı düşünce ve kanıların nasıl analiz edilebileceği ve ortaya konabileceğini göstermesi açısından çok yararlı bir yöntemdir. Hukuk öğrencilerine farklı hukuk öğretilerinin ve bunların uygulamadaki yansımalarının tartışıldığı münazara çalışmaları yaptırılabilir.

d) Akvaryum

Akvaryum çalışması, grubun iç içe üç çember olarak oturduğu ve bir tartışma, iki de dinleyici grubun bulunduğu bir tartışma yöntemidir. Eğitici, öğrenilen konuyu kapsayan ve birbiri ile ilgili üç soru hazırlar. **Öğrencileri** sıra ile 1, 2, 3, diye sayarak üç gruba ayırır. Birincileri iç gruptaki sandalyelere oturmaya davet eder. Diğer **öğrenciler** 2. ve 3. çemberdeki sandalyelere otururlar. Dışarıda kalanlar tartışmalara katılmaz ve sadece dinlerler.

Eğitici ilk soruyu sorar ve iç grupta yer alan **öğrencilerin** 10 dakika tartışmasını sağlar. Daha sonra iç gruptakiler ile ikinci sıradakiler yer değiştirir ve ikinci grup önce birinci grubun tartışmalarını gözden geçirir. Ardından eğitici ikinci soruyu sorar ve ikinci grup da 10 dakika tartışır. Daha sonra üçüncü grup en ortadaki yerini alır ve diğerleri dinleyici olurlar. Üçüncü grup da tartışmasını bitirdikten sonra tüm grup çalışmanın tamamı üzerinde tartışır ve çalışmayı bitirirler.^[23]

e) Grup Tartışması

Tartışma, bir konu üzerinde öğrencileri düşünmeye yöneltmek, iyi anlaşılmayan noktaları açıklamak ve verilen bilgileri pekiştirmek amacıyla kullanılan bir yöntemdir. Bir konuda karşılıklı olarak görüşler ortaya koyulurken, bir probleme çözüm yolları ararken ya da değerlendirme çalışmalarında kullanımı yararlıdır.^[24] Tartışmalarda önemli olan, belirli noktalar üzerinde açık biçimde odaklanmaktır. Odaklanmadan, fikirlerin havada uçuştugu tartışmalar beklenen yararı sağlayamaz. Eğitici tartışma sorularını olabildiğince somutlaştırmalıdır, çok genel ve soyut soruların tartışılması verimli olmayacaktır.^[25]

f) Grupla Proje Çalışması ve Probleme Dayalı Öğrenme

Probleme Dayalı Öğrenme (PDÖ) olguların ve kavramların katılımcılara doğrudan sunulmasının aksine, öğrencilerin kavramları ve ilkeleri öğrenmesini teşvik etmek için karmaşık gerçek problemlerin kullanıldığı bir öğretim yöntemidir. PDÖ aracılığıyla öğrenciler yalnızca sınıf içinde ekip çalışmasını, iletişim ve araştırma becerilerini güçlendirmekle kalmaz, aynı zamanda yaşam boyu öğrenme için gerekli olan eleştirel düşünme ve

[23] Mel Silberman. Active Training A Handbook of Techniques, Designs, Case Examples, and Tips. (John Wiley & Sons, Inc.Pfeiffer, 2006). 69.

[24] Demirel. A.g.e. 25.

[25] <http://www.uppinghamseminars.com>.

problem çözme yeteneklerini de geliştirirler.

g) Rol Oynama

Rol oynama yöntemi, **öğrencilerin** mesleki ve sosyal beceriler ile kişiler arası ilişkileri uygulamaları gerektiğinde çok yararlı bir yöntemdir. **Öğrencilere** belli durumlarda yaşadıkları duygular ve sahip oldukları becerileri değerlendirme fırsatı verir. Katılımcılar gerçek bir durumda nasıl davranmaları gerektiğini, gerçek durumun riskleri olmadan deneme ve öğrenme şansı bulurlar.

h) Ziyaret, Tur, Alan çalışması

Kurum içi ve kurum dışı ziyaret ve alan çalışmaları **öğrencilere** hem bireysel hem de grup olarak çeşitli deneyimler sağladığı gibi, gelecekteki öğrenmeler için de bir ön hazırlık olarak hizmet eder. Ziyaret ya da alan çalışmasının sonunda bir tartışma oturumu düzenlenerek, elde edilen bilgi ve kazanımlar paylaşılır. Bu kapsamda hukuk öğrencilerine küçük gruplara ayrılarak saha inceleme çalışmaları yaptırılabilir.

ı) Örnek Olay

Örnek olay yöntemi, gerçek hayatta karşılaşılan problemlerin sınıf ortamında çözülmesi yoluyla öğrenmenin sağlanmasıdır. Bu yöntem öğrencilere bir konu ya da bir beceriyi kazandırmak ya da o konuda gerçeğe yakın uygulamalar yaptırmak amacıyla kullanılır. Gerçek hayattan alınmış örnek olaylar kullanılmalıdır ve temel ayrıntılar iyi belirlenmiş olmalıdır. Mantıksal ya da yasal tutarsızlıklar ve çelişkiler içermemelidir. Genelleme ve sentez yapmada örnek olay yöntemi çok yararlıdır.^[26]

D. HUKUK EĞİTİMİNDE DEĞERLENDİRME BOYUTU

Bütün eğitsel etkinlikler belli amaçlara ulaşmak için planlanır ve uygu-

[26] Demirel, a.g.e. 25.

lanır. Değerlendirmede temel amaç, uygulamanın başarı derecesi hakkında tarafsız ve sağlam bir yargıya ulaşmaktır. Eğitim çalışmalarının verimliliğinin saptanabilmesi için öncelikle etkili bir biçimde ölçme ve değerlendirme yapılması gereklidir. Program sırasında **öğrencilerin** neyi ne kadar öğrendiği kadar, eğitim programı uygulandıktan sonra **öğrencilerin** bu bilgi ve becerilerini iş başında ne kadar başarıyla uyguladıklarının da değerlendirilmesi gereklidir.^[27] Bu aşamada eğitim etkinlikleri sonucunda ne oldu? Sorusuna yanıt aranır ve öğrenme çıktılarının değerlendirilmesi için kullanılacak ölçme ve değerlendirme araç ve yöntemlerinin belirlenmesi ve uygulanması sağlanır.

1- Dört Aşamalı Değerlendirme Modeli

Donald Kirkpatrick tarafından geliştirilen “Dört Aşamalı Değerlendirme Modeli” eğitim programlarının değerlendirmesinde kullanılan etkili bir yaklaşımdır.^[28]

a) Tepki Değerlendirmesi

Öğrencilerin eğitimle ilgili olarak ne düşündüğü ve ne hissettiğinin anlaşılması için yapılan değerlendirmedir. Genellikle eğitim programının sonunda eğitim süresi, konuları, eğiticilerin katkısı, eğitim ortamı, eğitime ayrılan zamanın yeterliği gibi konularda öğrencilerin görüşlerini saptamaya yarayan bir anket formu ile uygulanır. Eğitim programının değerlendirmesinde kullanılan değerlendirme anketleri tepki değerlendirmelerinin en önemli araçlarıdır.

b) Öğrenmenin/ Başarının Değerlendirilmesi

[27] Aydın, 2021, a.g.e. 189.

[28] Donald Kirkpatrick. Evaluating Training Programs: The Four Levels. (San Francisco: Berret Koehler Publishers. 1998).18.

Eğitimin sonunda öğrencilerin bilgi, beceri ve kapasitesindeki gelişmenin de değerlendirilmesi gereklidir. Öğrenme, eğitimin sonunda kazanılmış bilgiler, geliştirilmiş beceriler ve değişen tutumlardır. Genellikle öğrenmenin değerlendirilmesi çeşitli testlerle yapılmaktadır.

i) **Çoktan Seçmeli Testler**

Çoktan seçmeli sorularda bir soru kökü ve bu kökü izleyen seçenekler, şıklar ya da çeldiriciler adı verilen ifadeler yer alır. Çoktan seçmeli sorular, tek doğru, en doğru ve çağrışım tipi olmak üzere üç şekilde hazırlanabilir.

ii) **Quizz**

Quizzler genellikle habersiz yapılan ve anlık öğrenme durumunu ortaya çıkarmayı amaçlayan kısa ve eğlenceli değerlendirme araçlarıdır.

iii) **Yazılı (Essey) Tipi Değerlendirmeler:**

Klasik yazılı tipi değerlendirme soruları genellikle aşağıda örneklenen beş farklı tipte hazırlanabilir.

- Sınırlı cevaplı sorular: Bireyin bilgi hatırlama ve uygulama yeterliği ölçülür. Soruya alınacak cevap tanıtmaya veya problem çözecek biçimde düzenlenir.
- Kısa cevaplı sorular: Bireyin hatırlama, tanımlama uygulama yeterliği ölçülür, soruya alınacak cevabın kısa ve kesin olması beklenir.
- Serbest cevaplı sorular: Kompozisyon tipi adı verilen bu testlerde, soru sayısı azdır. Bir görüşün açıklanmasındaki başarı ile ifade yeteneğini ölçmek üzere hazırlanır.
- Kaynaklardan yararlanılarak cevaplandırılacak sorular: Bireyin be-

lirli konularda bilgileri uyarlama, analiz ve sentez yapma, proje çalışmalarını biçimlendirme yetenekleri ölçülür.

- Tamamlama tipi sorular: Bireylerin kavram, sembol ve sayılarla ilgili bilgilerini, problem çözme, sonucu bulma yeterliklerini ölçmek üzere kullanılır.

c) Davranış (Transfer) Değerlendirmesi

Eğitimde öğrenilen bilgi, beceri ve tutumların iş yaşamına ne derece aktarıldığının değerlendirilmesini içerir. Geliştirilen davranış ve kapasitenin uygulamada kullanılmasıdır. Transfer, çalışanların öğrendikleri bilgi, beceri ve tutumları iş yaşamlarında uygulamalarıdır.

d) Sonuçların Değerlendirilmesi

Katılımcının performansının iş ya da çevreyi etkileme durumunun değerlendirilmesidir. Sonuçtan kasıt, eğitimin yarattığı sonuçlardır. Kararların doğruluk oranı, verimlilik, kazanç, maliyet, personel memnuniyeti gibi performans öğelerinin değerlendirilmesi gereklidir.

II. HUKUK EĞİTİMİNDE BAZI SORUNLAR VE ÖNERİLER

Hukuk fakültelerinin sayısının artması, giderek artan öğrenci sayısı, hukuk eğitim süreçlerinde fiziksel olanaklar, akademisyen niteliği ve mezunların istihdamı gibi sorunlar, hukuk eğitimini her geçen gün daha fazla sorgulamaya ihtiyaç duyan bir disiplin haline getirmektedir. Diğer alanlarda olduğu gibi hukuk eğitiminde de ülkenin insan gücü ihtiyacına dayalı bir eğitim planlaması yapılmaması, hukuk fakültelerine girişin tek bir sınava bağlı olması ve özel yeterlikler aranmaması, hukuk eğitimcilerinin sayı ve nitelik açısından yetersiz kalması, hukuk eğitiminde ağırlıklı olarak aktarımcı bir yaklaşımın hâkim olması ancak öğrencilerin becerilerinin yeterince geliştirilememesi gibi sorunlar pek çok araştırmada dile

getirilmiştir.^{[29], [30], [31], [32], [33], [34]} Hukuk eğitiminde, hukukçu kimliği, entelektüel gelişim ve mesleki yetkinlikleri kazandırma bakımından yaşanan bazı sorunlar ve bu sorunların aşılması için çözüm önerileri aşağıda yer almaktadır.

A. HUKUK ALANINDA EĞİTİM PLANLAMASI YAPILMASI, AÇILAN HUKUK FAKÜLTELERİNİN SAYISININ, ALINAN ÖĞRENCİ SAYISININ VE MEZUNLARIN FAZLALIĞI

YÖK Atlas verilerine göre 2023 yılı itibarıyla 90 hukuk fakültesi bulunmaktadır. Bu fakültelerin 44’ü devlet üniversitesi, 37’si vakıf üniversitesi bünyesinde ve 9’u KKTC’de bulunmaktadır^[35]. Türkiye Barolar Birliği kayıtlarına göre 31.12.2023 tarihi itibarıyla Türkiye’de 81 baroya kayıtlı 88437 kadın, 97312 erkek olmak üzere 185749 avukat bulunmaktadır^[36]. YÖK’ün verilerine göre 2013’te 7 bin 457 hukuk mezunu varken bu sayı

[29] Hakan Öztürk. Hukukçuların Eğitimi. (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2010, 1), 167.

[30] Mehmet AKYOL. Türkiye’de hukuk eğitiminin sorunları ve çağdaş gelişmeler karşısındaki durumu.

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 1(42), 89.

[31] <https://www.ilkercolak.com.tr/turkiye%E2%80%99de-hukuk-egitiminin-sorunlari-ve-yeniden-duzenlenmesi/>

[32] Fazıl Hüsnü ERDEM. Türkiye’de Hukuk Eğitimi: Çözüm Arayışları, Sorunlar ve Öneriler. Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi, Cilt/Volume: 13, Sayı/Issue: 1 (Nisan/April 2021), 302-321.

[33] Oğuz Gökhan Aydın. Gelenekten geleceğe Türkiye’de hukuk eğitimi. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. Yıl: 2015 Cilt: 0 Sayı: 21, 621- 657

[34] Kemal Gözler, “Küreselleşme Sürecinde Hukuk Eğitimi”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl 6, Sayı 69, Eylül 2008, s.3021-3030.

[35] <https://yokatlas.yok.gov.tr/lisans-bolum.php?b=10094> erişim tarihi 28.10.2023.

[36] <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/2023-avukat-sayilari-31122023-84464>

her yıl artmış ve 2022 yılında yaklaşık 20 bin öğrenci mezun olmuştur. Hukuk fakültelerinde okuyan öğrenci sayısı ise 85 bine yaklaşmıştır^[37].

Eğitim, ülke çapında ve ülkenin insan gücü gereksinimlerine uygun bir şekilde planlaması gereken çok önemli bir kamu hizmetidir. Bireylerin ve toplumun eğitim gereksinimlerinin karşılanabilmesi, insangücünün geliştirilmesi ve eğitimi için eğitim planlaması yapılması gereklidir^[38]. Etkili bir istihdam politikası geliştirilebilmesi için her alanda olduğu gibi hukuk eğitimi de bilimsel yaklaşımlara uygun şekilde planlanmalı ve eğitim-istihdam ilişkisinin kurulmasına yönelik etkili önlemler alınmalıdır.

Eğitim planlamasında çeşitli yaklaşımlar olmakla birlikte, en sık kullanılan planlama yaklaşımları *insan gücü* ve *toplumsal talep* yaklaşımlarıdır. İnsan gücü planlaması yaklaşımı, işgücü piyasasında gereksinim duyulan insan gücüne olan talep ile arzı dengeleyerek ekonominin iyi işlemesini sağlamayı hedefler^[39]. Buradaki amaç, ekonominin ve toplumun insan gücü gereksinimlerinin bilimsel yollarla belirlenmesi ve gereksinim duyulan sayı ve nitelikte kişinin eğitim görmesini sağlamaktır. Türkiye’nin gelecek on yılda ne kadar hukukçuya ihtiyaç duyduğu matematiksel modellerle hesaplanarak, hukuk fakültelerine o sayıda öğrenci alınmasının sağlanması esastır. Toplumsal talep yaklaşımında ise bireylerin ihtiyaçlarına, özlemlerine ve isteklerine göre oluşan eğitim talebine karşılık verilir^[40]. Bunun anlamı, isteyen ve gerekli koşulları sağlayan tüm bireylere hukuk eğitiminin kapılarının açılmasıdır. Böyle bir yaklaşım hukuk fakültelerin-

[37] <https://yokatlas.yok.gov.tr/lisans-bolum.php?b=10094> erişim tarihi 28.10.2023.

[38] Kasım Karakütük. Eğitim Planlaması. (2. Baskı. Ankara: PEGEM Akademi, 2016). 15.

[39] Mahmut Âdem. Eğitim Planlaması, Kavramlar, Yöntemler, Teknikler, (Genişletilerek Yeniden Düzenlenmiş İkinci Baskı. Ankara: A.Ü. Eğitim Fakültesi Eğitim Araştırmaları Merkezi, 1981). 28.

[40] İbid.28.

deki öğrenci sayılarının artmasını, eğitimin niteliğinin ve mezunların iş piyasasında kendilerine yer bulmak ve iyi bir kariyer gelişimi sağlamak konusunda ciddi sorunlar yaşamalarına da ortam hazırlamaktadır. Türkiye’de hukuk eğitimi alanında insan gücü yaklaşımına uygun bir eğitim planlanması yapılması hem nitelikli hukukçu yetiştirme hem de mezuniyet sonrası iş olanakları açısından yararlı olacaktır.

B. HUKUK EĞİTİCİLERİNİN EĞİTİM YETERLİKLERİNİN EKSİK OLMASI

Üniversitede görevli öğretim elamanlarının çoğunluğu herhangi bir pedagojik formasyon ya da eğiticilerin eğitimi programından geçmeden öğrencilere eğitim vermektedirler. Ankara Üniversitesi Hizmet İçi Eğitim Koordinatörlüğü tarafından 2014 yılından bu yana hem öğretim üyelerine 40 saat, hem de araştırma görevlisi ve öğretim görevlilerine 60 saatlik bir “Eğiticilerin Eğitimi Sertifika Programı” düzenlemektedir. Eğitim bir bilimdir ve eğitimcilerin hem teorik hem de uygulamalı olarak kazanmaları gereken pek çok yeterlik alanları bulunmaktadır. Bütün üniversitelerin tüm akademisyenlere eğitim formasyonu kazandıracak eğitimler düzenlemesi gereklidir. Bir eğitimcide bulunması gereken temel yeterlikler üç ana grupta toplanmaktadır.^{[41], [42], [43]}

1- Alanda Teknik Yeterlik

Eğiticinin eğitim yapacağı alanda ve konuda gerekli bilgileri kazanmış olması gerekir. Alanında yeterli olmayan bir eğiticinin alanın temel bilgilerini **öğrencilere** aktarması olanaksızdır.

[41] Roger, Buckley ve Jim Caple. The Theory and Practice of Training. (London: Kogan Page, 2007).255.

[42] Taymaz, a.g.e. 113.

[43] Aydın, 2021, a.g.e. 141.

4- Sosyal ve iletişim Yeterliği

Dostça ilişkiler, sabır, ulaşılabilirlik, iletişim yeteneği ve saygı iyi bir eğitimciye bulunması gereken temel özelliklerdir. Eğitimde deneyimlerin paylaşılması için öğrencilerin özgüvenini beslemek gereklidir. **Öğrencilerin öğrenme zevkine ulaşmalarını sağlamada bu çok önemlidir. Bunun yanında eğitici, güçlü bir iletişim becerisi ve teori ile uygulamayı bütünleştirme yeterliğine sahip olmalıdır. Ayrıca eğitimcinin grup dinamiği konusunda becerili olması ve kolaylaştırıcılık kapasitesine sahip olması** da özellikle hukuk eğitimi gibi eleştirel düşünme becerilerinin geliştirilmesinin **önemli olduğu bir alanda eğitimcilerin sahip olmaları** gereken yeterliklerdendir.

5- Öğretim Formasyonu Yeterliği

Belli bir konuda uzman olmak eğitici olmak için yeterli değildir. Eğitici fikirleri güçlü, basit, etkili ve uzun süre hatırdaki kalacak şekilde sunabilmektedir. İyi bir eğitici, öğrenmeyi en iyi sağlayacak yöntemleri belirleme ve kullanma becerilerine sahip olmalıdır.

Gerek hizmet öncesi hukuk fakültelerinde ders veren öğretim elamanlarının, gerekse Adalet Akademisi ya da Barolarda hukuk eğitimi yapan tüm eğitimcilerin eğitim yeterliklerinin geliştirilmesi amacıyla “Eğitim Bilimi Uzmanları” ile iş birliği yapılarak düzenlenecek sertifika programları ve diğer eğitim seminerleri, hukuk eğitiminin hem hizmet öncesi yetiştirme boyutunda hem de hizmet içinde geliştirme boyutunda büyük bir yarar sağlayacak ve fark yaratacaktır.

Bazı tıp fakültelerinde kurulan tıp eğitimi anabilim dalları gibi hukuk fakültelerinde de “hukuk eğitimi anabilim dalları” kurulabilir. Hukuk fakültesi mezunu bireylerin “Eğitim Bilimleri” alanında yüksek lisans ve doktorasını tamamlayarak bu anabilim dallarında hukuk eğitiminin plan-

lanması, örgütlenmesi, eğitim programlarının güncellenmesi, etkili öğretim yaklaşımlarının kullanılması konusunda rehberlik yapması, sınıf içi etkileşim, danışmanlık ve ölçme-değerlendirme konularında profesyonel destek sağlayacakları bir sistem kurulabilir.

A. HUKUK FAKÜLTELERİNDEKİ EĞİTİMİNİN YETKİNLİK TEMELLİ OLMAMASI VE KALABALIK AMFİLERDE PASİF BİR HUKUK EĞİTİMİ VERİLMESİ

Üniversitelerin tarihine bakıldığında 1088 yılında kurulan Bologna Üniversitesi, batının ilk üniversitesidir ve ağırlıklı olarak hukuk eğitimi vermek üzere kurulmuştur.^[44] Bin yıldan uzun bir süredir bilimsel eğitimin en güçlü kurumları olan üniversitelerde hukuk eğitiminin tarihi de üniversitelerin tarihi kadar eskiye dayanmakta ve güçlü bir eğitim kültürünü içinde barındırmaktadır. Üniversiteye gitmek, bireylerin yaşamını değiştiren köklü bir deneyimdir. Üniversite eğitimi öğrencilerin akademik, sosyal, psikolojik, zihinsel, entelektüel, kültürel ve karakter gelişimine pek çok katkı sağlamak ve onların olgun ve sorumlu yetişkinler olmalarına ortam hazırlamaktadır.^[45] Hukuk fakülteleri öğrencilere hukuk disiplini ve kanunları öğretmenin ötesinde onların yetenekli ve kendine güvenen profesyoneller olmalarına yardımcı olmak için çeşitli beceri ve yetkinliklerinin gelişimini teşvik eden bir eğitim programı ve eğitim yaklaşımına sahip olmalıdırlar.

1- Eğitimde Aktarımcı ve Yapılandırmacı Yaklaşımlar

Eğitimde en genel olarak *aktarımcı* ve *yapılandırmacı* olmak üzere iki tür yaklaşım uygulanagelmıştır. Eğitimde geleneksel aktarımcı yaklaşım ve

[44] <https://www.unibo.it/en/university/who-we-are/our-history>

[45] İnayet Aydın. Üniversitelerde Meslek Etiği Eğitiminin Önemi ve Yöntemleri. Yükseköğretim ve Bilim Dergisi. (Baskıda).

daha modern yapılandırmacı yaklaşım arasındaki farklılıklar Çizelge 1’de görülmektedir.

Çizelge 1: Aktarımcı ve Yapılandırmacı Eğitim Farklılıkları

	ÖZELLİK	AKTARIMCI YAK- LAŞIM	YAPILANDIRMACI YAKLAŞIM
1	Bilgi verme	Bilginin doğrudan transferi	Öğrenmenin desteklenerek bilginin süreçte elde edilmesi
2	Eğitimin amacı	Bilgi kazandırma ve artırma	Özerklik ve kendini geliştirme yeteneğinin desteklenmesi
3	Öğrencinin rolü	Pasif alıcı	Aktif üretici
4	Bilginin kaynağı	Öğretmen ve ders kitapları	Ulaşılabilen tüm eğitici kaynaklar
5	Hangi bilginin verileceğine ilişkin kaynak	Eğitim müfredatı	Öğrencilerin talebi
6	Öğretim sürecinin yöneticisi	Öğretmen	Öğrenciler
7	Etkileşim biçimi	Öğretmen, öğrenci	Öğrenciler
8	Etkinlikler	Dinleme, okuma, ezberleme	Yapmak, düşünmek, tartışma

Kaynak: Löbler 2016’dan uyarlandı.

Çizelge 1’de de görüldüğü gibi geleneksel aktarımcı yaklaşımda öğretmen bir otoritedir ve öğrencilere bildiklerini anlatarak onların da bu bilgileri öğreneceğini varsayar. Bu yaklaşımda önceden kesin olarak belirlenmiş bir müfredata uygun olarak, ders kitapları izlenerek eğitim çalışmaları genellikle anlatım yöntemi ile sürdürülür. Öğrenciler pasif alıcı durumundadır ve *kaşıkla besleme* yapılarak onlar için gerekli olduğu düşünülen bilgiler

sunulur.

Kaşıkla besleme mecazi olarak “birinin kendi adına düşünme veya hareket etme yeteneğini reddetmek” anlamında kullanılan bir kavramdır.^[46] Aktarımcı felsefenin ürünü olan kaşıkla besleme yaklaşımının hukuk eğitiminde yarattığı bazı eğitimsel sorunlar şunlardır:

- *Öğrencinin pasifize edilmesi ve öğrenme sürecine katılım eksikliği:* Öğrencilere genellikle önceden hazırlanmış notlar ve slaytlar verilir; bağımsız düşünme veya araştırma yaparak aktif olması engellenir. Çevrimiçi veya sınıfta öğrenme materyalleri sağlamak hem kolaylaştırıcılara hem de öğrencilere zaman, ve maliyet tasarrufu sağlayabilir. Ancak böyle bir düzenleme bağımsız düşünmenin gelişiminin kısıtlanması sonucunu doğurabilir.
- *Eleştirel düşünme becerilerinin eksikliği:* Öğrencilerin “nasıl olsa anlatılanlar kitap ya da ders notlarında var, hoca aynı şeyi anlatıyor” şeklinde düşünmesi aktif dinlemeyi, analiz etmeyi ve bilginin sentezini gerektiren hukuk eğitiminde analitik düşünce ve sorgulamayı engellemektedir.
- *Ezbercilik:* Öğrencilerden sadece belli kitaplar ve ders notlarını ezberlemesinin beklenmesi, onları ezberciliğe ve yeni bilgiler için araştırma yapma ve farklı kaynaklardan öğrenme alışkanlıklarının gelişmesine engel olmaktadır.
- *Öğreticiye bağımlılık:* Öğrenmenin sadece bir otoritenin anlatımı ile gerçekleşebileceği düşüncesi hukuk öğrencilerinin bilgi konusunda başkalarına bağımlı hale gelmesine yol açabilmektedir. Bu da kendi yeteneklerine olan güven eksikliğine ve öğrenme motivasyonunun azalmasına yol açabilir.
- *Yaratıcılığın azalması:* Hukuk disiplini yaşamın her alanını kapsayan ve geniş bir yaratıcılık gerektiren çalışmaları içermektedir. Sürekli kaşıkla

[46] Muniroh Hamat, Siti Balqis Mahlan and Maisurah Shamsuddin. Reducing Spoon Feeding in Education. SIG : eLearning@CS <https://appspenang.uitm.edu.my/sigcs/> 04-Apr-2023.

besleme, belli şekilde ve kalıplaşmış bir biçimde düşünme alışkanlıklarının yerleşmesine yol açarak öğrencilerin yaratıcılığını ortadan kaldıran bir sürece dönüşmektedir.

Elbette belli ölçüde bilgi aktarımı ve kaşıkla besleme hukuk fakültelerinin kullanması gereken bir yaklaşımdır. Ancak dört yıllık eğitim süreci boyunca üniversitelerin öğrencileri bağımsız öğrenme becerilerini geliştirmeye teşvik edecek aktif öğrenme yaklaşımlarının kullanılması daha önemlidir. Bu nedenle hukuk eğitiminde kaşıkla beslenmeyi azaltıp onun yerine yapılandırmacı eğitim yaklaşımını daha fazla kullanmanın yolları aranmalıdır. Lisans öğrencileri teknoloji ve diğer yenilikçi kaynakları kullanarak kendi öğrenme materyallerini geliştirmeye teşvik edilmelidir. Hukuk eğitiminde de öğrencilerin öğrenme sürecine aktif olarak katılımlarını sağlayacak yöntemler çok önemlidir. Yapılandırmacı ve aktif öğrenmenin yararları aşağıdaki gibi ortaya konabilir.

- Yüksek düzeyde katılım sağlanması.
- Önceki bilgi ve deneyimlerin kullanılması.
- Yeni bakış açıları geliştirilmesi.
- Yeni öğrenmelere açık bir ortam olması.
- Akran desteği ve akran eğitiminin sağlanması.
- Eleştirel bakış geliştirilmesi,
- Öğrenme sürecinde katılanların sorumluluk üstlenmesi.
- Dinleme, tartışma, saygı ve işbirliği sağlanması.

2- Hukuk Eğitiminde Yapılandırmacı Eğitim Uygulamalarından Örnekler

Hukuk eğitiminde kaşıkla beslemeyi azaltıp öğrencilerin aktif olarak

bilgiyi araştırma, ulaşma, eleştirel düşünme, problem çözme, yaratıcı düşünme, uygulama yapma yeterliklerini artıracak yapılandırmacı öğretim tekniklerinden bazıları aşağıda açıklanmıştır.

a) **İkili Çalışma Grupları:**

Öğrencilerin ikili gruplar halinde çeşitli örnekler üzerinde çalışmaları, karar vermeleri ya da verilmiş kararları değerlendirmeleri istenebilir. Böylece kalabalık ve büyük gruplarda bile yanyana iki katılımcının etkileşim içinde çalışmasına fırsat verilmiş olur.

b) **Video Analizi**

Eğitim verilen konu ile ilgili kısa videoların izlenmesinin ardından çeşitli analitik sorular sorularak, videoda konu edilen olayın çeşitli yönlerden değerlendirmesi yapılmış olur.

c) **Senaryo Analizi**

Belli olaylarla ilgili olarak daha önce yazılmış kısa bir senaryo projeksiyon ile perdeye yansıtılarak, grubun bu konudaki fikirleri alınabilir ve eğiticinin desteği ile amaçlı bir tartışma yapılmış olur.

d) **Sıcak Sandalye (Hot seating):**

Sıcak sandalye yöntemi, eğitici veya öğrencilerden biri tarafından belli bir senaryo gereği canlandırılan bir karaktere grubun geri kalanının sorular sorduğu bir stratejidir. Bu yöntem, katılımcıları belirli bir olayı anlamaya, bir tema, konu, olay veya fikirle ilgili çoklu bakış açıları ya da deneyimleri keşfetmeye davet eder. Katılımcıların bir olay kahramanının duygu ve düşüncelerini anlamak üzere ona sorular sormaları ile uygulanır. **Örneğin,**

müşteki X Başsavcılığa sunduğu şikayet dilekçesiyle, kendisinin tanzim ve imza ettiği dört adet çekini çaldırıldığını beyanla şikayetçi olmuştur. Cumhuriyet Savcısı tarafından aynı gün ifadesi alınmaktadır. Müşteki rolünü oynamak üzere öğrenciler arasından bir katılımcı seçilir. Grubun önünde bir sandalyeye oturtulur. Kendisinin ifadesini alma sürecine benzer şekilde katılımcılar tarafından çeşitli sorular sorularak, durum hakkında yapılması gerekenler için bilgi toplanır.

e) **Görüş Geliştirme (Opinion Pool):**

Üzerinde fikir birliği olmayan, tartışmalı konular hakkında katılımcıların bir görüş geliştirmesi istendiğinde kullanılan bir yöntemdir. Tartışmalı bir ifade yazılarak projeksiyon cihazı ile perdeye yansıtılır. Beş ayrı büyük kartona “Kesinlikle katılıyorum”, “Katılıyorum”, “Kararsızım”, “Katılmıyorum” ve “Kesinlikle katılmıyorum” yazılır ve bu kartonlar sınıfın farklı köşelerdeki duvarlarına en olumludan en olumsuz doğru asılır. Öğrencilerden verilen önermeye katılma derecelerine göre seçtikleri duvarda asılı olan kartonun önünde durmaları istenir. Bütün öğrenciler yerini aldıktan sonra katılımcılara teker teker söz vererek, neden bulundukları yerde oldukları sorulur. Tartışmalar sırasında dileyen katılımcının bulunduğu yerden başka bir kartonun önüne geçebileceği, yani görüşünü değiştirebileceği belirtilir. Görüşünü değiştirip başka bir kartonun önüne geçen katılımcıya oraya geçiş gerekçesini söylemesi için söz verilir.

C. UYGULAMA VE BECERİ EKSİKLİĞİ İLE OKUL DIŞI EĞİTİMİN YETERSİZLİĞİ

Hukuk eğitiminde beceri geliştirici uygulamalar ve okul dışı eğitimler de geleceğin hukuk profesyonellerinin günün koşullarına uygun yetkinlikler ile donatılması açısından çok önemlidir. Aşağıda hukuk fakültelerindeki eğitim sürecinde öğrencilerin uygulama becerilerini geliştirmeye katkıda

bulunabilecek bazı teknikler açıklanmıştır.

1-Canlandırma Duruşması (Mock Trial)

Canlandırma duruşması, gerçek mahkeme duruşma alanının canlandırıldığı hukuk öğrencilerinin davaları ele alma becerilerinin geliştirilmesini sağlayan deneyimlerden oluşur^[47]. Canlandırma duruşmalarının etkili bir öğrenme aracı olduğu kanıtlanmıştır. Öğrencilerin hukuk, sorgulama teknikleri, eleştirel düşünme ve sözlü savunma becerileri hakkında yararlı beceriler geliştirmelerine yardımcı olur. Aynı zamanda öğrencilerin hakimlerin, avukatların ve diğer ilgililerin adil yargılama süreçlerinde karşılaştıkları zorlukları anlamalarına yardım eder. Bir canlandırma duruşmasında aşağıdaki adımlar izlenebilir: ^[48]

- Duruşma materyalleri öğrencilere dağıtılır.
- **İlgili kanıtlar ve temel yasalar tüm sınıfla tartışılmalıdır.**
- Eğiticiler tanık ifadeleri geliştirebilir ya da öğrencilerin bunları geliştirmesini sağlayabilir ve bu materyalleri kullanabilir.
- Canlandırma duruşmasının amacının her zaman gerçeği taklit etmek olmadığını, öğrenciler için bir öğrenme deneyimi yaratmak olduğunu unutulmamalıdır. Pişman öğrenenlerin basit egzersizlerle başlaması gibi, canlandırma etkinliklerine de basit bir şekilde başlanmalıdır.
- **Öğrenciler hâkim, savcı, avukat, sanık ve tanıkları oynayacak şekilde seçilmeli ve ardından her biri kendi rolü için hazırlanmalıdır. Diğer öğrenciler de icra memuru, adliye muhabiri olarak görev alabilirler.**
- Bir grup öğrenci de duruşmayı gözlemleyen ve haberleştiren rad-

[47] Kunyi Jian, Peng Nai and Tao Yu. Simulation application of virtual reality technology in legal education. Journal of Physics: Conference Series, Volume 1419, International Conference on Modeling, Simulation, Optimization and Algorithm 9–10 November 2019, Sanya, China. Phys.: Conf. Ser. 1419 012046.

[48] <https://www.19thcircuitcourt.state.il.us/1610/Guide-to-Conducting-Mock-Trials>

yo, televizyon veya gazete muhabiri olarak görev yapabilir. Duruşmanın ardından bir makale veya başyazı şeklinde sınıfa bir sunum yapabilirler.

• **Öğrenci avukatlar kendi tanıklarına sorabilecekleri sorular geliştirebilir ve tanıklarla doğrudan soru sorma provası yapabilirler. Çeşitli soru tiplerini nasıl kullanacaklarını deneyebilirler.**

2- Sanal Gerçeklikle Mahkeme Simülasyonlarının Yaratılması ve Kullanılması

Sanal gerçeklik, çeşitli duyuların harekete geçirildiği, gerçek zamanlı hareket, gezinme ve nesnelere dokunma olanağı sağlayan gerçeğe benzer sanal ortamları ifade etmektedir. Hukuk eğitiminde kullanılabilecek ve sanal gerçeklikle oluşturulmuş bir sanal mahkeme uygulamasında şu unsurlar yer almalıdır.^[49]

- Sanal mahkemede duruşma odaları bulunmalıdır.
- Sanal mahkemede hakimler, savcılar, avukatlar, kâtipler icra memurları, tanıklar ve sanıkların avatarları gibi temel roller bulunmalıdır.
- **Öğrenciler bu roller arasından seçim yaparak süreci yönetebilirler.**
- Sanal mahkemeye giriş şifrelenmelidir. Dosya ve belge erişimi avatarların rollerine göre (hâkim, savcı, avukat) düzenlenmelidir.
- Kâtip rolündeki avatar, sanal dünyadaki yazma araçlarını kullanmalıdır.
- Bütün avatarlar gerçek mahkemelerde olduğu gibi rollerini yerine getirmelidir.
- Bu süreçte deneyimli hukukçular öğrencilere rehberlik etmelidir.

Sanal gerçeklik simülasyon öğretiminin ilk amacı, öğrencilerin da-

[49] Sakine Öngöz, Hasan Karal, Mustafa Tüysüz, Adil Yıldız, Ahmet Kılıç. Development of Three Dimensional Virtual Court for Legal Education. Turkish Online Journal of Qualitative Inquiry (TOJQI). Volume 8, Issue 1, January 2017, 80.

vaya gerçekten girmelerine ve hukuk mesleğinin içeriğini anlamak için davanın kanıtlarını kişisel olarak incelemelerine olanak sağlamaktır. **Öğrencilere vakanın tüm sürecinde deneyim kazandırmak, sınıfta öğrenilen bilgilerin gerçek anlamda uygulamayla ilişkilendirilmesini ve kullanılabilir bilgi haline gelmesini sağlayacaktır.**^[50]

3- Hukuk Klinikleri

Klinik eğitim yöntemi, yaparak-yaşayarak **öğrenme felsefesine dayanmaktadır ve temel olarak uygulama yapmayı içeren bir öğretim yaklaşımıdır. Öğrenciler hukuk teorisi okurken hukukun temellerini kavrar, pratik yaparken de uygulamayı öğrenirler. Öğrenciyi merkeze koyan yeni eğitim paradigmaları öğretmenin değil, öğrenenin aktif olduğu uygulamaları gerekli kılmaktadır.** Hukuk kliniklerinde de eğitimciler, otorite olan öğreticiden çok kolaylaştırıcı veya süpervizör rolünü üstlenmektedirler.

Klinik metodoloji önemli değerlerin ve temel hukuki becerilerin geliştirilmesine katkıda buluna çok önemli bir aktif öğrenme tekniğidir. Sorumluluk, takım çalışması ve ağ oluşturma, liderlik kapasitesi, disiplinler arası çalışma ve etik ikilemlerin belirlenmesi ve çözümlenmesi bunlardan bazılarıdır^[51]. Yöntemin özü, gerçek vakalarla ilgilenerek ve gerçek sorunları çözerek öğrencilerin mesleki yeterliliklerini geliştirmektir. Ankara Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi gibi üniversiteler ülkemizde İnsan Hakları, Yargı Etiği, Tüketici Hakları, Bilişim Ceza Hukuku, Göçmen Hakları, Hasta ve Engelli Hakları gibi alanlarda lisans öğrencilerine yönelik hukuk

[50] Kunyi Jian vd. a.g.e.

[51] Jose Antonio García Sáez. Legal Clinics as a Training Methodology in Human Rights. Epistemic Communities at the Boundaries of law: Clinics as a Paradigm in the Revolution of Legal Education in the European Mediterranean Context. Edited by Cecilia Blengino and Andrés Gascón-Cuenca. (Milano:Ledizioni LediPublishing. 2019).11-19.

klinaleri düzenlemektedirler. Bu uygulamaların tüm hukuk fakültelerinde yaygınlaştırılması öğrenci merkezli eğitimin geliştirilmesi açısından çok yararlı olacaktır.

6- Jigsaw Tekniğı

Jigsaw tekniğı ana ve görev gruplarının çalışmasından oluşan iki aşamalı bir tekniktir. **Öğrenciler öncelikle 4 ya da beş ana gruba ayrılır** ve her gruba farklı metinler verilir. **Örneğın**, birinci gruba bir AİHM kararı, ikinci gruba bir AYM kararı, üçüncü gruba bir YCGK kararı, dördüncü gruba bir Yargıtay Kararı verilir. Her grup kendi kararı üzerinde tartışır ve notlar alırlar. Ardından 1,2,3,4 numaralı gruplardan birer katılımcı birleşerek görev gruplarını oluşturur. Bu şekilde farklı kararları **çalışan öğrenciler** görev gruplarında birbirlerine ana grupta çalıştıkları metinleri özetlerler. Tüm katılımcıların sunumu bitince tartışma yapılarak çalışma tamamlanır.

7- Evrak Sepeti (In Basket) Tekniğı

Evrak sepeti tekniğinde **eğitici tarafından, çeşitli şikâyet dilekçelerinin olduğu bir sepet, bunlara ilişkin ifadeler ve delillerin yer aldığı ikinci sepet, yasal metinlerden oluşan üçüncü sepet tüm öğrencilere verilir ve gerekli yazışmaların hazırlanması istenir. Öğrencilerden her biri önce kendi başına bu çalışmayı gerçekleştirir. Ardından üç kişilik gruplar halinde çalışmalarını karşılaştırıp, tartışır. Daha sonra kolaylaştırıcı eşliğinde bütün sınıf olarak değerlendirme yaparlar. Böylece bütün katılımcılar kendi fikirlerinin ve uygulama becerilerinin etkinliğini değerlendirme, eksikliklerini görme ve bunları nasıl gidereceğini öğrenme fırsatı yakalamış olur. Evrak sepeti yöntemi, karar verme becerilerinin geliştirilmesinde, belli bir konudaki bilgi, beceri ve tutumların değerlendirilmesinde, iş süreçleri ile**

ilgili bilgi ve becerilerin geliştirilmesinde, stratejik bilginin uygulanmasında son derece yararlı katkılar sağlamaktadır.

8- Karar Kartları

Bu teknikte öğrencilerin karşılaşılan bazı durumların doğruluk derecesine ilişkin değerlendirme yaparak karar vermeleri amaçlanmaktadır. Yargı etiği ile ilgili bir karar kartları çalışması örneği aşağıda verilmiştir. **Öğrenciler** 5 gruba ayrılır ve gruplara Yargı Etiği İlkeleri ile ilgili aşağıdaki karar kartları dağıtılır. Katılımcılar önce tek başına karar kartlarını okuyarak, her biri için kutucuklarından birini seçerek işaretler. Daha sonra, grup üyeleri niçin böyle bir karar verdiklerini her karar kartı için kısaca tartışırlar. Ortak ve farklı kararların nedenleri Yargı Etiği İlkeleri ile karşılaştırılarak tartışılır.

Yargı Etiği Karar Kartı

İFADELER	Hiçbir Durumda Yanlış Değildir	Bazı Durumlarda Yanlıştır	Çoğu Durumda Yanlıştır	Her Durumda Yanlıştır
1. Hâkimin, dosyadaki eksiklik hakkında taraflardan biriyle iletişime geçmesi				
2. Hâkimin, güncel hukuki konularda açık oturumlara katılması				
3. Hâkimin, daha önce avukatlığını yaptığı şirketin davasına bakması				
4. Hâkimin gerekçeli kararları kendisinin yazmaması ve bu kararları başkasına yazdırması				

Türkiye’de Hukuk Eğitim Sisteminin “Eğitim Bilimleri” Bakış Açısı İle
Değerlendirilmesi ve Bazı Öneriler Bulunan Taleler Bakımından
Dava Şartı Arabuluculuğun Uygulanabilirliği

5. Hâkimin, koruma tedbirine hükmederken kamuoyu tepkisi gözetmesi				
6. Cumhuriyet Savcısının siyasi kimliği olan kişilerle fotoğraflarını sosyal medyada paylaşması				
7. Cumhuriyet Savcısının meslektaşlarını beli bir yönde karar vermesi için etkilemeye çalışması				
8. Arabulucunun işverenin işyerinde işçileri çağırıp arabuluculuk yapması.				
9. Uzlaştırmacının tarafları uzlaştırmaya zorlaması				
10. Avukatın uzlaştırma görüşmesini stajyer avukata yaptırması				

8-İstasyon Çalışması

Sınıfın birbirinden uzak noktalarında **öğrenci** sayısı da dikkate alınarak üç ya da dört masa (istasyon) oluşturulur. Masalara “**çeşitli yargı kararlarını**” koyun. **Öğrenciler** yansız olarak gruplara ayrılır. Her grubun bir istasyonda çalışmaya başlaması sağlanır. Yazışmaları inceleyerek bu yazışmalarda nelerin yer alması gerektiği hakkında fikirlerini not etmeleri istenir. Kolaylaştırıcı 10 dk. sonra düdüğü çalarak gruptakilerin her şeyi olduğu gibi bırakmasını ve bir sonraki masaya geçmelerini söyler. Dikkat edilmesi gereken nokta, hiçbir grubun bir **önceki grubun çalışmasını silmemesi ve karalamamasıdır. Bu şekilde her grup tüm masalarda çalıştıktan sonra etkinliği bitirerek ortaya çıkan çalışmaları en son grubun sunması sağlanır.** Her bir grubun masalardaki çalışmaları nasıl ele aldığı ve ne gibi katkılar sağladığı tartışılarak çalışma tamamlanır.

E. OKUL DIŞI UYGULAMA VE BECERİ KAZANDIRMA OLANAKLARININ YETERSİZLİĞİ

Mesleki eğitim yalnızca sınıf ortamında ya da okul çatısı altında gerçekleşmez. Fakültelerdeki hukuk eğitiminin tamamlanabilmesi ve yeterliğin üç ayağı olan bilgi, beceri, tutum ve etik değerlerin etkili bir şekilde öğrencilere kazandırılması için okul dışı eğitim olanaklarının da sağlanması gerekmektedir. Okul dışı öğrenme, **“öğretim programında yer alan kazanımların belirli bir plan ve hazırlık çerçevesinde okulun dışında çeşitli etkinliklerle öğrenilmesi”**^[52] olarak tanımlanır. Okul dışı öğrenmenin başlıca yararları arasında şunlar sayılabilir:

- Okul dışı öğrenme ortamları, gerçek iş ortamlarının ve çalışma süreçlerinin eşzamanlı olarak gözlemlenmesini sağlar.
- **Öğretim programlarındaki kazanımların yaparak yaşayarak öğrenilmesine katkıda bulunur.**
- Soyut ve karmaşık olayların somut olarak deneyimlenebilmesini sağlar.
- **Öğrencilerin dikkat ve motivasyonun artmasını teşvik eder.**
- **Öğrenilen konularla ilgili disiplinler arası ilişki kurabilmesini sağlar.**
- Kişisel ve sosyal becerilerin geliştirilmesini sağlar.

Hukuk eğitiminin vazgeçilmez bir parçası olan uygulama, gözlem, beceri kazandırma, mesleki ve kurumsal kimliğin gelişmesini sağlayacak aidiyet ve mesleki merak duygusunun geliştirilmesi amacıyla gerçekleştirilebilecek çeşitli okul dışı eğitim uygulamaları aşağıda açıklanmıştır.

[52] https://kars.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2019_12/23112529_Okul_DYYY_OYrenme_OrtamlarY_KYlavuzu.pdf.

1- **Canlı Duruşma İzleme ve Gözlem Raporu Hazırlama Uygulaması**

Hukuk ve adalet sisteminin nasıl işlediğini görmek, davaları izlemek ve kitaplarda yazılı olmayan uygulama, prosedür ve geleneklerden oluşan yargı dünyasının örtük bilgisini **öğrenmek için hukuk fakültesi öğrencilerinin belli bir program dahilinde duruşmaları izlemelerinin sağlanması ve gözlemlerini raporlaştırarak öğretim elemanları ile tartışmaları çok önemli bir eğitim uygulamasıdır. Bir tür ozmoz yoluyla öğrenme** olan bu doğal eğitimle hukuk fakültesi öğrencileri “eleştirel düşünme” alışkanlığı edinmek, teorik bilgilerinin ışığında mahkeme deneyimlerini sorgulamak, duruşmalardaki diyalog biçimi ve uygulamalar hakkında deneyim elde etmek için önemli bir fırsat yakalayabileceklerdir.

2- **Adli Kurum Ziyaretleri ve Görüşmeler**

Hukuk fakültesi öğrencileri Yargıtay, Adalet Bakanlığı, Hakimler ve Savcılar Kurulu, Adalet Akademisi, Barolar, Mahkemeler gibi kurumları ziyaret ederek uygulama ve çalışmaları hakkında bilgi alabilirler. Bu kurumlardaki deneyimli hukukçular ile tanışıp, onların deneyimlerinde yararlanma ve böylece sadece teorik alanda kalmayıp uygulama alanına da girebilirler. Bazı temel konulara ve uygulama yaklaşımlarına ilişkin sorularının yanıtlarını bulma şansı elde ederler.

3- **Staj Çalışmaları**

Hukuk fakültesi öğrencilerinin 2. ve 3. sınıflarda **çeşitli kısa stajyerlik programlarına katılması, uygulama boşluklarının giderilmesi ve mesleki kimliğin gelişmesi açısından yararlı bir uygulama olacaktır. Hukuk fakülteleri, Barolar, Adalet Bakanlığı ve Firmalarla staj protokolleri imzalayabilirler. Öğrenciler bu protokollere çerçevesinde çeşitli firmalarda veya şirketlerde deneyimli hukukçuların yanında staj**

yapabilecekleri gibi, Barolarda da staj yapma olanakları bulabilirler. Böylece deneyimli hukukçulardan mentorluk alma şansına sahip olabilirler. Staj programları kredili bir ders olarak sayılmak suretiyle öğrencilerin staj boyunca yaptığı çalışmalar akademik olarak da kredilendirilebilir.

4- Kongre, Konferans ve Bilimsel Toplantı Katılımı

Daha öğrencilik döneminde hukuk alanındaki kongre, konferans ve bilimsel toplantılara katılmak, öğrencilerin alandaki güncel bilgilere aşina olmaları, alanın önemli hukukçularını tanıma, kendisi gibi hukuk eğitimi alan diğer öğrencilerle tanışma ve sosyal ağlarını geliştirme olanağı buldukları için çok yararlı olmaktadır.

F. HUKUK EĞİTİMİNDE YENİ KUŞAKLARIN ÖĞRENME YAKLAŞIMLARININ DİKKATE ALINMASI

Kuşaklar hakkındaki bilimsel sınıflandırmadan ilk kez, William Strauss ve Neil Howe'un 1991 yılında yayımladıkları "Generations" kitabında bahsettikleri görülmektedir. "Strauss-Howe Kuşaklar Teorisi" olarak da adlandırılan bu çalışma, kuşakları doğum yıllarına göre ayırarak her kuşağa farklı karakteristik özellikler atfeden tarihsel teoriye dayanır.^[53] Genellikle kuşak kavramı "aynı tarihsel zamanda ve aralıklarda doğan, ekonomik ve sosyal hareketlerden oluşmuş zaman aralıklarına ya da belli bir sosyal gruba mensup olanlar" için kullanılmaktadır.^[54] **Aşağıda kuşakların özellikleri kısaca açıklanmıştır.**

[53] Neil Howe ve William Strauss. Millennials Rising The Next Great Generation. (New York: Vintage Books. 2009). 10.

[54] İnayet Aydın. Yönetimde Kuşak Farklılıkları, Birlikte Çalışma ve Kuşakların Yönetimi. Prof. Dr. Ziya Bursalıoğlu'na Armağan (Edt: A. Balcı ve İ. Aydın). Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Yayınları. 2016. 69-94.

1- Kuşak Kavramı ve Farklı Kuşakların Özellikleri

Kuşaklar doğum yılları aralıklarına ve bu tarihlerin örtüştüğü, sosyal kültürel veya teknolojik olaylara bağlı olarak farklı özellikler göstermektedirler.^[55] Kuşaklar şöyle sınıflanmıştır:^[56]

a) Gelenekseller (Sessiz Kuşak)

1920-1946 yılları arasında doğan, yaşamını savaşlarda geçirmiş vatansever, otoriteye saygılı ve bağlılık duygusu yüksek kişilerdir.

b) Bebek Patlaması Kuşağı (Baby Boomers)

1945-1964 arası doğan, 1950’lerden sonra doğum oranlarının arttığı bir ortamda büyüyen, kalabalık ailelere mensup bir kuşaktır.

c) X Kuşağı

1965-1980 yılları arasında doğan kuşaktır. X Kuşağı önemli bir ara kuşak olarak tanımlanabilir ve radikal değerlerin savunucusu bir kuşaktır. Çeşitli ekonomik krizler ve sosyal sancılar döneminde doğdukları için *kayıp kuşak* olarak da anılırlar.

d) Y Kuşağı (Milenyum Kuşağı)

1980-2000 arası doğanlardır. Y kuşağı her şeyi sorguladığı için “WHY” kuşağı olarak adlandırılır ve kısaca Y yazıldığı için bu ad verilmiştir. Y Kuşağı hızlı değişme ve anlık hazlar çağında, gelişen teknoloji ve sosyal ağlar içinde büyüyen ilk kuşaktır. Günlük hayatlarının büyük kısmını bilgisayar karşısında geçirmeyi tercih eden Y kuşağının anaokulundan itibaren internet hayatlarının bir parçası olmuştur ve bilgiye ulaşmak, iletişim vb.

[55] Aydın, 2021, a.g.e.133.

[56] Aydın, 2016, a.g.e. 72-77.

amaçlarla interneti etkin bir şekilde kullanmaktadırlar. ^[57]

e) Z kuşağı (Zero Generation, Net Generation)

2000 Yılından sonra doğan ve “dijital yerliler” de denen bu kuşağın ilk üyeleri önümüzdeki günlerde **çalışma yaşamına girmiş olacaklardır. Z kuşağı genellikle tek çocuk ya da kardeş sayısı az ailelere büyümekte ve insan ilişkileri ve sosyalleşme açısından daha zayıf kalmaktadır. Teknoloji ile son derece iç içe, çok fazla bireysel ve bağımsız, yaratıcılık ve yenilikten zevk alan ve aynı zamanda güven arayan bir kuşaktır. Sosyal mecralar, mobil teknolojilerle iletişim kurmayı tercih eden ve teknolojiyi doğal yaşam standardı olarak algılayan bir nesildir.**

f) Alfa Kuşağı

2010 arası doğanların oluşturduğu bir kuşaktır.

2- Yeni Kuşakların Öğrenme Özellikleri

Her kuşaktan **öğrenciler, içinde büyüdükleri ekonomik, sosyal ve kültürel koşullar nedeniyle belirli ve benzersiz özelliklere sahiptir ve bu özellikler onların öğrenmeye ilişkin algılarını da etkilemektedir. Eski kuşaklar saygı ve itaat temelli yetiştirildikleri için öğrenme sürecinde de bir otoriteye ihtiyaç duymaktaydılar. Ancak yeni kuşaklar teknolojinin içine doğan bir öğrenci grubu olarak kendi kuşağına ait farklı öğrenme özellikleri taşımaktadırlar. Farklı öğrenme stilleri ve tercihleri bulunan kuşakların tüm dertlerine deva olabilecek tek bir öğretim yaklaşımı olmadığı için eğitim yaklaşımlarını yeni kuşakların öğrenme ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde güncellemek önemlidir.** ^[58]

[57] Aydın, 2016, a.g.e.74.

[58] Shafaly Shorey, Valerie Chan , Priyadharshni Rajendran & Emily Ang. Learning styles, preferences and needs of generation Z healthcare students: Scoping review. Nurse Education in Practice. Volume 57, November 2021.

Z kuşağı öğrencileri, daha çok görsel ve dokunsal öğrenmenin olduğu bağımsız bir öğrenme stilini tercih etmektedirler. Bilgiye erişim, bilgiyi işlemek ve ihtiyaç duydukları her şeyi internette nasıl bulacaklarını bilmek konusunda çok güçlüdürler. İlgi çekici bir eğitim ortamı (gerçek, sanal veya artırılmış gerçeklik) ile oyunlaştırma unsurlarıyla izleyerek ve yaparak **öğrenmeyi isterler. Bireyselleştirilmiş, hızlı, heyecan verici, ilgi çekici, teknolojik olarak gelişmiş ve görsel temelli öğrenmeye daha açıktırlar.**^[59], ^[60]

Diğer yandan yeni kuşak öğrenciler zorlanmaya gelemmezler. Teknolojiye olan yoğun bağımlılıktan dolayı sözlü iletişim ve yüz yüze iletişim becerileri zayıftır. Kişisel sosyal becerileri az gelişmiştir. Z kuşağı öğrencileri pratik ve konuyla ilgili bilgiler öğrenmek isterler. Karşılarında her şeyi bilen bir otorite öğretmendenise, öğrencilerin konuyla ilgili ve öğrenme becerilerini geliştirmelerine yardımcı olan bir öğrenme kolaylaştırıcısı rolü üstlenmesini beklerler.^[61]

Görüldüğü gibi hukuk eğitiminde de yeni kuşakların öğrenme ihtiyaçlarını karşılayan etkileşimli ve bütünsel bir öğrenme ortamı sağlamak için eğitim uygulamalarını, yöntemlerini, stratejilerini ve öğretim yaklaşımını değiştirme ihtiyacı açıktır. Eğiticiler yeni kuşakların öğrenme özelliklerini iyi kavrayabilirlerse, bu durum öğrenme kalitesinin iyileştirilmesinde önemli bir etkiye sahip olacaktır. Ayrıca makalenin önceki bölümlerinde önerilen ve öğrencilerin yaratıcılıklarını teşvik eden, onları aktif tutan, teknolojiden yararlanan ve yenilikçi öğrenme ortamlarının geliştirilmesi ve sunulması da yeni kuşakların öğrenmesi üzerinde olumlu etkiler yara-

[59] Tatiana Krasnova, Alena Kouznetsova, Marya Ovsyannikova & Anna Loginova. Microlearning for Generation z in the Foreign Language Classroom. 15th International Conference on Education and New Learning Technologie. July 2023.

[60] Shorey vd., a.g.e.

[61] Krasnova vd.a.g.e.

tacaktır.

G. HUKUK EĞİTİMİNDE MENTORLUK SİSTEMİNİN KURULMASI

Pek çok kurum ve kuruluş, yeni göreve başlayan çalışanların işlerine alışmalarına yardımcı olmak amacıyla çeşitli mentorluk programları uygulamaktadırlar. Bir mesleğe yeni adım atan kişilerin önemli oranda kaygı yaşadığı bilinen bir gerçektir Mentorluk en genel anlamda daha deneyimli bir kişi ile (mentor) daha az deneyimli olan kişi (mentorluk alan kişi) arasında gerçekleşen etkileşimli, iş birliğine dayalı bir deneyim paylaşımı, öğrenme ve gelişme sürecidir.^[62] Mentorluk, “bireylerin potansiyellerini en üst düzeye çıkarmak, becerilerini geliştirmek, performanslarını iyileştirmek için insanların kendi öğrenmelerini yönetmelerine yardımcı olmak ve desteklemektir.”^[63] **Tüm hukuk profesyonellerinin mesleklerine hızlı bir şekilde oryantasyonu, yetkinliklerinin artırılması, deneme-yanılma süresinin kısaltılmasında etkili mentorluk programları büyük bir yarar sağlayacaktır.**

Öncelikle mentorluk yapmak, başkalarının gelişiminin sorumluluğunu üstlenmek ve katkıda bulunmaktır. Mentor, bireyin sürekli gelişimi ile ilgilenir; kendi deneyim ve bilgisini aktarır ve iş yapmayı öğretir. Deneyimli ve alanında bilinen hâkim, savcı, avukat ve diğer yargı profesyonelleri iyi bir mentorda bulunması gereken şu nitelikler göz önünde tutularak seçilmeli ve dinleme, empati, organizasyon, iletişim ve ilişki geliştirme, soru sorma, gözlem,

[62] İnayet Aydın. Okulda Mentörlük Süreci ve Yöneticilerin Mentörlük Rolü. Türkiye Özel Okullar Dergisi, 2022. Cilt.15, Sayı, 62, 27.

[63] Eric Parsloe. Coaching, Mentörlük ve Değerlendirme. (London: Kogan Page.1992). 24.

geribildirim gibi mentorluk becerileri konusunda yetiştirilmelidir.^[64]

- **İşe karşı olumlu tutumlar ve doğru iş alışkanlıkları**
- Yüksek iş performansı
- Mentorluk rolünü oynayabilmek için yeterli iş deneyimi
- Başkalarına yardımda gönüllülük ve iş arkadaşlarına saygı
- **İnsanları eğitebilecek sabır**
- Başkalarının duygularına karşı duyarlılık

Yeni göreve başlayacak olan hukuk profesyonelleri için düzenlenecek bir mentorluk programının aşağıdaki adımlardan oluşması uygun olacaktır:^[65]

- Mentorluk yapacak kişi/kişilerin seçilmesi.
- Mentor ile mentorluk alacak kişinin eşleştirilmesi.
- Mentorluk yapılabilmesi için gereken ortamın hazırlanması.
- Mentorluk yapacak bireyle toplantı yapılması ve amacın açıklanması.
- Mentorun eğitilmesi.
- Mentorun rolünün açıklanması.
- Mentorluk sürecinin ve uygulamanın açıklanması.
- Mentorluk yapılacak bireyin eğitim ihtiyaçlarının saptanması.
- Mentor tarafından belirli bir konunun öğretiminde, açıklama ve gösteri yaparak işlerin nasıl yapılacağını gösterilmesi.
- Mentor tarafından açıklanan ve gösterilen konuda mentorluk alanın yaptığı uygulamaların gözlenmesi ve iyileştirme önerilerinde bulunulması, gerekirse tekrar gösterilmesi ve böylece çalışanın işi daha iyi yapar duruma gelmesinin sağlanması.
- Eğer mentorluk alan kişi öğretimi yapılan konuda daha fazla uy-

[64] Aydın, 2022. a.g.e. 28.

[65] Aydın, 2022. a.g.e.30-31.

gulama ihtiyacı duyuyorsa, mentorun ek uygulamalar yaptırması, bireye yaptığı iş konusunda geribildirim ve bilgi sunulması.

- Gözlem ve tartışmalar yolu ile mentorluk alan ve mentor elde edilen sonuçlar hakkında karar vererek ileri eğitim ihtiyaçlarının neler olduğunu saptarlar.
- Belirlenen eğitim konularının tanımlanması her ay ayrıntılı mentorluk planlamasının yapılması.
- Mentor ve mentorluk alan kişinin her ay başında, aylık hedef belirleme ve planlama toplantıları yapması
- Gelişim hedeflerinin belirlenerek aylık “Bireysel gelişim Planı” formunun birlikte oluşturulması.
- Mentorluk alan kişi tarafından yapılmak üzere bazı çalışmaların mentor tarafından görev olarak verilmesi ve uygulama sonrası izlenmesi.
- Mentorluk alan yönetici daha fazla uygulama ihtiyacı duyuyorsa mentor tarafından ek çalışmalar yaptırılması.
- Mentorluk alan yöneticiye çalışması ile ilgili acil ve özel konularda durumsal tavsiyeler verilmesi.
- Mentorluk yapılan konuda daha uzman olan başka bir mentorun desteğine ihtiyaç duyulduğunda toplu ya da bireysel olarak düzenlenecek mentorluk çalışmaları için ek görüşmeler ya da toplantılar yapılması.
- Mentorluk sürecinin izlenmesi ve değerlendirilmesi.

SONUÇ

Hukuk eğitimi tüm diğer alanlar gibi bir toplumun nasıl yaşayacağını ve gelecek kuşaklara nasıl bir dünya bırakacağını derinden etkileyen çok önemli bir alandır. Hukuk profesyonellerinin hizmet öncesi ve hizmet içi düzeylerde aldığı eğitim, onların sahip oldukları bilgi, beceri ve tutumlar yolu ile mesleki yetkinliklerini belirlediği gibi aynı zamanda mesleki kim-

liklerini ve bir hukukçu olarak sorumluluk üstlenme motivasyonlarını da etkilemektedir.

Hukuk eğitiminin amaç, kapsam, yöntem ve içeriği yeniden ele alınmalıdır. Üniversite sıralarında sunulan hukuk eğitimi sadece büyük amfilerde, kalabalık sınıflarda, etkileşimsiz ve pasif bir eğitim olmaktan çıkarılmalı ve hukuk öğrencilerinin analitik düşünme, karar verme, yargısal prosedürleri yerine getirecek becerileri kazandıkları, etkili iletişim ve sunum tekniklerini öğrendikleri, aktif, yapılandırmacı ve uygulamalı bir yapıya dönüştürülmelidir. Canlandırma duruşmaları, sanal gerçeklikle duruşma simülasyonları gibi yenilikçi uygulamalar hukuk eğitiminin bir parçası haline getirilmelidir. Bu öğrenci merkezli eğitim yöntemlerinin uygulanabilmesi için tüm hukuk eğitimcileri “eğitim bilimleri” ve eğitim yöntem ve teknikleri konusunda sertifika programlarına katılmalıdırlar. Sadece okul çatısı altında kalan bir eğitimden çok adli kurumlarda gözlem, ziyaret, hukuk klinikleri gibi okul dışı eğitim uygulamalarının tüm hukuk fakültelerinde yaygınlaştırılması sağlanmalıdır.

Hukuk profesyonellerinin hizmet içi eğitiminde öncelikle farklı meslek alanlarının eğitim ihtiyaçları saptanmalı ve buna uygun oryantasyon, temel, geliştirme, yöneticilik ve özel alan eğitimlerinin verildiği sitemler kurulmalıdır. Hizmet içi eğitim sadece sınıf içi bir etkinlik olmaktan çıkarılmalı ve birebir geliştirme uygulamalarından yararlanılmalıdır. Bu amaçla mesleğe yeni giren adayların gerçeklik şokunu çabuk atlatmaları ve deneme yanılma süresinin kısaltılması için mesleki koçluk ve mentorluk sistemleri kurulmalı ve etkin biçimde uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

Âdem, Mahmut. *Eğitim Planlaması, Kavramlar, Yöntemler, Teknikler*. Genişletilerek Yeniden Düzenlenmiş 2. Baskı. Ankara: A.Ü. Eğitim Fakültesi Eğitim Araştırmaları Merkezi, 1981.

Akyol, Mehmet. “Türkiye’de Hukuk Eğitiminin Sorunları ve Çağdaş Gelişmeler Karşısındaki Durumu”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1-42, (2021): 89-120.

Armstrong, Michael. *Armstrong’s Handbook of Human Resource Management Practice*. Philadelphia: Cogan Page, 2014.

Aydın, İnayet. “Üniversitelerde Meslek Etiği Eğitiminin Önemi ve Yöntemleri”. *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*. (Baskıda).

Aydın, Oğuz Gökhan. “Gelenekten Geleceğe Türkiye’de Hukuk Eğitimi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. Cilt: 0 Sayı: 21(2015): 621 – 657.

Aydın, İnayet. “Yönetimde Kuşak Farklılıkları, Birlikte Çalışma ve Kuşakların Yönetimi”. *Prof. Dr. Ziya Bursalıoğlu’na Armağan* (Edt: A. Balcı ve İ. Aydın). Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Yayınları. 2016, 69-94.

Aydın, İnayet. *Eğitim ve Öğretimde Etik*. 13. Baskı. Ankara: PEGEM-A Yayıncılık, 2023.

Aydın, İnayet. *Kamu ve Özel Sektörde Hizmet İçi Eğitim El Kitabı*. Ankara: Pegem Akademi, 2021.

Aydın, İnayet. “Okulda Mentörlük Süreci ve Yöneticilerin Mentörlük Rolü”. *Türkiye Özel Okullar Dergisi*, Cilt.15, Sayı: 62, (2022): 27-31.

Aydın, İnayet. *Türkiye’de Adalet Akademisi Eğitici Eğitim El Kitabı*. Ceza Adalet Sisteminin Güçlendirilmesi ve Yargı Mensuplarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ihlallerinin Önlenmesi Konusunda Kapasitelerinin Artırılması Ortak Projesi. Council of Europe/Avrupa Konseyi, <https://>

rm.coe.int/tr-metodoloji-el-kitab-web/1680a9acd9

Başaran, İbrahim Ethem. *Örgütsel Davranış. İnsanın Üretim Gücü*. Ankara: Gül yayınevi, 2008.

Başaran, İbrahim Ethem. *Yönetim*. Ankara: Feryal Matbaası, 2000.

Buckley, Roger ve Jim Caple. *The Theory and Practice of Training*. London: Kogan Page, 2007.

Demirel, Özcan. *Planlamadan Değerlendirmeye Öğretme Sanatı*. Ankara: PEGEM A. 1999.

Erdem, Fazıl Hüsnü. Türkiye’de Hukuk Eğitimi: Çözüm Arayışları, Sorunlar ve Öneriler. *Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi*, Cilt/Volume: 13, Sayı/Issue:1, (Nisan/April 2021): 302-321.

Erdoğan, Seher. “Okul Yöneticilerinin Kültürel Sermaye Düzeyleri ile Okul Kültürü Arasındaki İlişki”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, 2019.

Ertürk, Selahattin. *Eğitimde Program Geliştirme*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Basımevi, 1972.

Gözler, Kemal. “Küreselleşme Sürecinde Hukuk Eğitimi”. *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 6, Sayı 69, (Eylül 2008): 3021-3030.

Hamat, Muniroh, Siti Balqis Mahlan ve Maisurah Shamsuddin. Reducing Spoon Feeding in Education. SIG: eLearning@CS <https://appspe-nang.uitm.edu.my/sigcs/> Publication Date, 04-Apr-2023.

Haydar Taymaz. *Hizmet İçi Eğitim*. Ankara: Ankara: PEGEM, 1992.

Howe, Neil ve William Strauss. *Millennials Rising the Next Great Generation*. New York: Vintage Books. 2000.

https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/competence#google_vignette (erişim 12.02.2024).

https://kars.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2019_12/23112529_Okul_DYYY_OYrenme_OrtlY_KYlavuzu.pdf (erişim 10.09.2023).

<http://www.uppinghamseminars.com>. (erişim 10.01.2024).

<https://rm.coe.int/tr-metodoloji-el-kitab-web/1680a9acd9?> (erişim 12.02.2024).

https://tubitak.gov.tr/sites/default/files/1776/taa_yapayzeka.pdf (erişim 15.03.2024).

<https://unevoc.unesco.org/home/TVETipedia+Glossary/show=term/term=Digital+literacy> (erişim 12.02.2024).

<https://www.19thcircuitcourt.state.il.us/1610/Guide-to-Conducting-Mock-Trials> (erişim 01.04.2024).

<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/2023-avukat-sayilari-31122023-84464> (erişim 10.12.2023).

<https://yokatlas.yok.gov.tr/lisans-bolum.php?b=10094> (erişim 28.10.2023).

Jarvis, Peter. *Adult and Continuing Education: Theory and Practice*. London: Routledge. 1995.

Jian, Kunyi. Peng Nai ve Tao Yu. Simulation application of virtual reality technology in legal education. Journal of Physics: Conference Series, Volume 1419, International Conference on Modeling, Simulation, Optimization and Algorithm 9–10 November 2019, Sanya, China. Phys.: Conf. Ser. 1419 012046.

Kirkpatrick, Donald. *Evaluating Training Programs: The Four Levels*. San Francisco: Berret Koehler Publishers. 1998.

Krasnova, Tatiana. Alena Kouznetsova, Marya Ovsyannikova ve Anna Loginova. “Microlearning for Generation z in the Foreign Language Class-

room”. *15th International Conference on Education and New Learning Technology*. July 2023.

Öngöz, Sakine, Hasan Karal, Mustafa Tüysüz, Adil Yıldız ve Ahmet Kılıç. “Development of Three Dimensional Virtual Court for Legal Education”. *Turkish Online Journal of Qualitative Inquiry (TOJQI)*, Volume 8, Issue 1, (January 2017): 69-90.

Öztürk, Hakan. “Hukukçuların Eğitimi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı;1, (Nisan 2010): 167-194.

Parsloe, Eric. *Coaching, Mentoring and Assessing*. London: Kogan Page.1992.

Sáez, Jose Antonio García. *Legal Clinics as a Training Methodology in Human Rights. Epistemic Communities at the Boundaries of law: Clinics as a Paradigm in the Revolution of Legal Education in the European Mediterranean Context*. Edited by Cecilia BlEngino and Andrés Gascón-Cuenca. Milano: Ledizioni Ledi Publishing. 2019.11-19.

Shorey, Shefaly Valerie Chan, Priyadharshni Rajendran ve Emily Ang. “Learning styles, preferences and needs of generation Z healthcare students: Scoping review”. *Nurse Education in Practice*, Volume 57, (November 2021): <https://doi.org/10.1016/j.nepr.2021.103247>

Silberman, Mel. *Active Training A Handbook of Techniques, Designs, Case Examples, and Tips*. John Wiley & Sons, Inc.Pfeiffer, 2006.

Stoner, James A.F. *Management*. New Jersey: Englewood Cliff/ Prentice Hall Inc.,1982.

Türegün, Nida. *Ethical Awareness, Ethical Decision Making, and Transparency: A Study on Turkish CPAs in Istanbul*. (Accounting from a Cross-Cultural Perspective. Asma Salman and Muthanna G. Abdul Razzaq /eds., 2018). <https://www.intechopen.com/chapters/61095>). 33.

Wold Custom Organization. Training of Trainers Manuel. WCO, 1995.

YAZAR BİLGİLERİ

Prof. Dr. Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi. Eğitim Bilimleri Bölümü, Eğitim Yönetimi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. iaydin@ankara.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7522-8961>. 05326378901

Prof. Dr. Ankara University Faculty of Educational Sciences, Department of Educational Sciences, Educational Administration, iaydin@ankara.edu.tr. <https://orcid.org/0000-0002-7522-8961> 05326378901



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Dördüncü Oturum

KAMU AVUKATLIĞI

Koruyucu Avukatlık ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Bağlamında Kamuda Çalışan Avukatlar

Tülay ÇOKAN

ÖZET

Kamuda koruyucu avukatlık pratiğinin artırılması ve kamunun taraf olduğu ihtilafların alternatif uyuşmazlık çözüm yolları marifetiyle çözümünün sağlanmasına yönelik olarak, kurum hafızası, işleyişi ve mevzuatına hakim, daha da önemlisi uyuşmazlığın art etkilerini öngörebilecek nitelikteki kamu avukatlarının meslekî özerkliğinin sağlanması, kamunun taraf olduğu yüz binlerce dosyanın yargıya intikalini önleyeceği gibi Hukuk Devleti İlkesinin gerçekleştirilmesine büyük katkı sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler:

kamu avukatlığı

koruyucu avukatlık

mesleki özerklik

alternatif uyuşmazlık çözüm
yolları

yargı reformu

Public Sector Lawyers In The Context Of Preventive Advocacy And Alternative Dispute Resolution Methods

ABSTRACT

In order to increase the practice of protective advocacy in the public sector and to ensure the resolution of disputes in which the public is a party through alternative dispute resolution methods, to ensure the professional autonomy of public lawyers who are well-versed in the memory of the institution, its functioning and legislation, and more importantly, who can foresee the after-effects of the dispute, to ensure the transfer of hundreds of thousands of files to which the public is a party to the judiciary. It will prevent and contribute greatly to the realization of the Rule of Law Principle.

Keywords:

public sector lawyers

preventive advocacy

autonomy

alternative dispute
resolution methods

judicial reform

I- GİRİŞ

“DevletinAvukatı” olarakdatanımlayabileceğimizkamudaçalışanavukatlar,Prof.Dr. Ejder YILMAZ’ın deyişiyle “*kamu gücü kullanan kurum ve kuruluşların her türlü hukukîilişkilerine yön veren ve ortaya çıkan uyuşmazlıklarda da onları temsil eden meslek mensuplarıdır.*”^[1] Tâbi oldukları mevzuat, uhdesinde görev yapılan kamu kurumuna göre değişiklik göstermekle birlikte, görev tanımları hemen hemen aynıdır. Kamuda görev yapan avukatlar, dava takibi başta olmak üzere, hukukî görüş, mevzuat taslağı hazırlanması ile hukukla irtibatlandırılacak hemen tüm işlemlerin muhatabı ve çözümleyicisi konumunda bulunmaktadır.

Genel ve Özel bütçeli kamu idareleri bakımından hukuk hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin hususlarda temel metin olarak karşımıza 02.11.2011 tarihli ve 28103 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname çıkmaktadır. Öyleki,mezkûr KHK’nın kapsamına almadığı kamu idarelerinde dahi uygulama hemen hemen 659 sayılı KHK’nın çizdiği çerçevede yürütülmektedir.

659 sayılı KHK’da sair kanun metinlerinde karşımıza sıklıkla çıkmayan “İlkeler” başlıklıbirmaddesibulunmaktadır.Bumaddede,Kanun’unuygulanmasına hakim olması arzu edilen ilkeler:

- İdarelerintaraf olduklarıuyuşmazlıkların, taraflarınhakkvemenfaatlerinin dengeli olarak değerlendirilerek, **adil ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi**,
- İdarelerintaraf oldukları**davaların, usulekonomisineuygun olarak**, imkânlar ölçüsünde idarelerde istihdam edilen hukuk müşavirleri ve avukatları tarafından takibi,
- Davaların takibinde, mahkeme kararlarının hukuka uygun olarak, **adil, süratli ve en az masrafla** verilebilmesine yardımcı olunması olarak belirlenmiştir.

Devamla, “*Hukuk Biriminin Görevleri*” başlıklı4üncü maddesinde:

“(1)Hukukbirimleri; idarelerde **muhakemat hizmetleri ile hukuk-**

[1] E.YILMAZ, Kamuda Çalışan Avukatlar, AÜHF Dergisi Yıl2008, s.738,

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/626995> (çevirimiçi)

danışmanlığına

ilişkin iş ve işlemleri yürütmekle görevli ve sorumludur.

(2) *Hukuk birimleri muhakemathizmetleri kapsamında;*

a) *İdarenin taraf olduğu **adli ve idari davalarda, iç ve dış tahkim yargılamasında, icra işlemlerinde ve yargıya intikal eden diğer her türlü hukuki uyuşmazlıklarda** idareyi temsil eder, dava ve icra işlemlerini vekil sıfatı ile takip eder.*

b) *İdarece hizmet satın alma yoluyla temsil ettirilecek dava ve icra takipleri ve tahkim ile ilgili işlemleri koordine eder, izler ve denetler.*

(3) *Hukuk birimleri hukuk danışmanlığı kapsamında;*

a) *İdare hizmetleriyle ilgili olarak diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan mevzuat taslaklarını, idare birimleri tarafından hazırlanan mevzuat taslakları ile düzenlenecek her türlü sözleşme ve şartname taslaklarını, idare ile üçüncü kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklar ilişkileri ve idare birimlerinin sorulacak diğer işleri inceleyip hukuki mütalaasını bildirir.*

b) ***Anlaşmazlıkları önleyici hukuki tedbirleri zamanında alır, uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümü konusunda mütalaa verir.***

c) *İdarenin amaçlarını daha iyi gerçekleştirmek, mevzuata, plan ve programa uygun çalışmalarını temin etmek amacıyla gerekli hukuki teklifleri hazırlar.*

(4) *Hukuk birimleri, hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun sekreteryahizmetlerini ve idaresince verilen diğer görevleri yürütür.” düzenlemesi bulunmaktadır.*

Bu çerçevede kamu idaresinin vekilliğini üstlenen kamu avukatının, hukukî görüş vermekten ihtarname çekmeye, icra işlemlerine davata tabiinden (ve bu çerçevede arabuluculuk işlemlerini yürütmekten) iç ve dış tahkimde kurumunu temsil etmeye kadar çok geniş bir temsil yetkisini haiz olduğu görülecektir.

Günümüzde, teknolojik gelişmeler, iş ve ekonomik yaşamın ulaştığı hız, hukuk alanında da yeni uyuşmazlık alanları ortaya çıkardığı gibi, uyuşmazlığın çözümünde de hayatın akış hızına uygun bir uyuşmazlık çözüm arayışını beraberinde getirmektedir. Ülkemizdede hukukî danışmanlık hizmetlerinden faydalanma bilinci artmakta, böylece başta ihtilaf ayesa noktaların ortadan kaldırılması öncelikli hedef haline gelmektedir. İhtilaf hasıl olduğunda ise tarafların uyuşmazlığın adli makamlara in-

tikelinden evvel, gerekirse ulaşılabilecek neticeden taraflarca feragat edilmek suretiyle ihtilafın biran evvel çözümü amacıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru giderek önem kazanmaktadır. Bu çalışmamızda kamu avukatlığının tabi olduğu mevzuat bakımından genel çerçevesini oluşturan 659 sayılı KHK bağlamında koruyucu avukatlık ve alternatif çözüm yolları bağlamında kamu avukatlığı ele alınmaya çalışılacaktır.

II- KAMUDA KORUYUCU AVUKATLIK

İleride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önceden değerlendirilerek gerekli hukukî önlemlerin alınması olarak tanımlayabileceğimiz koruyucu avukatlık, en ufak bir kırtasiye malzemesialımındanperson elistihdamına,atamaişlemindentutunuzmevzuathazırlanmasına kadar-bilaistisnaheradımınıhukuklaçerçevelenmişkamuidareleribakımından hayatiönem arz etmektedir. Anayasamızda karşılığını bulan Hukuk Devleti İlkesi'nin bir yansıması olarak Kanunî İdare İlkesi'nin bihakkın tesisi bakımından kamu avukatlarının bugün neredeyse dava takibine indirgenmiş vaziyetteki görev ve yetkilerinden en önemlilerinden biri de esasen koruyucuavukatlıkpratiğidir.Kamudagörevyapanmeslektaşlarımız,kurumununmevzuatına ve kültürüne hakim olarak ve takip olunan davaların neticelerinden elde ettiği tecrübesiyle ortaya çıkabilecek ihtilafları öngörme yeteneğine sahip bulunmaktadır. Kamu hiyerarşisinde yürüttüğü hizmetin niteliği itibariyle danışma birimleri olarak örgütlenmiş bulunan hukuk birimlerinin temel görevlerinden biri, hukuki danışmanlık hizmeti olarak tanımlanmıştır.

659 sayılı KHK'nın 4. maddesinde karşılığını bulan hukukî danışmanlık hizmeti, icracı birimlerce uygulamada ihtilafa düşülen hususlarda sorulan sorular çerçevesinde aydınlatıcı ve yol gösterici olarak ve her türlü sözleşme ve şartname tasarılarına, mevzuat taslaklarına ve bir uyuşmazlığın adli makamlara intikali öncesi ve sonrasında sulh aşamasında kamu menfaati bulunup bulunmadığı hususlarında olmak üzere oldukça geniş kapsamlı olarak düzenlenmiştir.

Görüşler,nitelikleri gereği kesin ve yürütülebilir olmayan istişarî mahiyette idari işlem niteliği taşımakla birlikte uygulamada etkisi çoğu kez talimat hükmündedir. Her ne kadar görüş talep eden icracı birim, hukuk birimi tarafından verilen görüşle bağlı değil ise de, aksi yönde işlem tesi-

si pek nadirdir. Vereceği görüş çerçevesinde işlem tesis edileceğini bilen hukukçu personel tarafından -bilhassa malî hususlara müstenit görüşlerde- kesin bir yargıya varmaktan imtina edilmesine, günümüz koşullarında şaşdırmamak gerekir.

Diğer yandan, iş yükünün ağırlaştığı büyükşehirlerde sayısı birkaç bini bulan dosyanın takibini yapmak durumunda olan, arabuluculuk toplantıları, duruşmalar, keşiflerden kalan zamanında dosyalarının takibi, dilekçelerinin yazılması, hatta kurumuna adli makamlardan intikal eden tüm yazışmaların yürütülmesine kadar uzanan işlerin takibi ile mükellef tutulan kamu avukatlarının hukukî danışmanlık faaliyetlerini bihakkın yürütebilmek adına yeterli zihinsel ve zamansal olanağa sahip bulunmamasına da burada değinmek gerekmektedir. Serbest meslek mensubu avukatlardan farklı olarak iş reddetme keyfiyetinden yoksun bulunan kamu avukatları, mevcut koşullar sebebiyle hakimlik, savcılık, noterlik, müfettişlik gibi idarî ve malî yönden çok daha avantajlı alanlara yönelmekte, azalan hukukçu sayısı telafi edilmediği gibi dava sayısı her geçen gün artmaktadır. Koruyucu avukatlığın, başvuru hadise bakımından risk analizi yapma, olasılıkları değerlendirerek tahlil etme, mevzuat ve karar tarama gibi zaruri unsurlarının bihakkın gerçekleşebilmesi adına-sair-noksanlık bir kenara bırakılsa dahi-dinç bir zihin ve yeterli zamana ihtiyaç duymakta olduğu açıktır.

Öte yandan, meşhur tabiriyle yargının sac ayaklarından biri olan avukatlığın kamuda karşılığı olan kamu avukatlarında, tüm meslektaşları gibi diğer hukuk profesyonellerinden ayrıldığı, iddia makamı olan savcılık ile mertebe itibarıyla eşit olmakla birlikte idari, mali ve cezaî yönden eşitsiz muamele gördüğü, Devlet hiyerarşisinde meslek mensubu olamayan bir memurdan farklı konumlandırılmadığı göz önüne alındığında meslektaşlarımızın bugün mesleğin başında **“Hukuka, ahlaka, mesleğin onuruna ve kurallarına uygun davranacağıma namusum ve vicdanım üzerine and içerim”** yeminine uyabilmek adına ayrıca bir cesaret göstermek zorunda bırakılmaları kanaatimizce hakkaniyetle bağdaşmamaktadır.

Kamu avukatlarının koruyucu avukatlık pratiğinin artırılması adına önerilerimiz aşağıda değerlendirilecek olup, ihtilafın adli makamlarca çözümü neticesinde varılacak netice ne olursa olsun artık ortada tartışma

konusu edilemeyecek bir yargı kararı bulunduğu cihetle ileride karşılaşılması muhtemel idari, malî ve cezaî sorumlulukların bu yolla bertaraf edilmesinin tercih edilmesinin sebebinin, kamu avukatlarının “hukukî görüş verme” görev ve yetkisinden imtina etmeleri olmadığına bilinmesigerek mektedir. Budurum halihazırdakamu avukatlarına reva görülen statünün doğal bir neticesi olarak tecelli etmektedir.

III- ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARINDA KAMU AVUKATLIĞI

a. SULH

Sulh, ihtilafın taraflarınca aralarında mevcut bir uyuşmazlığa belirli fedakarlıklarda bulunmak suretiyle son veren bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Bu yönüyle sulh, mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

659 sayılı KHK’nın 9. maddesinde de yer bulan sulh müessesesi, maddenin lafzı itibarıyla neredeyse uyuşmazlığın çözümünde temel yöntem olarak benimsenmiştir. Şöyle ki, mezkûr maddede: “(1) *İdarelerin adli yargıda dava açmadan veya icra takibine başlamadan önce karşı tarafı **sulhe davet etmesi esastır.** İdareler, kendi aleyhlerine dava açılacağını veya icra takibine başlanılacağını öğrenmeleri durumunda da karşı tarafı sulhe davet edebilirler.*” denilmektedir.

Devamla, 659 sayılı KHK’nın “*Adli uyuşmazlıklarda sulhün usul ve esasları*” başlıklı 10 uncu maddesinde bu KHK çerçevesinde yapılan sulh anlaşmalarına ilişkin tutanağın **ilam hükmünde olacağı**, ilamların icrasına dair genel hükümlere göre infaz olunacağı, sulh olunan hususlarda taraflarca dava açılmayacağı ve sulhe davet yazısının diğer tarafa tebliği ile uyuşmazlık konusu hak ve alacağın tabi olduğu kanunî sürelerin duracağı, sulhün sağlanamaması halinde bu durumun tutanağa bağlandığı tarihte sürelerin yeniden işlemeye bağlayacağı düzenlenmiş olmakla, mevcut düzenlemenin 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na oldukça paralel düzenlemeler içerdiği görülmektedir.

Bir uyuşmazlığın sulh yolu ile hallinde yetki, 659 sayılı KHK’nın 11 inci maddesi mucibince bakanlıklarda bakan’a, diğer idarelerde üst yönet-

iciye ait olmakla birlikte gerek idarelerin kendi aralarında doğan gerekse gerçek ve tüzel kişilerle ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından **hukuk birimlerinin uyuşmazlığın bu şekilde sonlandırılmasında maddi ve hukuki sebeplerle kamu menfaati bulunduğu yönündeki görüşü** sulh için zorunlu bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yönüyle, hukuk birimlerinin görüşvermegörev ve yetkisine ilişkin fiilî ve hukukî engeller olası bir sulh sürecinde de mevcut bulunmaktadır. Bilhassa uyuşmazlığın değerinin yüksek olduğu hallerde, idarî yönden unvan sahibi olmayan bir Devlet memurundan farkı bulunmayan kamu avukatlarının, hukukî görüşlerin istişarî nitelikte olduğu savunmasına dayanmasının herhangi bir disiplin cezasına ve dahası tazmin raporu marifetiyle sorumluluğuna müracaat edilmesine mani olamayacağı değerlendirilmektedir.

İleride daha ayrıntılı değinilecek olmakla birlikte, burada kamu avukatlarının işlemlerinden sorumlu olmamaları neticesini doğuracak tam bir sorumsuzluk halinin arzu edilmediğinin bilinmesi gerekmektedir. Meslek mensubu olarak istihdam olunan Devlet memuruhukukçupe rsonelin, hiyerarşikyönden müvekkilikonumundakikamuidaresinebağ lı olmasının yarattığı sıkıntılar bertaraf edilmeksizin, teknik bir iş olan avukatlık mesleğinin denetiminin ancak tarafsız ve bağımsız bir kurum/ kurul tarafından yine avukatlık mesleğine mensup kişilerce gerçekleştirilmesi sağlanmaksızın, kısacası kamu avukatları memurluktan avukatlığa yaklaştırılmaksızın kronikleşen sorunların çözümünün imkan dahilinde olmadığı düşünülmektedir.

Kamunun taraf olduğu uyuşmazlıkların sulh yolu ile halinde özellikle gözetilmesi gereken bir diğer husus ise, Devlet'in Eşitlik İlkesi'ne uygun hareket etmesi, böylece Hukukî Belirliliğin zedelenmemesinin de sağlanmasının bir zorunluluk olduğudur. Zira her ne kadar sulh-prosedürünün olaya özgü hüküm vesonuç doğuracak olmasivesürecingizlilik-prensibine göre yürütülmesi esas ise de, bir tarafının Devlet olduğu benzer uyuşmazlıkların birbirinden tamamen farklı neticelenmesi de kamu vicdanını zedeleyici neticeler doğurabilecektir. Bu yönüyle sulh, yalnızca bir ihtilafın yargıya intikal etmezden çözülmesinden ibaret değildir. Görev yaptığı kurumun vekili sıfatıyla kamu avukatının benzer ihtilafların eşitlik ve hakkaniyete uygun çözümü bağlamında hadiseyi değerlendirebilmesi, hatta taraf vekili olmaktan öte, her iki tarafın objektif çıkarlarını da gözeterek hakkaniyete ve hukuka uygun görüş verebilme

görev ve sorumluluğu da bulunmaktadır.

Burada altı çizilmesi gereken bir diğer hususta, vekil sıfatıyla adli-makamlar nezdinde tek başına temsil yetkisini haiz olan kamu avukatının hukukî görüşlerin idarî işlem özelliği taşıması sebebiyle bağlı bulunduğu birimin üst yöneticisi (merkezde hukuk hizmetleri genel müdürü/1. hukuk müşaviri, taşra teşkilatında il müdürü/bölge müdürü gibi) imzası ile tesis edilmesidir. Bir yönüyle, birden fazla personelin katılımı ve nihaî olarak yönetici imzası ile tesis olunduğundan, bu işlem sebebiyle doğa-cak olası sorumluluğun paylaştırılması akla gelmekte; aynı zamanda hukukçu personelin disiplin amiri olanyönetici ile görüş konu hadisede fikir ayrılığı yaşanması halinde, imza sahibi ve disiplin amiri yönetici-nin fikrine öncelik verileceğini tahmin etmek zor değildir. Hele ki taşra teşkilatlarında yöneticilerin hukukçu olmadığı, ilgili idarenin hizmet al-anı çerçevesinde doktor, mühendis, öğretmen vb unvanlara sahip olduğu ve ihtilafın sulh yolu ile halli için hukuk biriminin sulhte kamu menfaati bulunduğu yönündeki görüşünün zaruri olduğu bir arada değerlendirildiğinde, tıpkı hukukî görüşlerde olduğu gibi sulh sürecinde de kamu avukatlarının bağımsız bir yapıya kavuşturulmasının sürecin çok daha sağlıklı işlemesine katkı sunacağı tartışmasızdır.

Bu yönüyle kamu avukatlığının, taraf vekilliğini aşar mahiyetteki görev ve sorumluluğuna yaraşır koşullara kavuşturulması, yıllara sari itibar mücadelelerinin somut adımlarla tatmin edilmesi gerekmektedir.

Özetle, 659 sayılı KHK ile uyuşmazlıkların esasen sulh yöntemiyle çözülmesi benimsenmiş olmakla birlikte, mezkûr hükümlerin uygulanma oranının elde bilimsel veri olmaması hasebiyle hiç'ten biraz fazla olabileceğini tahmin etmek zor değildir. Merî olmakla birlikte yaşa-mayan bir hukuk normu olarak 659 sayılı KHK'nın 9. ve devamı mad-delerine can verilmeksizin kanaatimizce sair alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında da yol katedilmesi imkan dahilinde değildir.

b. ARABULUCULUK

i. DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK

01.01.2018 tarihi itibarıyla bireysel veya toplu iş sözleşmesinedayanan işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talepleri bakımından dava şartı olarak uygulanmaya başlanan ve giderek kapsamı genişley-

en dava şartı olarak arabuluculuk pratiğinde Adalet Bakanlığı tarafından kamunun taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından herhangi bir veri yayımlanmış değildir. Öte yandan, bir komisyon marifetiyle temsil olunan kamu idarelerinin taraf olduğu davaşartıarabuluculukgörüşmelerinde,kanaatimizcepekçokhaksızeleştiriyedemaruzkalan uyuşmazlığın kamu tarafında “anlaşmama refleksi”nin sürdüğü, bu dosyaların büyük çoğunluğunun anlaşmama ile neticelendiği bilinmektedir.

659 sayılı KHK’nın yayımlanmasına kadar Hazine Avukatlığı üzerinden yürütülen kamu avukatlığı uygulaması, pek çok kamu idaresi bakımından taşra teşkilatlarında da avukat istihdamı yolu ile yürütülmeye başlanmış, böylece kurumunun özgü mevzuatı ve kültürüne hakim, deymi yerindeyse “kurum hafızası”na sahip bir kamu avukatlığı pratiği oluşmuştur. Kamu avukatları cephesinden bu durumun, bir uyuşmazlığın sulh yolu ile hallinin yalnız o ihtilafınçözümüileeldeedilecekdaramladiki hukukî sonuçları ile değil; aynı zamanda ileride doğuracağı olumlu ve olumsuz neticeleri ile geniş anlamda kar ve zararlarını ele alınabilmesi bakımından koruyucu avukatlık başta olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerine büyük katkısı olacağı açık olmakla birlikte, kamuda avukatların idari pozisyonlarındaki belirsizliğin sürmesi, daha da önemlisi meslekî bağışıklıklarının bulunmaması, yürütülen muhakemat hizmeti sebebiyle diğer memur personel gibi sorumluluklarına başvurulabilmesi karşısında bu katkının işlevsiz hale geldiği günümüz koşullarında tartışmasıdır.

Birbirine emsal nitelikte değerlendirilebilecek ve dava süreçlerinin kamu kurumu aleyhine neticelenerek kesinleştiği hallerde dahi arabuluculuk sürecinin anlaşmama ile neticelenmesi de bu yönüyle tesadüf değildir.

6325 sayılı Kanun, 15 inci maddesi ile, arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyonun temsil edeceğini, ayrıca komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davalarının, ancak Devlet aleyhine açılabileceğini, Devlet’in ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir

yıl içinde rücu edeceğinidüzenlemiş bulunmaktadır.

Öte yandan kamu idareleri, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu gereğince Sayıştay'ın mezkûr Kanun'un lafzı ile *kamu idarelerinin etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak çalışması ve kamu kaynaklarının öngörülen amaç, hedef, kanunlar ve diğer hukuki düzenlemelere uygun olarak elde edilmesi, muhafaza edilmesi ve kullanılması* bakımından denetime tabidirler. Şu halde 6325 sayılı Kanun'un ilgili hükmü karşısında Sayıştayca yapılacak bir denetim neticesinde ilgili komisyon üyelerinin sorumluluğuna başvurulabilmesi mümkün olabilecek midir?

Sayıştay tarafından düzenlenen Denetim Raporları'nda arabuluculuk anlaşma belgeleri neticesinde yapılan ödemelerin uygunluk ve düzenlilik denetimi kapsamında ele alındığı görülmektedir.

Örneğin 2019 yılına ait bir Denetim Raporu'nda-özetle-arabuluculuk anlaşma belgesi neticesinde yapılan ödemelerin Kanuna aykırı şekilde ve hatalı ödemeye sebebiyet verdiğinden bahisle *“komisyon üyelerinin görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve işlemler nedeniyle görevinin gereklerine aykırı davranıp davranmadıklarının mahkeme kararı ile tespit edilmesini teminen ilgili kamu görevlilerinin Bakanlıkça soruşturularak gerekiyorsa idari ve cezai işlemlerin yürütülmesi gerektiği”*,

Yine bir başka kamu idaresine ait 2020 yılı Denetim Raporu'nda -özetle- Yargı yetkisinin mahkemeler eliyle kullanılacağı, arabuluculuk kurumunun mahkeme olmadığı, taraflardan bağımsız olarak, bir karar üretemeyeceği, anlaşma metnini idare temsilcileri imzalamamış olsa böyle bir karardan söz etmenin mümkün olmayacağı, arabuluculuk müessesesinin, kamu kurumlarının hukuk dışı işlemlerini bir anlaşmaya bağlamak suretiyle meşrulaştırmasınınbiryöntemihale getirilmesivedenetim-yargıyolunun kapatılmasının kabul edilemeyeceği beyan edilmek suretiyle *“sürekli işçi kadrolarına geçirilen personele arabuluculuk komisyonu kararına dayanılarak, mevzuata aykırı ödemede bulunulması uygulamasına son verilmesi uygun olacaktır.”* yönünde bulgulara yer verilmiştir.

Bu yönüyle 6325 sayılı Kanun ile arabuluculuk komisyonunda görevli personelin yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davalarının ancak Devlet aleyhine ikame olunabileceği düzenlenerek üçüncü kişilerce doğrudan komisyon üyelerine dava açılmayacağı

hükmolunmuş ise de, kamu idaresi tarafından komisyon üyelerinin sorumluluklarına başvurulmayacağı yönünde herhangi bir düzenleme olmaması ve komisyonun teşekkülünden sonra anlaşma, kısmî anlaşmaya hutaanlaşmama halleri bakımından komisyonun işleyiş biçimine yönelik herhangi bir düzenleme öngörülmemiş bulunmaması sebebiyle dava şartı arabuluculuğun halen uygulama ile şekillenmeye terkedilmiş bir süreç olduğunu söylemek gerekmektedir.

Şu halde, kamu idaresini temsilen teşekkül ettirilen komisyon bakımından, arabuluculuk sürecinin kısmen veya tamamen anlaşma ile neticelenebilmesinin ancak 659 sayılı KHK’da sulh, uzlaşma ve vazgeçme hallerine ilişkin yetkiyi düzenleyen 11 inci maddesinde yer alan koşulların sağlanması suretiyle mümkün olabileceği sonucuna varmak mümkündür.

Kamunun taraf olduğu ve dava şartı arabuluculuğa tabi binlerce dosyada görev yapan komisyon üyelerinin aradan geçen zamana karşın halen “huzur hakkı”ndan yoksun olarak çalıştırılıyor olması da hadisenin diğer yönüdür.

01.01.2024 tarihi itibarıyla 6 ncı yılını tamamlayacak olan dava şartı olarak arabuluculuk uygulamasının kamu idareleri nezdinde halen açık bir kanunî düzenlemeye kavuşturulmamış olması ve uygulamada da yerleşik bir pratiğin oluşmamış bulunması karşısında bu kez Sayıştay denetimi de dahil olmak üzere görev yaptığı kurum tarafından idarî, malî ve cezaî sorumluluğuna başvurulabilme ihtimali bulunan komisyon üyelerinin ve dolayısıyla kamu avukatlarının kamu idaresi aleyhine kesinleşmiş emsalleri bulunsa dahi anlaşma cihetinde irade gösterebilmesi ve 659 sayılı KHK’nın 11 inci maddesinde yer alan süreci izleyerek anlaşmazlığı bu aşamada çözümleme gayreti göstermesi kanaatimizce kısa vadede mümkün görünmemektedir.

ii. İHTİYARİ ARABULUCULUK

6325 sayılı Kanun’da kamu idarelerinin komisyon marifetiyle temsil edilebileceğine ilişkin 15 inci maddesi arabuluculuk sürecinin geneline şamil düzenlemeler içerisinde yer almakta olduğundan, aynı düzenlemenin kamunun taraf olduğu ihtiyari arabuluculuk faaliyetinde de uygulama alanı bulacağı düşünülmektedir. Öteyandan, bu süreçte görev

alacak olan kamu avukatlarının, yukarıda izah olunan hukukî görüş, sulh ve dava şartı arabuluculuk süreçlerine hakim olan hukukî belirsizlik, dramatik iş yükü, idarî, malî ve cezaî olarak sorumluluğuna başvurulabilir olması gibi nimet külfet dengesinin külfet lehine ağırlaştırıcı koşullara burada da maruz kalacağı pek tabiidir.

Diğer yandan, sürecin ihtiyarî olduğu da gözetilerek, var olan ihtilafın yalnızca komisyonun sorumluluğunda ve ihtiyari arabuluculukta çözümlenmesi yerine 659 sayılı KHK’da yer bulan sulh prosedürü ile, yani icracı birim tarafından akdedilecek sulh sözleşmesi yoluyla hallinin daha yerinde ve uygun bir çözüm olacağı, kamu avukatlarınca da elde olması halinde bu yolun daha tercihe mazhar olarak görüleceği değerlendirilmektedir.

c. TAHKİM

659 sayılı KHK gereğince iç ve dış tahkimde kurumunu temsil yetkisi bulunan kamuda görev yapan meslektaşlarımızın, yargıya intikal eden ihtilafların takibinden ve dahi sulh ve arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından daha fazla olmak üzere teknik bilgi, hız, meslekî öngörü ve en önemlisi inisiyatif alma becerisi gerektiren bir alan olarak tahkim müessesesinde de bihakkın görev yapabilmesi, bu yolun tamamıyla mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması bakımından bu alana özgü hizmet içi eğitimlerin verilmesi ve meslekî özerklik ve bağımsızlığının sağlanması ile mümkün olabilecektir.

Adlî makamlara intikal eden ihtilaflarda, usulün Kanun ile belirlenmiş, sürelerin ve yargılama akışının belli ve bilinebilir olması, yargılamanın Hakim tarafından yürütülmesi ve nihayet mahkemece kurulan kararın istinaf ve temyiz gibi kanun yollarına tabi olması sebepleriyle taraf vekilliği bakımından güvenli bir alan mevcuttur. Oysa tahkim yargılaması, serbest meslek erbabı meslektaşlarımız bakımından da özel bir eğitim ve tecrübe eşliğinde yürütülen bir uzmanlık alanı olarak tanımlanmaktadır.

Kamuda sayısı giderek artan kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde yapılan işler başta olmak üzere, ekseri teknik bilgi ve beceri gerektirmesi yahut gizlilik ve ticari sır gibi hususların ön plana çıkması sebepleriyle sözleşmelerde tahkim şartı uygulaması yaygınlık kazanmaktadır. Tahkim

şartı bulunan sözleşmelerde ortaya çıkan ihtilafların da giderek arttığı cihetle, kamuda tahkimde taraf vekilliği de sıkça uygulama alanı bulmaktadır. Ancak bu alan avukatlığın kamu cephesi için oldukça yeni olup, henüz doğurabileceği meslekî riskler bakımından belirsizliğiniko- rumaktadır. Mahkemelere intikale tmemesi hasebiyle görünürlüğü az olan tahkimde kamu avukatlığının, verilen hükme karşı müracaat edilebilecek bir yargı mekanizması bulunmaması sebebiyle daha fazla sorumluluk hissi doğurduğu, keza avukatın idarî yönden sorumlu olduğu kamu bürokrasisinin mahkemece verilecek kararlara uyma konusundaki istikrarının tek aşamada tamamlanan tahkim yargısı neticesinde verilecek hakem kararlarına karşı aynı oranda yerleşmediği kabulü karşısında bu alanda yaşanabilecek sorunları da tahmin etmek zor değildir.

IV- ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Buraya kadar anılan sebeplerle, 659 sayılı KHK incelendiğinde, kamuda görev yapan bir avukatın, kurumu adına ihtarname çekmekten uluslararası tahkimde temsile kadar çok geniş bir temsil yetkisini haiz olduğu, kurum işleyişi, kültürü ve mevzuatına hakim olan, böylece somut ihtilafların olası art etkilerini öngörebilme yeteneğine sahip kamu avukatlarının, mevzuatında yer alan “davanın yargıya intikal etmezden evvel sulh ile çözümlenmesi” tavsiyesine uyulmasına somut koşullarda imkan ve olanak bulunmamaktadır.

Günümüzde yargıda iş yükünün azaltılması ve hukukî ihtilafların tarafların iradelerine uygun biçimde çözümlenebilmesi ve böylece kalıcı bir sulh halinin temini bakımından gittikçe önem kazanan arabuluculuk ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, mahkeme yargısından daha fazla hız ve inisiyatif alma kabiliyeti gerektirdiği gibi; yargı kararı ile hükmolunan netice sorgulanmaz iken mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları marifetiyle ulaşılan neticenin kamu bürokrasisi ve Sayıştay tarafından sorgulanma ve neticeten idarî, malî yahut cezaî sorumluluğa başvurma ihtimallerinin yüksek olması nedeniyle tercihe şayan bulunmaması sebepleriyle kamunun taraf olduğu binlerce dosya bakımından işlerlik kazanabilmesi ancak kamu avukatlığının görev tanımının memurluktan avukatlığa yaklaştırılması, diğer bir deyişle hakim ve savcılık gibi idari anlamda özerkleştirilmesi ile mümkün olabilecektir.

Yine, icracı birimler tarafından talep olunan hukukî görüşler ile çok

sayıda uyuşmazlığın henüz ortaya çıkmadan önlenmesi mümkün iken; bilhassa malî hususlara müstenit görüşlerde kesin bir yargıya varmadan imtina edilebilmekte, bu hallerde hadise ihtilafa terk edilmektedir. Oysa kamu avukatlığının özerk bir statüye kavuşturulması halinde, meslektaşlarımızın malî sorumluluğadair çekincelerigiderakazalacakveihitlaflarınınbaşında önüne geçebilme seçeneği masaya gelebilecektir.

Aynı çekince evleviyetle dava takibi sürecinde etkisini göstermekte; eksik yahut geç gelen belgeler kamu avukatının tahmin ve kotarmabeceresi çerçevesinde savunmayahutdava dilekçesine dönüşmektedir. Lisans mezunu herhangi bir memurdan statü ve malî açıdan farkı bulunmayan kamu avukatının rücu tehdidi altında bihakkın vekillik yapabilmesi mümkün değildir. Kamu bürokrasisinde mevcut atalet ve halen mevcut olan kırtasiyecilik, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri aşamasında avukatın elini kolunu bağlamakta; bu aşamalar meslektaşlarımıza açısından hadisenin biranevvelhakimtarafından çözüm ekavuşturulması için aşılması gereken bir engelden öteye geçememektedir.

Bu koşullarda, memur yanı gittikçe güçlenirken meslekî özerkliği bulunmayan, kendisine tevdi edilen işi reddetme özgürlüğünden yoksun ve bu yönüyle hukukta uzmanlaşmanın önemini arttığı günümüzde hemen her alanda davayı bihakkın takip etmekle görevli bulunan kamu avukatları, müvekkilinin aynı zaman da hiyerarşisi altında çalışmaktadır. Üstelik ironik bir biçimde, hiyerarşisi altındaki müvekkilinin suç kabilinden bir eylemini bildirmemesi dahi suç olarak tanımlanmıştır.^[2] Kamu avukatlığı bu haliyle ne memurluk ne avukatlık kılıfına sığmakta; nimet külfet dengesinde hep külfet kefesi ağır basmaktadır.

Kamuda gerek koruyucu avukatlığın gerekse de alternatif çözüm yollarının işlerlik kazanabilmesi, taraf iradelerini yansıtacak mahkeme dışı anlaşma yöntemlerinin arzu edilen mertebeye erişebilmesi günümüz koşullarında mümkün değildir. Buradan değinilenlerden çok daha fazla sorunla mücadele eden, her koşulda Devlet'in avukatı olma onur ve bilinciyle hareket etmeye gayret eden kamuda görev yapan meslektaşlarımızın vereceği mütalaa ile hukuka aykırı işlemi kaynağında önleyebilmesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında aktif rol oynayabilmesi,

[2] 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, "Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi" başlıklı 279 uncu maddesi

tecrübe ve bilgisi ile yargılamaya intikali halinde olumsuz neticeleneceği değerlendirilen bir ihtilafı sulh prosedürü ile yahut arabuluculuk aşamasında çözümleyebileceği, bu çözümün orta vadede yargıya intikal eden ve kamunun taraf olduğu ihtilafları ciddi biçimde azaltacağı açıktır.

Son tahlilde, kamuda görev yapan meslektaşlarımızın meslek mensubu olduğu göz önüne alınarak münferit bir meslek kanunu ile görev ve sorumluluklarının yanında hak ve yetkilerinin de düzenlenmesi, meslekî faaliyetleri sebebiyle idarî yönden bağımsızlıklarının sağlanması, olası bir hizmet kusuru karşısında meslekî mesuliyet sigortası seçeneğinden faydalandırılması, yürüttükleri iş ve işlemler bakımından teknik bir alan olarak avukatlık mesleğinin denetiminin ancak tarafsız ve bağımsız bir kurum/kurul tarafından yine avukatlık mesleğine mensup kişilerce gerçekleştirilmesinin temini, kısacası kamu avukatlığının memurluktan avukatlığa yaklaştırılması yönünde düzenlemelerin ivedilikle hayata geçirilmesi gerekmektedir.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları İkinci Oturum

ADALETE ERİŞİM

“Aynanın İçinden”: Kriz Zamanlarında Dezavantajlıların Dezavantajlıları Bakımından Adalete Erişim/sizlik

Nadire ÖZDEMİR,^[1] F. Betül BODUR^[2]

ÖZ

Kadınların adalete erişimi önündeki engeller hukuk kuralları, adli makamların yapısı ve işleyişiyle ilgili kurumsal veya hukuki araçlara erişimi şekillendiren sosyal, kültürel ve ekonomik koşullar olarak iki farklı boyutta ele alınmaktadır. Öte yandan insani krizler kadınların adalete erişimini halihazırda zorlaştıran gerek yapısal gerekse toplumsal koşulların daha da derinleştiği dönemlerdir. Özellikle bu dönemlerde kadın ve kız çocukları içerisinde, adalete erişim bakımından kesişimsel özellikleri sebebiyle *dezavantajlıların dezavantajlısı* denebilecek kişiler yer almaktadır. Söz konusu gruplar açısından adalete erişimin sadece engellerinden değil; adalete erişimin tamamen kapalı hatlarından bahsedilebilmektedir. Zira ilgili grupların sorunlarını hukuki bir kategoriye sokma zorluğunun yanı sıra, bu sorunları adli makamların önüne getirdiklerinde başka yaptırımlarla karşılaşmaları veya hukukun bu sorunlara yönelik herhangi bir çözüm aracı sunamaması da söz konusu olmaktadır. Bu bildiride, özellikle göç ve iltica bağlamındaki kadınların adli makamlara başvurularına/başvuramamalarına ve afet dönemlerinde aile içi şiddeti ilgilendiren somut sorunlara ilişkin çözümsüzlüklere işaret edilmektedir.

Anahtar Kelimeler:

adalete erişim

aile içi şiddet

dezavantajlı grup hakları

adalete erişimin önündeki
engeller

kriz zamanları ve adalete
erişim

[1] Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, e-posta: naozdemir@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1406-4833.

[2] LL.M, Av., Birleşmiş Milletler Kadın Birimi Türkiye Ofisi, e-posta: betul.bodur@unwomen.org.

***“Through The Looking Glass”: Non/accessibility To Justice In Terms
Of Disadvantages Of The Disadvantaged In Times Of Crisis***

ABSTRACT

Barriers to women’s access to justice are discussed in two different dimensions: legal rules and the social, cultural and economic conditions that relate to access to institutional or legal tools on judicial bodies’ structure and functions. On the other hand, humanitarian crises are periods when both structural and social conditions that already make women’s access to justice more difficult deepen. Especially during these periods, in terms of access to justice, “women and girls” include those who can be categorized as *disadvantaged of the disadvantaged* due to their intersectional characteristics. For these groups, it is possible to not identify obstacles to access to justice, but also about lines of access to justice being completely closed. As such, in addition to the difficulty of putting the problems of relevant groups into a legal category, when women do bring these problems before judicial authorities, they face other repercussions or the law cannot offer means of solution. In this declaration, applications of/state of not making any applications by women in migration and asylum context, and lack of solutions for concrete problems relating to domestic violence in times of natural disaster are put forward.

Keywords:

access to justice

domestic violence

rights of disadvantaged groups

barriers to access to justice

times of crisis and access
to justice

1. “AYNANIN İÇİNDEN”: DEZAVANTAJLILARIN DEZAVANTAJLILARI

Bu sunumun başlığını “*Aynanın içinden*”: *Kriz zamanlarında dezavantajlıların dezavantajlıları bakımından adalet erişim/sizlik*”, Carroll Lewis’in ünlü eseri *Through the Looking Glass*’tan esinlendik. Bu popüler hikâyede, kahramanı Alice, aynanın içerisinden geçtiğinde kendi gerçekliğine kıyasla çok daha tuhaf, bambaşka bir dünyayla karşılaşır. Bu dünya sözcüklerin anlamlarının değiştiği, çiçeklerin konuşabildiği, iskambil kağıtlarının hareket edebildiği, hatta zaman ve mekânın gizemli şekillerde çalıştığı bir gerçekliği haizdir. İşte bu kitaptaki “aynanın içinden” anlamı, beklenenden çok başka şeylerin ortaya çıkmasını simgeler.^[3] Normalde aynaya baktığımızda nesnelerin görüntülerinin aynı şekilde yansımalarını bekleriz, ama Alice nesnelerin görüntü veya yansımalarından tamamen farklı olduğu bir dünyayı deneyimler. Aynı zamanda hikayedeki anlamıyla aynanın içinden geçmek, olayların beklenmeyen, alışılmadık ve farklı olduğu bir yerden geçmek anlamına da gelir.

İşte biz de kriz zamanlarında adalet erişime ilişkin sorunların, hukuk kuralları ve kurumlarının çizdiği hukuki gerçeklikten daha farklı bir düzlemde tezahür ettiği ve belirli gruplar açısından bu gerçekliğin daha da karmaşık ve beklenmedik kendine özgü sorunlara vücut verdiğinden hareket edeceğiz.

Öncelikle adalet erişim neyi anlamaktayız? Adalet erişimin bir dar anlamı vardır, sadece mahkemeye veya yargılamaya erişim olarak; bir de geniş anlamı vardır: “Hak arama pratiklerinin tüm bileşenlerini ve

[3] Matthew A. Burke, “Through The Looking Glass: Finding Light at the End of the Rabbit Hole”, <https://singerburke.com/looking-glass-finding-light-end-rabbit-hole/#:~:text=The%20phrase%20Through%20the%20Looking,world%20both%20recognizable%20and%20yet> (Erişim tarihi: 8.1.2024).

duraklarını kapsayan”.^[4] Biz sunumumuzda bu geniş anlamıyla adalete erişimi temel alıyoruz. Bu geniş anlamını da CEDAW Komitesi’nin, kadınların adalete erişimini konu aldığı 33 Sayılı Genel Tavsiye Kararı’nda belirttiği adalete erişimin “*adalet sistemlerinin sorgulanabilirliği, mevcudiyeti, erişilebilirliği, kalitesi ve hesap verebilirliği ve mağdurlar için çözüm yollarını içinde barındırdığı*” bileşenleriyle ele alıyoruz. Aynı tavsiye kararında erişilebilirlik daha spesifik olarak da tanımlanmaktadır:

“Erişilebilirlik, gerek resmi ve gerekse yarı-yargısal adli sistemler dâhil tüm yargı sistemlerinin güvenli, düşük maliyetli, kadınlara fiziksel olarak erişilebilir olmasını; ayrımcılığın kesişen ve birleşen türleriyle yüz yüze gelen kadınlar da dâhil olmak üzere tüm kadınların ihtiyaçlarına uygun ve bu ihtiyaçlara uyarlanabilir olmasını gerektirir.”^[5]

Bu tanımda şuna işaret edilmekte bireyin, adalete erişim sürecindeki gerek resmi gerek yarı-yargısal kurumlarla etkileşimine yönelik bütünsel deneyimi ‘kesişen ve birleşen’ ayrımcılıklar prizmasından çok farklı yönlere yansiyacak kadar çeşitli olmaktadır.

Kriz zamanlarında adalet özellikle kritik bir mesele haline gelir; zira olağan hukukun ve korumalarının olağanüstü bir baskı altında olması söz konusudur.^[6] Ancak daha belirgin ve pratik anlamda önemli olan, kriz za-

[4] Gülriz Uygur/Nadire Özdemir, *Adalete Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği*, Ankara: CEİD, 2020, s. 12-13, <https://ceidizler.ceid.org.tr/dosya/adalete-erisim-genis-ozetsonpdf.pdf> (Erişim tarihi: 8.1.2024).

[5] Tavsiye kararının tam metnine şu adresten erişilebilir: <https://www.aile.gov.tr/media/35253/cedaw-33-sayili-genel-tavsiye-karari.pdf> (Erişim tarihi: 8.1.2024).

[6] Gerald J. Postema, *Law’s Rule The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, New York: Oxford University Press, 2022, s. 248.

manlarında adalete erişimin ne ölçüde korunduğu veya kısıtlandığıdır.^[7] Aslında “turnisol kağıdı” gibi bu mesele, bir ülkedeki hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulanış biçimini de gösterir.

Her durumda dezavantajlı gruplar için bu engeller kriz zamanlarında derinleşmektedir. Ancak bildiğimizi sandığımız gerçeklikte başkalaşan bir husus daha var ki o da dezavantajlıların en dezavantajlıları bakımından bambaşka bir gerçekliğin görünür olduğudur. Hukuk kurallarının işlevsizliği veya hukuktan beklendiği şekilde çözüm yolu açamaması durumu söz konusudur. Daha da ötesi, hukukun belli grupların sorunlarını anlamada ve tanımlamada sessiz veya yetersiz kalması durumu ortaya çıkmaktadır.

Başlığımız doğrultusunda işaret etmemiz gereken ikinci bir kavram daha var o halde. Kesişimsel bir bakış açısından yaklaştığımızda bireyin farklı koşulları veya statüsel özellikleri doğrultusunda çeşitlenen bir kimlik ortaya çıkıyor. Ve bu kimlik içerisinde dezavantajlılık arz eden özellikler ne kadar fazlalaşırsa bireyin kırılganlığı pekişmektedir. Aslında biz “dezavantajlıların dezavantajlıları” terimini birtakım yazarların göçmen azınlıkların içerisindeki azınlık grupları ifade etmek için kullandığı “azınlıklar içindeki azınlıklar” (*minorities within minorities*) veya içsel azınlıklar (*internal minorities*) ifadesinden esinlenerek kullandık.^[8] Dezavantajlı grupların içerisinde öyle bir grup daha vardır ki dezavantajlıların da dezavantajlılarıdır bu gruplar. Örneğin göçmen kadın ve çocuklar içerisinde engelli göçmen kadınlar veya çocuklar gibi.

[7] Fionnuala Ní Aoláin, “The Individual Right of Access to Justice in Times of Crises: Emergencies, Armed Conflict and Terrorism, Access to Justice as a Human Right içinde, Ed. F. Francioni, New York: Oxford University Press, 2007, s. 139.

[8] Leslie Green, “Internal Minorities and their Rights”, *The Rights of Minority Cultures* içinde, Ed. Will Kymlicka, New York: Oxford University Press, 1995, s. 257; Avigail Eisenberg; Jeff Spinner-Halev, *Minorities within Minorities Equality, Rights and Diversity*, Ed. Eisenberg; J. Spinner-Halev, New York: Cambridge University Press, 2004.

Adaletin önündeki engeller genelde kurumsal/yapısal ve sosyo-ekonomik kültürel olarak iki ana başlık altında ele alınır. Aslında bu engellere takılmak veya bu engellerin hangilerine daha çok takılmak da bireyin dezavantajlılık arz eden özellikleri doğrultusunda şekillenmektedir. Aile içi şiddet mağduru kadınları düşünelim. Hukukta bir kategori olarak belirtilen, örneğin bizim doğrudan konuya ilişkin 6284 sayılı Kanun'da ifadesi geçtiği üzere “Şiddet mağduru” şahıs “*şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişileri*”^[9] ifade eder. Yani hukuk bu maddede bir kategori yaratmıştır. Ancak şiddete maruz kalma veya risk altında olma durumu, bireyin kişisel özellikleriyle şekillenecek bir husustur. Şiddet mağdurları üzerine yapılan araştırmalar özellikle aile içi şiddete ilişkin adalete erişim engellerinin toplumsal cinsiyet, etnik köken, mülteci statüsü, dil ve hatta kültürlenme (yani içinde bulunduğu kültürün hak arama pratiklerine yönelik algı) çerçevesinde şekillendiğini göstermektedir.^[10] Örneğin şiddet mağduru göçmen kadınların adalete erişime ilişkin deneyimleri, göçmenlik durumu kaygılarını içeren karmaşık kesişimleri ortaya koymaktadır.^[11] Bu kaygılar bir yandan çocuklarının güvenliğiyle ilgili duydukları endişeler, babanın çocuğu ülke dışına kaçırma ihtimalinin yakın bir tehdit oluşu, bir yandan resmi kurumlara başvuruyla ortaya çıkma ihtimali olan şayet yasa dışı göç ise sınır dışı edilme riski gibi hususlara yöneliktir.^[12]

II. KRİZ BAĞLAMINDA KADINLARIN ADALETE ERİŞİ-

[9] Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, madde 2(e), RG, 20 Mart, 2012, Sayı: 28239.

[10] Emily I. Troshynski, “Engaging the Public: Access to Justice for those Most Vulnerable”, *Routledge Handbook Of Public Criminologies* içinde, Eds. Kathryn Henne; Rita Shah, New York: Routledge, 2020, s. 99.

[11] Troshynski, s. 101.

[12] Troshynski, s. 101.

MİN ÖNÜNDEKİ ENGELLER

A) KRİZ BAĞLAMLARINDA ADALETE ERİŞİM HAKKI

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararıyla 1991 yılında kurulan, insani koordinasyonun en üst platformu Kuruluşlararası Daimi Komite, *Inter-Agency Standing Committee* krizleri “*toplumsal yaşamda ciddi aksamalara neden olan, hayat kaybı, maddi veya çevresel kayıplarla sonuçlanan, toplumun yalnızca kendi kaynakları ile mücadele etmesinin mümkün olmadığı haller*” olarak tanımlamaktadır.^[13] Krizler, yaygınlıkla akla geldiği şekliyle, ani başlangıçlı acil durumlar (“*sudden onset*”) olarak görülebildiği gibi; acil durumun olağanlaşmaya ve kronikleşmeye başladığı uzun süreli (“*protracted*”) durumlar da mevcuttur.^[14]

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin (CEDAW) “*uygulanmasındaki gelişmeleri gözden geçirmek amacıyla*”^[15] kurulan ve aynı zamanda CEDAW Ek İhtiyari Protokolü çerçevesinde bireysel başvuruları kara bağlayan Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin (CEDAW Komitesinin), *Çatışma önleme, çatışma ve çatışma sonrası durumlardaki kadınlara ilişkin 30 sayılı*,^[16] *Kadınların mülteci statüsü, ilticası, vatandaşlıkları ve vatansızlık statülerinin toplumsal cinsiyet*

[13] Inter-Agency Standing Committee (Kuruluşlararası Daimi Komite, IASC), “*Introduction to Humanitarian Action: A Brief Guide for Resident Coordinators*”, 2015, s. 2.

[14] CARE International, “*Protracted Emergencies v. Rapid Onset*”. Bu bağlantıdan ulaşılabilir: <https://www.careemergencytoolkit.org/management/8-communications-and-media/1-role-of-media-and-communications-in-emergencies/protracted-emergencies-vs-rapid-onset/>

[15] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW), m. 17/1.

[16] CEDAW Komitesi, “*Çatışma önleme, çatışma ve çatışma sonrası durumlardaki kadınlara ilişkin 30 sayılı Genel Tavsiyesi*”, CEDAW/C/GC/30, 2013, par. 31 vd.; par. 74 vd.

boyutuna dair 32 sayılı,^[17] *İklim değişikliği bağlamında afet risk azaltma çalışmalarının toplumsal cinsiyet boyutu* başlıklı 37 sayılı^[18] gibi çeşitli kriz bağlamlarını değerlendirerek kaleme aldığı Genel Tavsiyeleri bir arada ele alındığında; Komitenin kriz zamanlarında artan kadına yönelik şiddet riskine işaret ettiği, bu tespiti *Kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet* başlıklı 35 sayılı Genel Tavsiyesinde de vurguladığı^[19] görülmektedir. Komite Taraf Devletlere hem artan şiddet riskiyle mücadeleyle, hem de krizin kendisinden kaynaklanan hukuki sorunlara dair kadınların adalete erişiminin sağlanması ile ilgili yükümlülükler tanımlamaktadır.

Bu nedenle, olağan hallerde de kadınların adalete erişimi ve kadına yönelik şiddetle mücadele arasında hem uluslararası düzlemde^[20] hem de Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele IV. Ulusal Eylem Planı başta olmak üzere ulusal politika belgelerinde^[21] kurulan bağın öneminin, kriz zamanlarında arttığı, *dezavantajlıların dezavantajlısı* kadınlık deneyimlerinin çeşitlendiği savunulabilir. Bu hususu Türkiye’de deneyimlenen insani krizler ve uzun süreli durumlar özelinde de doğrulamak mümkündür ki; ani başlangıçlı

[17] CEDAW Komitesi, “*Kadınların mülteci statüsü, ilticası, vatandaşlıkları ve vatansızlık statülerinin toplumsal cinsiyet boyutuna dair 32 sayılı Genel Tavsiye*”, CEDAW/C/GC/32, 2014, par. 15, 32.

[18] CEDAW Komitesi, “*İklim değişikliği bağlamında afet risk azaltma çalışmalarının toplumsal cinsiyet boyutu başlıklı 37 sayılı Genel Tavsiye*”, CEDAW/C/GC/37, 2018, par. 26; par. 55 vd.

[19] CEDAW Komitesi, “*Kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddete ilişkin 35 sayılı Genel Tavsiye*”, CEDAW/C/GC/35, 2017, par 14.

[20] CEDAW/C/GC/35, par. 29; konu ile ilgili örn bkz. UN Women, UNDP, UNODC, OHCHR, “*A Practitioner’s Toolkit on Women’s Access to Justice Programming*”, 3. Modül.

[21] Bkz. Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele IV. Ulusal Eylem Planı 2021-2025, Hedef 1: Adalete Erişim ve Mevzuatın Etkin Uygulanması, s.48 vd.

acil durum olarak Şubat 2023 Kahramanmaraş ve Hatay depremleri;^[22] uzun süreli durum olarak 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda düzenlenen göç ve iltica bağlamı bu kapsamda irdelenebilir.^[23]

B) SOMUT ÖRNEKLER ÇERÇEVESİNDE ADALETE ERİŞİMİN ÖNÜNDEKİ ENGELLER

1- Şubat 2023 Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Sonrasında Kadınların Adalete Erişimi

Şubat 2023 Kahramanmaraş ve Hatay depremlerinden etkilenen nüfusun yaklaşık yarısını kadınlar ve kız çocukları oluşturmaktadır.^[24] Doğal afetlerin kadınları ve kız çocuklarını daha olumsuz ve erkekler ile oğlan çocuklarından ayrışan boyutlarda etkilediği bilinmekle birlikte, bu durumun maddi gerçekliği yansıttığı Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı,^[25] Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu,^[26] uluslararası ku-

[22] UN OCHA, “Earthquakes in Türkiye and Syria - Humanitarian Overview and Call to Action”, Şubat 2023.

[23] “Bölgesel Mülteci ve Dayanıklılık Planı” (3RP), Türkiye Ülke Bölümü 2023-2025, Mart 2023, s.6.

[24] Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı (SBB), “2023 Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Raporu”, Mart 2023, s.9.

[25] SBB, s.110.

[26] TİHEK’in Eylül 2023 tarihli “Deprem Sonrası Yaşananlara İlişkin İnsan Hakları ve Ayrımcılık Hukuku Bağlamında İzleme Raporu”; yaşlıları, kadınları, çocukları, engellileri ve ceza infaz kurumunda tutulanları, deprem bağlamında “dezavantajlı grup” olarak değerlendirmektedir. Ayrıca şiddetle mücadeleyi de kapsayacak şekilde “kadın hakları” başlığı, Mart 2023 tarihli “Deprem Sonrası Durum ve Afet Yönetimine İlişkin İnsan Hakları Temelli İzleme Faaliyetleri” raporunda, “Deprem Sonrası Durum ve Afet Yönetimine İlişkin İnsan Hakları İzleme Kontrol Listesine” dahil edilmiştir.

ruluşlar^[27] ve sivil toplum kuruluşlarının^[28] Şubat 2023 depremlerinden sonra ortaya koydukları değerlendirmeler ile desteklenmektedir.

Birleşmiş Milletler Kadın Birimi (UN Women) tarafından, deprem sonrasında kadına ve kız çocuklarına yönelik şiddete müdahale ve şiddetin önlenmesine odaklanan, deprem bölgesindeki kurumlar, depremzede kadınlar ve saha gözlemleri neticesinde *“Depremi Ardından Kadınlar ve Kız Çocukları – Türkiye’deki Depremlerin Etkisi”* başlığı altında yayınlanan ve kadına ve kız çocuklarına yönelik şiddetle mücadelede odaklanan çalışmada da; birkaç önemli bulgu yer almaktadır. Bu kapsamda çalışmada, deprem bölgesinde erken yaşta ve zorla evlilikler dahil olmak üzere kadınlar ve kız çocuklarına yönelik şiddet riskinin arttığı,^[29] barınma koşulları, istihdamda ve ev içi bakım yükümlülüklerindeki değişiklikler ve hem hane hem de topluluklarda artan gerilimin şiddet riskini beslediği ifade edilmektedir.^[30]

Öte yandan, depremden sonraki ilk zamanlarda; baroların, adliyelerin, sosyal hizmet merkezlerinin, şiddet önleme ve izleme merkezlerinin, kadın konukevlerinin, kolluk birimlerinin gördüğü hasar, kadına yönelik şiddetle mücadelenin paydaşı olan kamu ve sivil toplum çalışanlarının kendilerinin de depremzede olmaları, mağdura ya da hizmet sağlayıcıya fiziksel olarak ulaşamama gibi nedenlerle; deprem sonrasında kadına yönelik şiddetle mücadele ve vaka yönetimi ağlarının deprem öncesindeki etkinliğini

[27] Women Empowerment in Humanitarian Action Working Group, *“Terms of Reference”*, Temmuz 2023, s.1

[28] UN Women, *“Her Aftermath – The Impact of the Earthquakes in Türkiye: Perspectives of civil society organizations working for the rights of women and girls”*, Mayıs 2023, s.7, 17, 20.

[29] UN Women, *“Her Aftermath – The Impact of the Earthquakes in Türkiye: Focus on Prevention and Response to Violence Against Women and Girls”*, Temmuz 2023, s.3, 12.

[30] UN Women, s. 8-10.

-anlaşılır bir şekilde- gösteremediği gözlemlenmiştir. Temel ihtiyaçların karşısında, şiddet mağduru ya da şiddet tehdidi altında olan kadınlar için, şiddet durumunu resmi olarak bildirip koruyucu ve önleyici hizmetlere erişimin bir öncelik olmaktan çok uzak olduğu hususu tespit edilmiştir.^[31]

Gerçekten de, deprem öncesinde 6284 sayılı Kanun kapsamında tedbir kararı takip edilen, ancak depremle birlikte “*şiddet sorunu yaşadığı kişiyle barıştığını ve artık tedbir kararı verilmemesini isteyen mağdurların*” varlığı,^[32] şiddet deneyiminin kadınlar tarafından ifadesinin değiştiğini göstermektedir. Bir diğer yandan uzatılan^[33] tedbir kararlarının uygulanmaya devam ettiği, yani şiddetin ve koruma ihtiyacının sonlanmadığı da görülmüştür. Ayrıca, saha bulgularında depremzede kadınların hukuki danışmanlık ve adli yardım konusunda farkındalığının düşük olduğuna işaret edilmiştir.^[34]

2- Göç ve İltica Bağlamında Kadınların Adalete Erişimi

İltica durumunun kadına yönelik şiddetle mücadele^[35] ve kadınların adalete erişimi^[36] alanlarında ayrıca dikkat edilmesi gereken bir deneyim olduğu CEDAW Komitesi tarafından vurgulanmaktadır.

Birleşmiş Milletler Kadınlara ve Kız Çocuklarına Yönelik Şiddet, Sebepleri ve Sonuçları Özel Raportörünün 2022 yılında gerçekleştirdiği Türkiye ziyareti raporunda; geçici koruma altındaki Suriyeli kadınlar, diğer uluslararası koruma rejimleri altındaki kadınlar (kısaca “*mülteci*” olarak ifade

[31] UN Women, s. 14.

[32] TİHEK, “*İnsan Hakları Hukuku Açısından Afet Dönemlerinde Hassas Gruplar Uluslararası Sempozyumu*”, “Afet Dönemlerinde Kadınlar” Oturumu; Meral Gökçaya “*Afet Döneminde Kadınların Adalete Erişimi*” s.53, Mayıs 2023.

[33] TİHEK, “*İnsan Hakları Hukuku Açısından Afet Dönemlerinde Hassas Gruplar Uluslararası Sempozyumu*”, “Afet Dönemlerinde Kadınlar” Oturumu.

[34] UN Women, s. 14.

[35] CEDAW/C/GC/35, par.12

[36] CEDAW/C/GC/33, par.9

edilecektir), düzenli ve düzensiz göçmen kadınlar ile ilgili olarak; şiddet riskinin yüksek olduğu, ancak yaptırımla karşılaşma ya da sınırdışı edilme korkusunun bu kadınları şiddeti bildirme aşamasında hareketsiz kıldığı belirtilmiştir.^[37] Sivil toplum örgütleri tarafından yürütülen çalışmalarda da; özellikle Türkiye’de düzenli olarak kaydı bulunmayan kadınların şiddete maruz bırakıldıklarında aynı kaygıyla kolluk kuvvetlerine başvurmadıkları belirtiliyor.^[38] Ayrıca kısaca “kayıtlı bulunulan ilde kalma zorunluluğu” olarak tarif edilebilecek birtakım idari zorunlulukların ise, geçici koruma ve uluslararası koruma rejimi altında bulunan kadınların şehir değiştirerek şiddet döngüsünden uzaklaşmalarını zorlaştırdığı^[39] ifade edilmekte.

2018 yılında UN Women ve o zamanki adıyla Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği,^[40] tarafından gerçekleştirilen “*Türkiye’de Geçici Koruma Altındaki Suriyeli Kadın ve Kız Çocuklarının İhtiyaç Analizi*”nde^[41] ise; Suriyeli kadınlar için, erken yaşta evlilikler dahil olmak üzere^[42] şiddet tehdidinin günlük yaşamda karşılaşılan güçlüklerle yakından ilişkili olduğu

[37] Visit to Türkiye, Report of the Special Rapporteur on violence against women and girls, its causes and consequences, Advanced Edited Version, A/HRC/53/36/Add.1, 25.04.2023, par. 36.

[38] Gabriele Cloeters, Souad Osseiran, “*Healthcare Access for Syrian Refugees in Istanbul: A Gender-Sensitive Perspective*” Workshop Report, Istanbul Policy Center, Sabancı University, 2019, s.28. Bu bağlantıdan erişilebilir: <https://ipc.sabanciuniv.edu/Content/Images/CKEditorImages/20200316-15031408.pdf>.

[39] Hayata Destek Derneği, “*Mülteciliğin Kadın Hali*”, 2022, Bu bağlantıdan erişilebilir: <https://www.hayatadestek.org/blog/kategori/kadin/multeciligin-kadin-hali/>.

[40] Güncel ismi ile Sosyal Gelişim ve Dayanışma Derneği.

[41] Analiz; 7 ayrı ilde (Hatay, Adana, Gaziantep, Şanlıurfa, İstanbul, Konya ve İzmir), 1200’ün üzerinde 15 yaş ve üzeri Suriyeli kız çocukları ve kadınlarla gerçekleştirilmiştir.

[42] Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği – Birleşmiş Milletler Kadın Birimi, “*Türkiye’de Geçici Koruma Altındaki Suriyeli Kadın ve Kız Çocuklarının İhtiyaç Analizi*” 2018. s.35.

ifade edilmiş,^[43] “Suriyeli kadın ve kız çocuklarının, günlük hayatlarında kötü muamele ve ayrımcılığa maruz kalmalarına rağmen %73'lük bir kısmı şiddet ve taciz durumlarının güvenliklerini tehlikeye atmaları durumunda nereye sığınacaklarını bilmemektedir”^[44] bulgusuna yer verilmiştir. Çalışmaya katılan kadınların %68'i hukuki danışmanlık hizmetlerine nasıl erişeceğini bilmemektedir.^[45]

Avrupa Konseyi tarafından yayımlanan “Türkiye’de Kadınların Adalet ve Adli Yardıma Erişimine İlişkin Engelleri Anlamak” başlıklı çalışmada da özellikle adli süreçler hakkında farkındalık^[46] ve dil bariyeri,^[47] mülteci kadınların adalet ve adli yardıma erişimindeki engeller arasında sıralanmıştır.

III. SONUÇ

Depremden sonra yaşanan şiddet olayları ile şiddet riski teşkil eden durumların mağdurlar tarafından barınma, beslenme, sağlık, hijyen gibi temel ihtiyaçlar karşısında önceliklendirilememesi; göç ve iltica hareketleri içinde bulunan yabancı uyruklu kadınların, şiddet ile ilgili hukuki mekanizmaları işlettiklerinde sınırdışı edilme gibi farklı bir yaptırımla karşılaşma korkularından kaynaklı hareketsizlikleri ve her iki grup için de temel hukuki bilgilere dair farkındalığın yetersiz olması; yabancı uyruklu kadınlar yönünden ayrıca dil bariyerinin bulunması tespitleri nedeniyle, farklı krizlerde gerçekleşen şiddet olayları ve tehditlerinin tümünün hukuki mekanizmaların dikkatine getirilemediği sonucuna ulaşılmaktadır.

[43] SGDD-UN Women, s.8.

[44] SGDD-UN Women, s.59.

[45] SGDD-UN Women, s.58.

[46] Prof. Dr. Gülriz Uygur, Eileen Skinnider, “Türkiye’de Kadınların Adalet ve Adli Yardıma Erişimine İlişkin Engelleri Anlamak”, Avrupa Konseyi, Kasım 2022, s.49

[47] Uygur-Skinnider, s.54.

Son olarak, Türkiye’de bulunan ve geçici koruma altında olan Suriyelilerin yaklaşık yarısının Şubat 2023 Kahramanmaraş ve Hatay depremlerinden etkilenen 11 ilde yaşadığı bilgisiyle,^[48] bu iki durumu kesişimsel olarak deneyimleyen kadınların da var olduğunun altını çizmek gerekir.

Resmi bir kaydı olmayan, dolayısıyla hukuki mekanizmaları tetikle-meyen, ancak çeşitli kurumlarca ortaya koyulan veya tehdidi tespit edilen şiddet karşısında, aslında sadece kadınların ani veya uzun süreli kriz dö-ne-minde adalete erişimlerinin önündeki engellerden değil, bunun bir adım ötesinde kadınların, tümüyle hukukun kapsamı dışında kalan hukuki ih-tiyaçlarından bahsedilmektedir. Bu nedenle de, CEDAW Komitesi tara-findan ortaya koyulan “*tüm kadınların ihtiyaçlarına uygun ve uyarlanabilir*” yani erişilebilir^[49] ya da kadınların kesintisiz olarak “*haklarını talep edebil-me yetisi ve gücüne sahip*” oldukları yani sorgulanabilir^[50] bir adalet siste-minin tesisi güçleşmektedir. Kriz dönemlerinde, farklı ayrımcılık tiplerini kesişimsel olarak deneyimleyen kadınların özellikle şiddetle mücadele bağ-lamında adalete erişiminlerinin güçlendirilmesi için, karanlıkta kalabilen hukuki ihtiyaçların çok paydaşlı çalışmalarla tespiti ve bunların hukuk me-kanizmaları eliyle aydınlatılması gerekmektedir.

[48] SBB, s. 11.

[49] CEDAW/C/GC/33, par. 14/c.

[50] CEDAW/C/GC/33, par. 14/a.

KAYNAKÇA

Avigail Eisenberg; Jeff Spinner-Halev, *Minorities within Minorities Equality, Rights and Diversity*, Ed. Eisenberg; J. Spinner-Halev, New York: Cambridge University Press, 2004.

Bölgesel Mülteci ve Dayanıklılık Planı (3RP), Türkiye Ülke Bölümü 2023-2025, Mart 2023.

CARE International, “*Protracted Emergencies v. Rapid Onset*”. Bu bağlantıdan ulaşılabilir: <https://www.careemergencytoolkit.org/management/8-communications-and-media/1-role-of-media-and-communications-in-emergencies/protracted-emergencies-vs-rapid-onset/>

CEDAW Komitesi, “Çatışma önleme, çatışma ve çatışma sonrası durumlardaki kadınlara ilişkin 30 sayılı Genel Tavsiyesi”, CEDAW/C/GC/30, 2013.

CEDAW Komitesi, “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Kadınların Adalete Erişimlerine İlişkin Tavsiye Kararı”, CEDAW/C/GC/33, 2015.

CEDAW Komitesi, “İklim değişikliği bağlamında afet risk azaltma çalışmalarının toplumsal cinsiyet boyutu başlıklı 37 sayılı Genel Tavsiye”, CEDAW/C/GC/37, 2018.

CEDAW Komitesi, “Kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddete ilişkin 35 sayılı Genel Tavsiye”, CEDAW/C/GC/35, 2017.

CEDAW Komitesi, “Kadınların mülteci statüsü, ilticası, vatandaşlıkları ve vatansızlık statülerinin toplumsal cinsiyet boyutuna dair 32 sayılı Genel Tavsiye”, CEDAW/C/GC/32, 2014.

Emily I. Troshynski, “Engaging the Public: Access to Justice for those Most Vulnerable”, *Routledge Handbook Of Public Criminologies* içinde, Eds. Kathryn Henne; Rita Shah, New York: Routledge, 2020.

Gabriele Cloeters, Souad Osserian, “*Healthcare Access for Syrian Refugees in Istanbul: A Gender-Sensitive Perspective*” Workshop Report, Istanbul Policy Center, Sabancı University, 2019.

Hayata Destek Derneği, “*Mülteciliğin Kadın Hali*”, 2022, Bu bağlantıdan erişilebilir: <https://www.hayatadestek.org/blog/kategori/kadin/multeciligin-kadin-hali/>.

Inter-Agency Standing Committee (Kuruluşlararası Daimi Komite, IASC), “*Introduction to Humanitarian Action: A Brief Guide for Resident Coordinators*”, 2015, s. 2.

Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele IV. Ulusal Eylem Planı 2021-2025.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW).

Matthew A. Burke, “Through The Looking Glass: Finding Light at the End of the Rabbit Hole”, <https://singerburke.com/looking-glass-finding-light-end-rabbit-hole/#:~:text=The%20phrase%20Through%20the%20Looking,world%20both%20recognizable%20and%20yet> (Erişim tarihi: 8.1.2024).

Gerald J. Postema, *Law’s Rule The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, New York: Oxford University Press, 2022.

Gülriiz Uygur, Nadire Özdemir, *Adalet Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği*, Ankara: CEİD, 2020, <https://ceidizler.ceid.org.tr/dosya/adalet-erisim-genis-ozetsonpdf.pdf> (Erişim tarihi: 8.1.2024).

Gülriiz Uygur, Eileen Skinnider, “*Türkiye’de Kadınların Adalet ve Adli Yardıma Erişimine İlişkin Engelleri Anlamak*”, Avrupa Konseyi, Kasım 2022.

Fionnuala Ní Aoláin, “The Individual Right of Access to Justice in Times of Crises: Emergencies, Armed Conflict and Terrorism, *Access to Justice as a Human Right* içinde, Ed. F. Francioni, New York: Oxford Univer-

sity Press, 2007.

Inter-Agency Standing Committee (Kuruluşlararası Daimi Komite, IASC), “Introduction to Humanitarian Action: A Brief Guide for Resident Coordinators”, 2015.

Leslie Green, “Internal Minorities and their Rights”, *The Rights of Minority Cultures* içinde, Ed. Will Kymlicka, New York: Oxford University Press, 1995.

Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği – Birleşmiş Milletler Kadın Birimi, “Türkiye’de Geçici Koruma Altındaki Suriyeli Kadın ve Kız Çocuklarının İhtiyaç Analizi” 2018.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), “Deprem Sonrası Yaşananlara İlişkin İnsan Hakları ve Ayrımcılık Hukuku Bağlamında İzleme Raporu”, Eylül 2023.

TİHEK, “Deprem Sonrası Durum ve Afet Yönetimine İlişkin İnsan Hakları Temelli İzleme Faaliyetleri”, Mart 2023.

TİHEK, “İnsan Hakları Hukuku Açısından Afet Dönemlerinde Hassas Gruplar Uluslararası Sempozyumu”, Mayıs 2023.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı “2023 Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Raporu”, Mart 2023.

UN OCHA, “Earthquakes in Türkiye and Syria - Humanitarian Overview and Call to Action”, Şubat 2023.

UN Women, “Her Aftermath – The Impact of the Earthquakes in Türkiye: Perspectives of civil society organizations working for the rights of women and girls”, Mayıs 2023.

UN Women, “Her Aftermath – The Impact of the Earthquakes in Türkiye: Focus on Prevention and Response to Violence Against Women and Girls”, Temmuz 2023.

UN Women, UNDP, UNODC, OHCHR, “*A Practitioner’s Toolkit on Women’s Access to Justice Programming*”, Bu bağlantıdan erişilebilir: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2018/5/a-practitioners-toolkit-on-womens-access-to-justice-programming>.

Visit to Türkiye, Report of the Special Rapporteur on violence against women and girls, its causes and consequences, Advanced Edited Version, A/HRC/53/36/Add.1, 25.04.2023.

Women Empowerment in Humanitarian Action Working Group, “*Terms of Reference*”, Temmuz 2023.

“Aynanın İçinden”: Kriz Zamanlarında Dezavantajlıların Dezavantajlıları
Bakımından Adalete Erişim/sizlik

Türkiye’de Kadınların Adalete Erişiminin Ölçülmesi: Medeni Hukuk Davaları İçin Önerilen Göstergeler

Seher KIRBAŞ CANİKOĞLU, Çağla ŞAHİN

Özet

Adalete erişim, modern hukuk sistemlerinde temel bir insan hakkı olarak kabul edilmekte ve gelişmiş toplumların işleyişinde kritik bir rol oynamaktadır. Bu hakkın herkes için etkin bir şekilde uygulanabilmesi için öncelikle adalete erişimin ölçülebilir ve izlenebilir olması önemlidir.

Türkiye’de adalete erişim ve dolayısıyla kadınların adalete erişimi hakkında yapılan veri toplama faaliyetlerinin ceza hukuku ekseninde yapıldığı gözlemlenmektedir. Fakat medeni hukuk, idare hukuku, anayasa hukuku, icra hukuku gibi hukukun diğer alanlarında veri toplamak, ölçme, izleme ve değerlendirme faaliyetlerinin son derece yetersiz olduğunu ve bu konuda göstergeler olmadığını dahi söylemek mümkündür. Bu konuda uluslararası düzeydeki az sayıda kaynaktan yer alan göstergelerin önemli bir kısmının ise, ülkemiz açısından anlamlı olmadığı görülmektedir. Hukukun diğer alanlarında kadınların adalete erişimi hakkında ölçme, değerlendirme ve izleme çalışmalarının yapılabilmesi için; öncelikle “adalete erişim hakkı” özelinde kadınların durumu üzerinde düşünmek ve göstergeler üzerinde konuşmak gerekmektedir.

Bu bildiride, kadınların adalete erişiminin ölçülmesi ve izlenmesinde ihmal edilen hukuk alanlarından bahsedilmiş ve hangi göstergeler hakkında veri toplanması gerektiği, izleme ve ölçme faaliyetleri yapılması gerektiği konusunda fikirler ve örnekler paylaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

adalete erişim

adalete erişimin
temel unsurları

kadınların adalete erişimi

hukuk davalarında ka-
dınların adalete erişiminin
ölçülmesi

toplumsal cinsiyete
duyarlı gösterge

Abstract

Access to justice is a fundamental human right in modern legal systems and has a critical role in the functioning of developed societies. Access to justice should be measured and monitored in order to be implemented effectively for everyone.

It is observed that data collection activities regarding access to justice and therefore women's access to justice in Türkiye are carried out on the axis of criminal law. However, it is even possible to say that data collection, measurement, monitoring and evaluation activities in other areas of law such as civil law, administrative law, constitutional law and enforcement law are extremely inadequate and there are no indicators in this regard. There are a few international publications on this subject, but it is observed that most of them are not significant/applicable for Türkiye. In order to carry out measurement, evaluation and monitoring studies on women's access to justice in other areas of law; it is necessary to consider the situation of women in terms of "right to access justice" and talk about the indicators.

The ideas and examples on the indicators related to the data to be collected and the monitoring and measurement activities to be carried out are shared and mentioned in this declaration for the areas of law that are neglected in measuring and monitoring women's access to justice.

Keywords:

access to justice

main elements of
access to justice

women's access to justice

measuring women's access to
justice in civil cases

gender sensitive
indicators

Adalete erişim, modern hukuk sistemlerinde temel bir insan hakkı olarak kabul edilmekte ve gelişmiş toplumların işleyişinde kritik bir rol oynamaktadır. Bu hakkın herkes için etkin bir şekilde uygulanabilmesi için öncelikle adalete erişimin ölçülebilir ve izlenebilir olması önemlidir.

Türkiye’de adalete erişim ve dolayısıyla kadınların adalete erişimi hakkında yapılan veri toplama faaliyetlerinin ceza hukuku ekseninde yapıldığı gözlemlenmektedir. Fakat medeni hukuk, idare hukuku, anayasa hukuku, icra hukuku gibi hukukun diğer alanlarında veri toplamak, ölçme, izleme ve değerlendirme yapmak bir tarafa; hangi verilerin toplanması gerektiği konusunda yeterince düşünülmendiğini ve sorunsallaştırılmadığını, göstergeler olmadığını dahi söylemek mümkündür. Bu konuda uluslararası düzeydeki az sayıda kaynakta yer alan göstergelerin önemli bir kısmının ise, ülkemiz açısından anlamlı olmadığı görülmektedir. Hukukun diğer alanlarında kadınların adalete erişimi hakkında ölçme, değerlendirme ve izleme çalışmalarının yapılabilmesi için; öncelikle “adalete erişim hakkı” özelinde kadınların durumu üzerinde düşünmek ve göstergeler üzerinde konuşmak gerekmektedir.

Adalete erişim hakkından bahsederken çok yönlü bir kavramdan söz etmekteyiz. Zira adalete erişim sadece yargılama veya mahkemeye ulaşabilmeyi değil; aynı zamanda yargısal, yarı yargısal ve idari tüm kuruluşlara, hak ve özgürlükler üzerinde işlem yapabilme yetkisi olan her türlü kuruma erişimi kapsayan bir haktır. Daha geniş bir bağlamda adalete erişim; adil yargılanma, yargı sürecinde temsil hakkı, “ses duyurabilme”, hakkaniyet ve diğer adalet gereklerini de içermektedir.^[1] Çerçevesi ise bizim de taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (ECHR), Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde (ICCPR) ve doğrudan kendi Anayasamızın hak arama hürriyetini içeren 36. maddesinde yer almaktadır.

Birleşmiş Milletler’in (BM) 2015 yılında yürürlüğe giren Sürdürülebilir Kalkınma Ajandası kapsamında adalete erişim, sürdürülebilir kalkınmanın temel unsurlarından biri olup “herkes için adalet” kavramı öncelikli bir hedef olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, kadınlar ve kız çocukları için adalete erişimin sağlanması, eşit ve adil bir toplum yaratmanın ön koşuludur. Bunu hem Ajandanın kabul edildiği BM Genel Kurulu 70/1 sayılı kararın metninde toplumsal cinsiyet eşitliğinin te-

[1] Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, *Adalete Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Haritalama ve İzleme Çalışması* (CEİD Yayınları, 2021), 29.

sis edilmesini amaçlayan Hedef 5' e "...[17 sürdürülebilir kalkınma amacı ve 169 hedef] herkesin insan haklarını gerçekleştirmeyi ve toplumsal cinsiyet eşitliğini ve tüm kadınların ve kız çocuklarının güçlendirilmesini sağlamayı amaçlamaktadır."^[2] cümlesi ile yapılan vurgudan, hem de sürdürülebilir kalkınma için barışçıl ve kapsayıcı toplumlar tesis etmek, herkes için adalete erişimi sağlamak ve her düzeyde etkili, hesap verebilir ve kapsayıcı kurumlar oluşturmak amacını içeren Hedef 16' da toplumsal cinsiyete ilişkin özellikli göstergelerin bulunmasından anlamak mümkündür^[3].

Bu bağlamda adalete erişim, Hedef 5 ile Hedef 16 arasında önemli bir kesişim noktası oluşturmaktadır. Zira hayatın her alanında olduğu gibi, adalet sistemi de toplumsal cinsiyet normlarından bağımsız değildir; aksine bir toplum ve kültür içinde şekillenir. Dolayısıyla adalet sistemi, toplumsal cinsiyet kimliklerine ilişkin bazı sorunlu algıların ve kalıp yargıların sürekli olarak yeniden üretildiği bir alan haline gelebilmektedir. Bu doğrultuda, adil, şeffaf ve kapsayıcı hukuki ve kurumsal çerçeveler oluşturmak için adalet sistemindeki "toplumsal cinsiyet önyargısını" ele almak ve hukuk sistemlerinin toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve ayrımcılık vakalarına etkili bir şekilde yanıt vermesini sağlamak da gereklidir. Dolayısıyla, erişimdeki adaletsizlikler de dahil olmak üzere toplumsal cinsiyete dayalı adaletsizlikler ortadan kaldırılmadan "herkes için adalet" mümkün değildir.

Kadınların adalete erişimi söz konusu olduğunda, uluslararası hukuki çerçevenin köşe taşı Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW) tarafından oluşturulmaktadır. Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri bağlamında yukarıda bahsedilen ilkeler CEDAW'da, özellikle de 5. madde (Devletin tüm yetkileriyle, kadınların erkeklerden veya erkeklerin kadınlardan üstün veya aşağı olduğu fikrine dayanan önyargıları ortadan kaldırma, zararlı geleneksel uygulamaları ortadan kaldırma ve sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirme yükümlülüğü) ve 15. madde (Kadınların kanun önünde erkeklerle eşit haklara sahip olması ve Taraf Devletlerin bu hakların kullanılmasında kadınlara eşit fırsatlar sağlamayı taahhüt etmesi) kapsamında hali hazır-

[2] Birleşmiş Milletler Kadın Birimi (UN Women) ve Avrupa Konseyi, *Kadınların Karşılaştığı Özel Zorluklar Dahil Adalete Erişimin Ölçülmesine Yönelik Çerçeve* (2022), 10.

[3] Küresel Amaçlar UNDP Türkiye, *Barış, Adalet ve Güçlü Kurumlar* (2023), [Link](#)

da yer almaktadır.^[4] Bununla birlikte, CEDAW Komitesinin “Kadınların Adalete Erişimi” konulu 33 Numaralı Genel Tavsiye Kararına (CEDAW 33) da önemli bir atıfta bulunulmalıdır. Bu karar, adalete erişim hakkının CEDAW’da yer alan tüm hakların hayata geçirilmesi için kritik önem taşıdığını ve adalete erişim hakkının, kadınların birey ve hak sahibi olarak güçlendirilmeleri amacıyla her türlü ayrımcılığa karşı korunması gerektiğini belirtmektedir.^[5]

Bu çalışmanın konusu bağlamında, CEDAW 33’ ün kadınların adalete erişimini iyileştirmeye yönelik tavsiyelerde bulunurken veri toplama ve göstergelerin kullanımına yaptığı vurgu özellikle önemlidir. Adalete erişimin “geniş” bir anlayışına dayanarak, Devletler yargı ve yarı-yargısal organlarda çalışan profesyonellerin sayısı, cinsiyet dağılımı, incelenen davaların niteliği, sayısı, süresi ve sonucu hakkında çeşitli veriler toplamaya teşvik edilmektedir.^[6] CEDAW 33’te adalete erişimin 6 temel unsuru^[7] ortaya konmuştur - ve veri toplama, özellikle hesap verebilirliği artırmak için önemsenmektedir.^[8] Bu verilerin cinsiyete göre ayrıştırılması, kadınların adalete erişimini etkileyen faktörlerin anlaşılması açısından önemlidir; zira Komite tarafından da yapılması tavsiye edilen adalete erişim ve eleştirel toplumsal cinsiyet analizine ilişkin nicel/nitel araştırmalar ancak güvenilir verilerle desteklenirse faydalı olabilir.^[9] Son olarak, adalete erişimi değerlendirmek için göstergelerin oluşturulması, Komite’nin adaletin kalitesini artırmaya yönelik tavsiyelerinde açıkça vurgulanmaktadır.^[10]

[4] BM Genel Kurulu, *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi* (1979) (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, CEDAW*), [Link](#)

[5] BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, *Kadınların adalete erişimine ilişkin 33 Numaralı Genel Tavsiye Kararı* (*General recommendation No. 33 on women’s access to justice, CEDAW/C/GC/33*), Paragraf 2, [Link](#)

[6] *CEDAW/C/GC/33*, Paragraf 17, [Link](#)

[7] *CEDAW/C/GC/33*, Paragraf 1, [Link](#)

[8] UN Women ve Avrupa Konseyi, *Kadınların Karşılaştığı Özel Zorluklar Dahil Adalete Erişimin Ölçülmesine Yönelik Çerçeve*, 12.

[9] *CEDAW/C/GC/33*, Paragraf 60, [Link](#)

[10] *CEDAW/C/GC/33*, Paragraf 17, [Link](#)

Kadınların adalete erişimi bağlamında veri ve göstergelerin kullanımı bakımından CEDAW'ı tamamlayıcı nitelikte bölgesel sözleşme ve komisyonlar olduğunu söylemek mümkün olmakla birlikte, bu çalışmanın sınırlı kapsamı içinde hepsine değinemiyoruz; ancak bir örnek vermek gerekirse, İstanbul Sözleşmesi'nin II. bölümünde bütünsel politikalar ve veri toplama konusunda özel hükümler içerdiğini söyleyebiliriz. Bu hükümlerin 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna (6284 sayılı Kanun) “sınırlı bir şekilde yansıtıldığı” yorumu yapılmaktadır;^[11] çünkü 6284 sayılı Kanun madde 15 kapsamında tedbir kararlarının sicilini tutma yetkisi ŞÖNİM'lere verilmekte, bunun dışında Adalet Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı tarafından tutulan veriler bulunmaktadır; ancak İstanbul Sözleşmesi, kapsamında yer alan şiddet türlerine ilişkin veri toplama sürecine “hükümet kuruluşları, ulusal, bölgesel ve yerel parlamentolar ve yönetimler, ulusal insan hakları kurumları ve sivil toplum kuruluşları gibi ilgili tüm aktörlerin” müdahil olması gerektiğini söylemektedir^[12].

Yine bu noktada Avrupa Adaletlik Etkinliği Komisyonu'nun (CEPEJ) Avrupa Konseyi üye devletlerinin adalet sistemlerini değerlendirmek için ortaya koyduğu göstergelerin mevcudiyetine işaret edilebilir. Bu bağlamda Türkiye'nin de komisyona sunduğu verilere ulaşmak mümkündür, örneğin 2020-2022 yılları arasında sunulan raporda, komisyonun “Yargıda cinsiyet eşitliğini teşvik etmek amacıyla istihdam süreçleri çerçevesinde belirli hükümler var mı?” sorusuna; Türkiye’de hakim, savcı ve diğer personellerin istihdamı ile ilgili genelgeler çerçevesinde, kadınların işe alımının teşvik edildiği ve devlet kurumlarına, çalışan kadın sayısını artırmaları konusunda önerilerde bulunulduğunun söylendiği görülmektedir^[13]. Burada “hüküm var mı” sorusunun karşılığında “teşvik” ve “öneri” ifadelerinin kullanıldığının altını çizmek yerinde olacaktır.

Türkiye’de adalete erişimle bağlantılı veriler incelendiğinde genel anlamda toplumsal cinsiyet ayrımı gözetilerek toplanmış olan verilerin, 6284 sayılı Kanun “yani şiddet” ve ceza hukuku ekseninde yoğunlaştığı

[11] Damla Kuru ve Göksu Özahıskalı, *Feride Acar anlattı: İstanbul Sözleşmesi ve etrafındaki tartışmalar* (Uluslararası Af Örgütü, 2020), [Link](#)

[12] Fundanur Öztürk, *İstanbul Sözleşmesi'nden çıkmak neyi değiştirdi, kadına şiddetle mücadelede iç hukuk yeterli mi?* (BBC News Türkiye, 2022), [Link](#)

[13] European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *Ülke Profili: Türkiye*, [Link](#)

görülmektedir. Hukukun diğer alanlarında veri toplamak, ölçme, izleme ve değerlendirme yapmak bir tarafa; hangi verilerin toplanması gerektiği konusunda yeterince düşünülmendiğini ve sorunsallaştırılmadığını, göstergeler olmadığını dahi söylemek mümkündür. Bu konuda uluslararası düzeydeki az sayıda kaynakta yer alan göstergelerin önemli bir kısmı ise, ülkemiz açısından anlamlı değildir. Hukukun diğer alanlarında kadınların adalete erişimi hakkında ölçme, değerlendirme ve izleme çalışmalarının yapılabilmesi için; öncelikle bu alanlar özelinde kadınların durumu üzerinde ve göstergeler hakkında düşünmek gerekir.

Kullanılabilecek göstergelere ilişkin dikkate alınması gereken önemli hususlar; ölçülebilir olması, hem uygulayıcılar hem de kamuoyu nezdinde anlamlı olması ve kadınların bu alanlara ilişkin adalete erişimindeki zorlukları ortaya koyabilir olmasıdır. Göstergelerin ilgili alanlarda kadınların adalete erişimindeki zorlukları ortaya koyabilir olması için temel unsur ise, toplumsal cinsiyete duyarlı olmasıdır.

Türkiye’de kadınların erkeklerle eşitliği konusunda yasal düzenleme bakımından halihazırda çok fazla sorun olmasa da, bu yasal düzenlemelerle ilgili hakların dava haline getirilme aşamasında kadınlar ciddi sorunlar yaşamaktadır. Bu sorunlar yüzünden daha dava açmaya bile cesaret edemeden birçok haktan kadınlar vazgeçmek durumunda kalmaktadır, fakat bu hususu destekleyebilecek veriler ve bu konuda yapılmış herhangi bir ciddi çalışma bulunmamaktadır.

Kadınların medeni hukuk alanında mahkemeye başvurmama sebeplerinin araştırılması gerekmektedir. Başvurdukları davalarda davanın nasıl sonuçlandığı konusunun da önemli olduğu, bu konuda da yapılacak ölçme ve izlemenin kadınların adalete erişimi açısından ileriye yönelik olarak olumlu sonuçlar doğuracağı ve bu alanda dava türleri bazında kadınlara saha çalışması veya hane halkı anketleri yoluyla “Neden dava açmadı?”, “Açtıysa dava nasıl sonuçlandı?”, “Açtığı davayı sonlandırmadıysa, neden sonlandırmadı?” sorularının sorulmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

Kadınların yargıya olan güveni ve yargılama süreleri de, kadınların adalete erişimi konusunda önemli unsurlardandır. Adalete erişimin talep tarafını oluşturan kadınlarla bu hususta ve özellikle uzun yargılama sürelerinin kadınların dava açma düşüncesinden vazgeçmelerinde ya da açtıkları davayı takipsiz bırakmalarında ne kadar etkili olduğuna ilişkin ölçüm ve izleme çalışması yürütülmesi faydalı olacaktır.

Adil bir yargılamadan bahsedebilmek için avukatın hukuki yardımından faydalananın olmak önemlidir, ancak bütün vatandaşların bu maliyeti karşılayabilecek gücü bulunmamaktadır. Adli yardım hizmetinin ise, hukuki yardımın bütün alanlarını yeterince karşılayabildiği söylenemez. Kaç kişinin adli yardımdan yararlandığının, hangi davalarda ve konularda yararlandığının, hangi durumların adli yardım kapsamı içine alınmadığının objektif kriterlerle kamuoyu ile paylaşılması, kadınların adalete erişimi açısından gerekli hususlardandır. Adli yardımın hukuki danışma amaçlı herhangi bir yardım sağlamaması, kadınların adalete erişimi konusunda önemli bir eksikliktir. Adli yardımdan yararlanma koşullarının net bir biçimde belirlenmesi ve adli yardımdan yararlanabilmenin koşullarının genişletmeye ihtiyaç olup olmadığının incelenmesi, bunu ortaya koyacak ölçme ve izleme çalışmalarının yürütülmesi gerekmektedir.

Kadınların adalete erişimi konusu çoğunlukla ceza ve kadına yönelik şiddet ekseninde düşünüldüğü için, bu eksen de çalışan kişilerin Toplumsal Cinsiyet Eşitliği konusunda eğitilmesi hususu gündeme geliyor; fakat hukuka diğer alanlarda temas eden kişilerin de Toplumsal Cinsiyet Eşitliği konusunda eğitilmesi ve farkındalık kazandırılması elzemdir. Bu konuda; ceza hukuku dışındaki alanlarda adalete erişimin arz tarafında yer alan insan kaynağının (hâkim, avukat, kalem personeli) Toplumsal Cinsiyet Eğitimi almış olanlarının sayısı/oranının, bu konuda yürütülen eğitim faaliyeti sayısının ve bu kişilerin aldıkları farklı konulardaki eğitimlerin toplumsal cinsiyete duyarlı olup olmadığının ölçülmesi ve izlenmesi faydalı olacaktır.

Medeni, idari, anayasa, icra ve iş hukuku konularında kadınların hukuk okur yazarlığına ilişkin mevcut durumun tespit edilmesi de, bu konuda yapılabilecek faaliyetlere ışık tutması bakımından faydalı olacaktır. Bu konuda somut veri toplamak her ne kadar güç olsa da, uygun kurgulanmış sorularla saha araştırması/hane halkı anketleri yoluyla ölçme ve izleme yapılması yapılması değerlendirilebilir.

Medeni hukuk alanında, evlilik sonrasında mal paylaşımı davalarında izleme faaliyetleri oldukça önemlidir, çünkü Medeni Kanun'da bu konudaki düzenlemeler ev içi emeği karşılıksız kalan kadınların haklarını alabilmeleri için getirilmişti. Fakat bu yasal düzenleme “kadınların hayatını nasıl etkiledi?” ve “beklenen sonucu alabiliyorlar mı?” sorularının yanıtları elimizde bulunmamaktadır. Kadınların bu konudaki haklarından ne kadar haberdar olduğu, dava açmak istediklerinde hukuki yardım alma imkanlarının olup olmadığı, dava aşamasında yargılama harç ve giderleri ile ekstra giderleri karşılamaya kaç kadının gücünün yettiği, uzun süren yargılama-

lar sonucu ümidi kırılıp kaç kadının çok daha azına razı gelip davasından feragat ettiği gibi konularda elimizde herhangi bir veri bulunmamaktadır.

Medeni Kanun’un yürürlüğe girdiği günden beri kadınlar erkekler ile eşit miras hakkına sahipler, fakat kadınların bu hakkını davalık olduğu durumlarda kullanıp kullanamadıkları konusunda yapılan bir inceleme bulunmamaktadır. Halen ailenin erkek bireylerinin esas mirasçı gibi değerlendirildiğini, muvazaalı işlemler ile terekenin erkek mirasçılara geçirildiği durumlar günlük gözlemlerle gözlenebilmekte; fakat “Hakları elinden alınan kadınların bu muvazaalı işlemlere karşı dava yoluna gidebilmeleri mümkün oluyor mu?” ve “Uygulamada gerçekten mirastan erkeklerle eşit olan haklarını kullanabiliyorlar mı?” gibi soruların verilere dayalı yanıtları bulunmamaktadır.

Aile mahkemelerinde açılan evlilik izni davalarına ilişkin; davacı tarafın kaçının kız, kaçının erkek çocuğu olduğunun ve bu ayrıma göre verilen kararların verilerinin toplanması, faydalı bir çalışma olacaktır.

Nafaka konusunda, bazı Sivil Toplum Örgütlerinin kendi imkanları ile yaptığı küçük çaplı raporlamalar dışında, ülke çapında yapılmış veri toplama ve raporlama olduğu söylenemez. Bu yüzden, nafaka konusunda yapılan bütün tartışmalar spekülasyonlar üzerinden ilerlemek zorunda kalıyor. Uygun göstergeler belirlemek ve bu göstergelere dayalı ölçme, izleme ve değerlendirme yapılması; bu bakımdan da son derece önemlidir. Kamuyuoyunun ve ilgili kamu kurumlarının dikkatini çekme, bu konuda iyileştirici işlemler belirleme, bu işlemler hayata geçtiğinde etkilerini izleme; en sağlıklı, anlamlı ve dikkat çekici şekilde veriler aracılığıyla yapılabilecektir. Nafaka davalarında davacı ve davalıların cinsiyete göre sayılarının belirlenmesi, hükmedilen nafaka miktarları ve bu miktarların nafaka ödeme yükümlüsünün gelirin oranı verilerinin toplanması, faydalı olacaktır.

Kadınlar erkeklere kıyasla, ücretli emeğin daha fazla dışında kalma ve daha fazla güvencesiz işlerde çalışmak durumunda kalmaktadırlar. Bu sebeple, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklı davalarda ve düzenlemelerde kadınların hayatını kolaylaştıracak izleme ve raporlama çalışmalarının yapılması son derece önemlidir.

İcra müdürlüklerinin, hukuk, aile, iş, ticaret ve idare mahkemelerinin; davacı ve davalılar bazında cinsiyete göre ayrıştırılmış olarak ve dava türleri bazında; yıllık olarak derdest dosya sayıları, yıl içinde karar verilen dosya sayıları, sonuçlanan davalarda hangi kararları verdiğine ilişkin verilerini toplaması, oldukça faydalı olacaktır. Ticaret mahkemelerinde tarafların

çoğunlukla ticari şirketler olduğu düşünüldüğünde, Ticaret Sicili kayıtlarından tespit edilebilen durumlarda, bu verilerin ticari şirketlerin en büyük paya sahip ortağının cinsiyetine göre ayrıştırılmış olarak toplanması değerlendirilebilir. Bu verilerin de, Adalet Bakanlığı tarafından raporlaştırılıp yayımlanması faydalı olacaktır. Bu çalışmaların sağlıklı ve düzenli şekilde yapılabilmesi için, mahkemelerde uzman personel istihdam edilmesi gerekmektedir. Bu uygulama, aynı zamanda uzun yargılama süreleri konusunda mahkemeler üzerinde bir denetim işlevi de görecektir. Ayrıca, mahkeme ve hâkim sayısının adalete erişimi sağlayacak nitelik ve nicelikte olup olmadığına ve mahkemelerin yeterli kalem personeli olup olmadığına ilişkin yapılacak ölçüm ve izleme faaliyetleri de, faydalı olacaktır.

Anayasa hukuku ve anayasal haklar alanına ilişkin, Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru dosyalarında başvuru sahiplerinin cinsiyetleri bazında ayrıştırılmış olarak hangi hak ihlali için başvuruda bulunduğu, sonucu, sonuçlanma süresi, avukat aracılığıyla başvurup başvurmadığı verilerinin periyodik olarak derlenerek yayımlanması faydalı olacaktır.

Bahsi geçen alanların çoğunun ve kadınların hukukun bu alanlarında adalete erişimindeki engellerin azaltılmasının; kadınların maddi güçleri ve maddi bağımsızlıklarıyla, mal varlıklarının dağılımında kadınlar aleyhine olan durumla da doğrudan ilişkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu alanlarda kadınların adalete erişimindeki engellerin azaltılmasının, kadınların hem bu alanlar için hem de farklı alanlar için adalete erişiminin artması konusunda, çarpan etkisi olacaktır. Örneğin; miras hakkını hukuka uygun bir şekilde elde edebilen bir kadın, maddi olarak daha güçlü olacak ve bu sayede mal paylaşımı konusunda haklarını sonuna kadar elde etmede daha rahat olacak, adalete erişim gücü daha fazla olacak, hakkından azına razı olmayacak veya eşinden şiddet gördüğü durumda çekinmeden ceza hukuku alanında gerekli yollara başvuracaktır. Ayrıca; bu alanlarda kadınların adalete erişimindeki engellerin azaltılmasının, cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik çabaların güçlendirilmesine olumlu etkisi olacaktır.

Kadınların adalete erişiminin artırılması, erişimi önündeki engellerin/zorlukların en azından azaltılması, uzun soluklu çabalar sonunda hayata geçebilir. Bu bakımdan da, uygun göstergeler aracılığıyla ilgili paydaşlar tarafından ölçümlerin yapılması, ölçümler sırasında ortaya çıkacak verilerin analiz edilerek iyileşme alanları ve adımlarının belirlenerek uygulanması, izlemenin yapılması, iyileştirici adımlarının etkilerinin tespiti ve yeni aksiyonların belirlenmesi yoluyla tüm bu faaliyetlerin süreklilik kazanacak şekilde devam etmesi gerekmektedir.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

**İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ
PERSPEKTİFİNDEN ANAYASA
DEĞİŞİKLİĞİ SORUNUNUN ANAYASAL
YORUMDA GÖRÜNÜR OLDUĞU
KONULAR**

Din ve Vicdan Hürriyetine İlişkin Bir Değişiklik Gerekli Mi?

Pınar DİKMEN^[1]

GİRİŞ

Yürürlüğe girdiğinden bu zamana kadar birçok değişiklik geçirmiş olsa da 1982 Anayasası'nın^[2] değiştirilmesine ilişkin tartışmalar literatürde ve kamuoyunda hiçbir zaman güncelliğini yitirmeyecek bir konumda durmaktadır. Günlük siyasi tartışmalar, seçim hamleleri, kamuoyu baskısı ve demokratikleşme girişimleri gibi farklı yelpazelerden seyreden anayasa değişikliği^[3] ihtiyacına ilişkin tartışmaların başka bir vechesini de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM; Mahkeme) kararları oluşturmaktadır. Çalışmada, İHAM nezdinde Türkiye ile ilgili en göze çarpan kararların ve tespitlerin kaynağını oluşturan “din ve vicdan hürriyeti” bağlamında bir anayasa değişikliğinin gerekip gerekmediği incelenecektir. Hiç kuşkusuz “laiklik” ilkesinin temel anayasal ilkelerden biri olduğu bir hukuk sisteminde, din ve vicdan hürriyetinin nasıl yorumlandığı, özel bir önem arz etmektedir

Anayasa'da bu hürriyetin temel olarak koruma altına alındığı madde, 24. maddedir: “*Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.*”

[1] Dr. Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, ORCID No. 0000-0001-7123-3109, dikmenpnar@gmail.com.

[2] Kanun No.: 2709 Kabul Tarihi: 7.11.1982, 9/11/1982 tarihli ve 17863 mükerrer sayılı Resmî Gazete.

[3] 1982 Anayasası'nın geçirdiği değişikliklerin derli toplu bir analizi için bkz. Ömer Faruk Gençkaya, “Türkiye’de Anayasa Değişikliği Usul ve Uygulamalarına Tarihsel Bir Bakış: 1987-2016,” içinde *Bağlam Usul Aktör ve Süreç Yönünden Anayasa Değişiklikleri: Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, ed. Ersin Kalaycıoğlu ve Ömer Faruk Gençkaya, İstanbul: İmge, 2023, 369-437.

Bu hürriyetin temas ettiği alanlarda yaşanan hak ihlalleri, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi^[4]’nin (İHAS, Sözleşme) “düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün” koruma altına alındığı 9. maddesi açısından İHAM önünde önemli ihlal kararları ile sonuçlanmıştır. İHAS 9/1. madde şu şekilde kelleme alınmıştır: “*Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değıştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dini-ni veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.*” Söz konusu hürriyetin “din eğitimi” ile temas ettiği noktalara ilişkin Sözleşme’ye Ek 1 Numaralı Protokol’ün 2. maddesi ise özgül bir koruma getirmektedir: “*...Devlet, eği-tim ve öğretim alanında yükleneceğı görevlerin yerine getirilmesinde, ebeveyn-lerin bu eğitim ve öğretimin kendi dinî ve felsefî inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.*”

Çalışmada din ve vicdan hürriyeti bağlamında, Türkiye aleyhine verilmiş kararlar ışığında, üç ana bağlam üzerinden ilerlenerek, bu bağlamlar-da bir anayasa değışikliğinin gerekip gerekmediğı sorusu cevaplanacaktır. Bunun için bu bağlamlara ilişkin genel anayasal çerçeve çizildikten sonra, İHAM nezdindeki ihlal kararlarının, anayasanın lafzından mı yoksa yo-rumlanmasından mı kaynaklandığı sorusu yanıtlanacak, sorunun anayasa-nın lafzından kaynaklandığının tespit edilmesi hâlinde bu alanda bir ana-yasa değışikliği önerilecektir. İlk iki bağlamda “din hürriyetinin” koruması altına giren alanlar olan “zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersi” ve “ce-mevlerinin hukuki statüsü” tartışılacaktır. Üçüncü bağlam, bu hürriyetin “vicdan hürriyeti” boyutunu da ilgilendiren “zorunlu askerlik hizmetine” ilişkindir.

[4] 6366 sayılı ve 19.03.1954 tarihli İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun. 8662 sayılı ve 19.03.1954 tarihli Resmî Gazete.

I. ZORUNLU DİN KÜLTÜRÜ VE AHLAK BİLGİSİ DERSİNE İLİŞKİN BİR ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ GEREKLİ Mİ?

A) GENEL HATLARI İLE ANAYASAL ÇERÇEVE

Din kültürü ve ahlak bilgisi (DKAB) dersinin Anayasa'daki pozitif dayanağı, 24/4. maddedir. Buna göre:

“Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.”

Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, maddede ikili bir ayırım yapılmaktadır. Madde prensip olarak ilk ve ortaöğretim kurumlarında “din kültürü ve ahlak öğretimi” zorunlu tutmaktadır. Bu nitelikteki öğretimi aşan başkaca bir öğretimin ise “isteğe bağlı” olduğu belirtilmektedir. Bu ikili ayırım, aşağıda incelenecek olan kararların anlaşılması için oldukça önemlidir ancak bu açıdan detaylı bir incelemeye geçmeden önce bilhassa dersin tatbik ediliş biçiminin yarattığı sorunların daha iyi kavranabilmesi için söz konusu dersin tarihsel ve hukuksal arka planına öz bir şekilde değinmek gerekir.

23 adet madde ve 1 madde-i münferideden oluşan ve kabul edildiği ve uygulandığı koşullar nazarında *sui generis* bir yapıya sahip olan^[5] 1921 Anayasası^[6], bir temel hak ve özgürlükler kataloğu barındırmamaktaydı. Kuruluş dönemi anayasası böyle bir hükmü barındırmasa da, bu Anayasa'yı kabul edecek olan Büyük Millet Meclisinin ilk kurulduğu ortamda, Meclisin ve Meclis Başkanı Mustafa Kemal Paşa'nın (Atatürk) eğitim meselelerine hassasiyet gösterdiğini ve “laik ve çağdaş eğitimin” temellerini örmeye

[5] Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 10. Baskı (İstanbul: YKY, 2004), 288.

[6] Teşkilâtı Esasiye Kanunu, Kanun No. 85, Kabul Tarihi: 20.01.1921.

başladığını tespit edebiliyoruz.^[7] 1924 Anayasası'nın^[8] yürürlükte olduğu dönemdeki ve bu dönemi önceleyen gelişmeler ise gerek laiklik gerekse bu ilkenin doğal bir temas hâlinde olduğu din ve vicdan hürriyetinin özgül bir boyutunu oluşturan din dersleri ile ilgili esas politikaların gerçekleştirildiği bir zaman aralığını yansıtmaktadır. Bu dönemde öne çıkan en önemli gelişme, Halifeliğin kaldırılması^[9] ve 1982 Anayasası'nın 174. maddesi uyarınca hiçbir şekilde anayasaya aykırı olduğu iddia edilemeyecek olan “İnkılap Kanunlarından” birini teşkil eden 1924 tarihli Tevhid-i Tedrisat Kanunu^[10]'nun kabul edilmesidir.

Söz konusu Kanun, ülke genelinde eğitim birliği getirerek, eğitimin Maarif Vekaleti ile yürütüleceğini hüküm altına almıştır (1.madde). 1927 yılından itibaren eğitim kurumlarında din dersi öğretimi ebeveynlerin onayına bağlanmış, söz konusu ders 1930 yılından başlayarak önce şehir okullarının sonraki yıllarda ise köy okullarının müfredatından kaldırılmıştır.^[11] Bu dönemde anayasal düzeydeki en önemli gelişme hiç kuşkusuz 1928 yılında yapılan değişiklikle^[12] Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan

[7] Nitekim Temmuz 1921'de toplanan I. Maarif Kongresinde ele alınan konular, Mustafa Kemal Atatürk'ün mütareke döneminde yurt sathında yaptığı konuşmalar ve Meclis Encümenlerindeki tartışmalar, geleceğe dönük çağdaş eğitim projesinin en önemli kanıtlarıdır. Daha fazla bilgi için bkz. Eyüp Şimşek, “Atatürk'ün Din Eğitimi ile İlgili Görüşleri,” *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, no. 45 (2011): 219-233; Niyazi Berkes, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, 4. Baskı (İstanbul: YKY, 2003), 533.

[8] Teşkilâtı Esasiye Kanunu, Kanun No. 491, Kabul Tarihi: 20.04.1924.

[9] Hilafetin İlgasına ve Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun. Kanun No. 431, Kabul Tarihi: 03.03.1924. 06.03.1924 tarihli ve 63 sayılı Resmî Gazete.

[10] Kanun No. 430, Kabul Tarihi: 03.03.1924. 06.03.1924 tarihli ve 63 sayılı Resmî Gazete.

[11] Hakan Mertcan, *Bitmeyen Kavga Laiklik*, 2. Baskı (Adana: Karahan, 2013), 107.

[12] Kanun No. 1222, Kabul Tarihi: 10.04.1928. 14.04.1928 tarihli ve 863 sayılı Resmî Gazete.

“Türkiye Devletinin dini, Dini İslâmdır” ibaresinin kaldırılması ve ardından 1937 yılında yapılan değişiklikle^[13] aynı maddeye “laiklik” ilkesinin eklenmesidir. Bunun dışında Anayasa’nın 75. maddesinde din ve vicdan hürriyetinin de koruma altına alınmış olduğunu eklemek gerekir.^[14]

Laiklik ilkesi ile el ele giden bu gelişim çizgisine rağmen 1950’li yıllara gelindiğinde din derslerinin müfredattaki konumu ile ilgili farklı yönde bir ivme görülmektedir. 1949 yılında din dersleri yeniden müfredata dâhil edilir ve bu derslerin müfredattaki hacmi ve ağırlığı seneler içinde daha da artar.^[15] Ancak Cumhuriyet dönemi anayasaları içinde, din dersleri pozitif dayanağına ilk kez 1961 Anayasası^[16] ile birlikte kavuşmuştur. 1961 Anayasası’nın “vicdan ve din hürriyeti” başlıklı 19/4. maddesi “*Din eğitim ve öğrenimi, ancak kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanuni temsilcilerinin isteğine bağlıdır*” ifadesi ile “isteğe bağlı” din derslerinin kapılarını aralamıştır. 1961 Anayasası’nın hazırlık çalışmalarına göz atıldığında, din dersinin Anayasa’da yer almasını, toplumda böylesi bir öğretime ihtiyaç duyulduğu ve dinî duyguların sömürülmemesi için din eğitim ve öğretiminin devlet gözetiminde yapılmasının önemli olduğu minvalindeki gerekçeleri

[13] Kanun No. 3115, Kabul Tarihi: 05.02.1937. 13.02.1937 tarihli ve 3533 sayılı Resmî Gazete.

[14] “Hiçbir kimse mensub olduğu felsefi içtihad, din ve mezhebdan dolayı muahaze edilemez. Asayiş ve umumî muâşeret âdabına ve kanunlar hükümlerine aykırı bulunmamak üzere her türlü dinî âyinler yapılması serbesttir.”

[15] Özge Demir, *Laiklik İlkesi Bağlamında Türkiye’de Zorunlu Din Dersi ve Muafiyet Sistemi*, (İstanbul: On İki Levha, 2021), 29; Mertcan, *Laiklik*, 107. Bu farklı ivmenin arka planında Demokrat Parti ile “dindarlık” üzerinden girilen rekabet ve “Komünizm rüzgarına karşı” formül arayışı olduğu öne sürülmektedir (Tolga Şirin, “Anayasa Tarihi Yönünden Din Dersleri,” Tolga Şirin (blog), 22 Mart 2019. <https://www.tolgasirin.com/post/dindersitarihi> (01.02.2024). Ayrıca bkz. Eyüp Şimşek, “Çok Partili Dönemde Yeniden Din Eğitimi ve Öğretimine Dönüş Süreci (1946-1960),” *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, no. 49 (2013): 296; Demir, *Zorunlu Din Dersi*, 28.

[16] Kanun No. 334, Kabul Tarihi: 09.07.1961. 20.07.1961 tarihli ve 10859 sayılı Resmî Gazete.

not etmekteyiz.^[17] Bunun yanı sıra bu düzenlemenin laiklik ilkesini zedeleyebileceğini belirten görüşler de bulunmaktadır.^[18] 1982 Anayasası'nın kabul edilmesine kadar teorik olarak "isteğe bağlı" olma niteliğini koruyan din derslerinin, müfredattaki görünürlüğünün yıllar içinde giderek arttığı belirtilmelidir.^[19] 1982 Anayasası'nda ise din dersi "din kültürü ve ahlak bilgisi" dersi adı altında, ilk kez zorunlu hâle gelecektir. Maddenin hazırlık çalışmalarında, dersin devlet gözetiminde yürütülmesinin suiistimalleri önleyeceği argümanı öne çıkmaktadır.^[20] Buna göre toplumsal ihtiyaçtan kaynaklı olarak zorunlu olarak okutulacak bu dersin, İslam dini hakkında genel bilgiler verecek düzeyde kalması; bu niteliği aşan derslerin ise isteğe bağlı olması öngörülmüştür.^[21]

B) İHAM PERSPEKTİFİNDEN SORUNUN TESPİTİ

İlk ve öğretim kurumlarında zorunlu olarak okutulması öngörülen DKAB ile ilgili, "din ve vidan hürriyeti" çerçevesinde iki önemli karar verilmiştir. Söz konusu kararlar Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesinde yer alan ve bu hürriyetin özgül bir görünümünü oluşturan^[22] "ebeveynlerin eğitim ve öğretimde dinî ve felsefi inançlarına saygı gösteril-

[17] Aktaran Ensar Yılmaz, "Laiklikle İlgili Maddelerin 1961 Anayasası'nda Yer Alış Süreci ve Müzakereleri," Akademik İncelemeler Dergisi 7, no. 2 (2012): 79 vd.

[18] Kazım Öztürk, *İzablı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, Cilt I, (Ankara: Türkiye İş Bakanlığı Kültür Yayınları, 1966), 171-172.

[19] Örneğin bu dönemde derslerde dinin uygulamasının da öğretildiği yönünde bkz. Demir, *Zorunlu Din Dersi*, 33.

[20] T.C. Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, 2. Baskı (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019), 139 vd. https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekceli_anayasa.pdf (01.04.2024).

[21] Age, 141 vd.

[22] Mahkeme, Sözleşmeye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesinin özellikle Sözleşme'nin 8., 9. ve 10. maddeleri ile birlikte okunması gerektiğinin altını çizmektedir (İHAM, *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/ Danimarka*, B. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72, 07/12/1976, §52).

mesini isteme hakkı” bağlamında incelenmiştir.

Bir giriş mahiyetinde, İHAM’ın din dersleri ile ilgili genel yaklaşımına değinilecek olursa, Mahkeme, çocukların eğitiminden öncelikle ebeveynlerin sorumlu olduğunu belirterek devletten dinî ve felsefi inançlarına saygı duymasını talep edebileceklerini ifade etmektedir.^[23] Öte yandan ebeveynlere verilen bu hak, devletlerin çocuklara, dinî ya da felsefi bilgilerle ilgili nesnel bir eğitim vermesini engelleyemeyeceği gibi ebeveynlere de bu tür bir öğretimin ya da eğitimin müfredata entegre edilmesine itiraz etme hakkı da vermemektedir.^[24] Bu hususa dair müfredatı belirleme yetkisi taraf devletlerde olmakla birlikte, devletler bu belirleme yetkisi ile ebeveynlerin dinî ve felsefi inançlarına saygı gösterme yükümlülüğü arasında bir denge kurmalıdır. Mahkemeye göre bu hak çerçevesinde yerine getirilen eğitimde, müfredatta yer alan bilgilerin öğrencilere; nesnel, eleştirel ve çoğulcu şekilde aktarılması ve devletlerin belirli bir dini doktrine edici bir tutumdan kaçınması gerekmektedir.^[25]

Çalışmada incelenen *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye* ile *Mansur Yalçın ve Diğerleri/Türkiye*^[26] kararları, ihlal iddiaları ve ihlal kararına dayanak olan tespitler bakımından paraleldir. Mahkeme her iki kararda da iki aşamalı bir tespitte bulunmuştur: davaya konu olan zorunlu DKAB dersinin nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde öğretilip öğretilmediğini analiz etmiş ardından Türk eğitim sisteminde, ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesini sağlayan hükümlerin yer alıp almadığını denetlemiştir.^[27] Bir başka

[23] Agk, §52.

[24] Aksi hâlde eğitim sistemi, “uygulanamaz olma” riski ile karşı karşıya kalabilir (Agk, §53).

[25] İHAM, *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, B. No. 1048/04, 09/10/2007, §52; İHAM, *Folgero ve diğerleri/Norveç* [BD], B. No. 15472/02, 29/06/2007, §89.

[26] İHAM, *Mansur Yalçın ve diğerleri/Türkiye*, B. No. 21163/11, 16/09/2014.

[27] İHAM, *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, §57; İHAM, *Mansur Yalçın ve diğerleri/Türkiye*, §72 ve §75.

ifade bir din dersinin nesnel, eleştirel ve çoğulcu şekilde öğretilmediği ihtimalinde, Türkiye’deki ebeveynlerin, çocuklarının böylesi bir derse maruz kalmasını engelleyebilecek araçlara sahip olup olmadığını incelemiştir.

2007 tarihli *Hasan ve Eylem Zengin* kararında, Alevi inancına mensup başvuru, kızına öğretilen zorunlu DKAB dersi müfredatında ağırlıklı olarak İslam’ın Sünni mezhebine ait bilgilere yer verilmesinin kendi inançları ile farklılıklar içerdiği ve bu derslerde Alevilik hakkında bilgi sunulmadığı iddiası ile kızı için muafiyet talebinde bulunmuş ancak ulusal makamlar tarafından bu talebin reddedilmesi nedeni ile konu İHAM önüne taşınmıştır.^[28]

Kararda Türk Hükûmeti, bu dersin zorunlu olmasının, çocukların dinsel fanatizmden ve hurafelerden korunabilmesi amacı taşıdığını ifade etmiştir.^[29] Yine Hükûmete göre 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması uyarınca Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu tarafından verilen Karar^[30] çerçevesinde Musevi ve Hristiyan öğrenciler, ebeveynlerinin talebi üzerine bu derslerden muaf tutulabilmektedir. Farklı inançlara sahip ebeveynler, örneğin Ateistler, çocuklarını bu dersten muaf tutmak istediklerinde, bu taleplerinin yetkililer tarafından değerlendirilmesi ihtimali mevcuttur.^[31]

İHAM’ın ilk tespitine göre DKAB dersinin amaçlarından biri, İslam dini hakkında olduğu kadar Musevilik, Hristiyanlık ve Hinduizm gibi diğer dinler hakkında da bilgi vermektir.^[32] Öte yandan Mahkeme, bu derse ilişkin müfredatta, İslam dinine ait öğelerin ağır bastığını ve ders kitaplarının “dinler” hakkında genel bir bilgi sağlamakla sınırlı kalmadığını

[28] *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, §8 vd.

[29] Agk, §44.

[30] Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu Başkanlığı, Karar No., Karar Tarihi: 09.07.1990.

[31] Agk, §44.

[32] Agk, §58.

tespit edecektir.^[33] Bu ilk tespitin; ders programı ve ders kitaplarının İslam dinine daha büyük bir öncelik verdiği tespitinin ardından Mahkeme, İslamiyet'in Türkiye'deki çoğunluk dini olması nedeniyle, bu durumun tek başına çoğulculuk ve nesnellik ilkelerini zedelediği veya bu durumun doktrine edici bir nitelikte olmadığı belirlemesinde bulunmuştur.^[34] Mahkeme bundan sonraki incelemesini ders programında yer alan bilgilerin nasıl aktarıldığı noktasına yoğunlaştırmıştır. Bu bağlamda Mahkemeye göre Türkiye'deki dinsel çeşitlilik, söz konusu derse ait kitaplarda ve dersin müfredatında dikkate alınmamıştır. Bu çeşitliliğe Türkiye'de büyük bir nüfus oranına sahip Alevilik de dâhildir.^[35] Sonuç olarak Mahkeme zorunlu "din kültürü ve ahlak bilgisi" derslerinin sunulma biçiminin, "nesnellik ve çoğulculuk" ölçütünü karşılamadığı kanaatine ulaşmıştır.^[36] Bir başka ifade başvuru kızının böyle bir dersten muaf olmasını isteme hususunda haklı bir pozisyonda yer almaktadır.^[37] Geriye, ebeveynlere bu ders karşısında ne tür bir seçenek bırakıldığını tespit etmek kalmaktadır.

İHAM yaptığı incelemede, Avrupa ülkelerinde temel olarak din derslerinden muafiyet sağlandığının ya da söz konusu dersin yerine geçebilecek başka bir ders seçeneği sunulduğunun veya dersin isteğe bağlı

[33] Örneğin müfredatta; İslam'ın temel ilkeleri, şartları ve ritüelleri hakkında genel bilgiler bulunmaktadır ya da öğrenciler sınavlarda İslam dininin gerekleri ile ilgili bilgilerden sorumlu tutulmaktadır (Agk, §61-62.)

[34] Agk, §63.

[35] Agk, §66. Örneğin Mahkeme, söz konusu itikadın ortaya çıkmasında büyük bir öneme sahip iki şahsiyetin belirli bir dönem okutulmasının, çoğulculuğun sağlanmasında yeterli olmadığı tespitinde bulunacaktır (Agk, §66).

[36] Agk, §70.

[37] Nitekim Mahkemeye göre Sözleşmecî Devlet, müfredatına din eğitimi dâhil ettiğinde öğrencileri, okulda verilen din eğitimi ile ebeveynlerinin dinî veya felsefî inançları arasında bir çatışmada kalacağı durumdan, mümkün olduğu ölçüde öğrencileri sakinması gerekir (Agk, §71).

hâle getirildiğinin altını çizmiştir.^[38] Ancak Türk eğitim sisteminde, Hristiyan ya da Musevi yurttaşlara sunulan muafiyet^[39] dışında başkaca bir muafiyet imkânı yoktur; bu sayılanlar dışındaki ebeveynlerin muafiyet talebini değerlendirmek okul yetkilerinin takdirine kalmaktadır.^[40] Tüm bu nedenlerle İHAM, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşacaktır.^[41]

2014 tarihli *Mansur Yalçın ve diğerleri* kararında da İHAM benzer tespitlerini yinelemiştir. Bu kararda Alevi inancına sahip başvuruçular, Millî Eğitim Bakanlığına başvurarak, DKAB ders programının değiştirilmesini ve müfredatta Alevi inancına yönelik bilgilerin genişletilmesini talep etmişler ancak bu talepleri kabul görmemiştir.^[42]

Türk Hükûmeti, DKAB derslerinde İslam dinine ayrılan bölümün mezhepler üstü bir yaklaşımla^[43], İslam dininin mezheplerinden herhangi birine ayrıcalık tanınmadan kaleme alındığını ve müfredatın hazırlanmasında, Alevi-Bektaşî topluluğunun dinî önderlerinden gelen taleplerin de dikkate alındığını savunmuştur.^[44] Mahkeme, Türk Hükûmetinin bu iddiasını göz önüne alarak, hem *Hasan ve Eylem Zengin* kararından hem de mevcut başvurunun Mahkemeye sunulduğundan bu yana, dersin müfredatında

[38] Agk, §71.

[39] Mahkeme, Türkiye'de yaşayan Hristiyan ya da Musevi yurttaşların, bu derslerden muaf tutulabilmek için bildirimde bulunma zorunluluğunun da İHAS'ın 9. maddesi bağlamında sorun yaratabileceğini ifade etmiş ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 24. maddesinde yer alan; hiç kimsenin dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı yönündeki vurguyu hatırlatmıştır (Agk, §75).

[40] Agk, §75.

[41] Agk, §77.

[42] İHAM, *Mansur Yalçın ve diğerleri* Türkiye, §7.

[43] Agk, §54.

[44] Agk, §67. Ancak başvuruçular müfredatta İslam'ın Sünnî mezhebine ilişkin öğretilerin ağır bastığı, Alevilik itikadına ilişkin bilgilerin ise folklorik bir öğe olarak kaldığını iddia etmişlerdir (Agk, §68.)

önemli değişiklikler yapıldığını not etmiştir.^[45] Ancak Mahkemeye göre bu değişiklikler ebeveynlerin inancı ile din dersinde iletilen bilgiler arasındaki çelişkiyi çözmeye yeterli değildir. DKAB dersinin müfredatında yapılan değişikliklere rağmen müfredatta ana hatları itibariyle İslam dinine ait bilgilere üstünlük tanınmakta olup^[46], müfredat hâlen Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesi açısından sorun yaratabilecek bir niteliktedir.^[47] Mahkeme Türk eğitim sisteminde, muafiyetin Hristiyan ya da Musevi yurttaşlara tanınmış olduğu, bunun dışındaki yurttaşlara -İslam'ın Sünni mezhebinden farklı bir dinî ya da felsefî inanca sahip ebeveynlerin çocuklarına- benzer bir muafiyet sisteminin tanınmadığı yönündeki tespitini yineleyerek, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşacaktır.^[48]

Önemle eklemek gerekir ki, Türk Anayasa Mahkemesinin 2022 tarihli *Hüseyin El ve Nazlı El*,^[49] bireysel başvuru kararı İHAM kararlarındaki sorunun Anayasa Mahkemesi tarafından da teyit edilmiş olması açısından önemlidir.^[50] Bu kararda başvuru, DKAB dersinin müfredat programı-

[45] Agk, §66.

[46] Agk, §68. Mahkeme bu kararda da, müfredatta Türkiye'de nüfusun çoğunluğunun inandığı ve uyguladığı din olarak İslamiyet'e diğer dinlere nazaran daha fazla ağırlık verilmesinin, tek başına çoğulculuk ve tarafsızlık ilkelerine aykırılık olarak kabul edilemeyeceği yönündeki görüşünü tekrarlamıştır.

[47] Agk, §71.

[48] Agk, §65.

[49] AYM, *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El* [GK], B. No. 2014/15345, K.t. 07.04.2022.

[50] Kararda, Mahkemenin din dersleri ile laiklik ilkesi arasında kurduğu ilişkiye dikkat kesilmek gerekir. Anayasa Mahkemesi kararda, kamuoyunda bilinen adıyla "4+4+4 Kararı" olan 2012 tarihli kararındaki (AYM, E. 2012/65, K. 2012/128, K.t. 20.09.2012) yorumunu devam ettirerek, laiklik ilkesinin din dersinin temini yönünde devlete pozitif bir yükümlülük yüklediğini ifade etmiştir (AYM, *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El*, §158). Söz konusu tespit laiklik ilkesi açısından oldukça tartışmalıdır. Gülfidan'ın da belirttiği üzere bu kararla, "pozitif yükümlülükler" teorisi, temel hak ve özgürlükler alanından, laiklik ilkesine kaydırılmaktadır (O. Serkan Gülfidan,

nın ve dersin genel niteliğinin çoğulcu ve nesnel olmadığını öne sürerek kızının dersten muaf tutulmasını talep etmişse de bu talep, idari ve yargısal makamlar tarafından reddedilmiştir. Bunun sonucunda başvuru, dersin mevcut hâliyle zorunlu tutulmasının, muafiyetin yalnızca Hristiyan ve Musevi yurttaşlara tanınmasının ve dersten muaf tutulma taleplerinin reddedilmiş olmasının, Anayasa'nın 24. ve 25. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir.^[51]

Anayasa Mahkemesi, İHAM gibi iki aşamalı bir değerlendirmede bulunmuştur: İlk olarak DKAB dersinin Anayasa'ya göre zorunlu olması öngörülen “din kültürü ve ahlak öğretiminin” boyutlarını aşıp aşmadığını bir diğer ifade ile zorunlu tutulan bu dersin ancak isteğe bağlı verilebilen “din eğitimi ve öğretimi” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini analiz etmiş. Dersin bu boyutu aşması ihtimalinde ise çocuklarına bu dersi aldırarak istemeyen ebeveynlerin bu isteklerine denk düşen alternatiflerin mevcudiyetini araştırmıştır.^[52] Mahkeme başvuru, kızının lisans eğitimine başladığı zaman dilimi olan 2018-2019 eğitim ve öğretim yılına kadarki olan süreçte, başvuru, maruz kaldığı müfredatın Anayasa'nın 24. maddesinde hüküm altına alınan din kültürü ve ahlak öğretiminin

“Seçmeli Din Dersleri Meselesi ve Anayasa Mahkemesi,” *Anayasa Hukuku Dergisi* 3, no. 5 (2014): 96-97). Din dersleri, laik devletin temin etmesi gereken bir zaruret olarak belirlemektedir (Gülfidan, “Seçmeli Din Dersleri”, 96). Hâlbuki “laiklik” ilkesinin mucidi olan Fransa’da, Fransız Danıştay, güncel bir kararında laikliğin dinî gereksinimlerin karşılanmasında devlete pozitif bir yükümlülük yüklenmediği kanaatine ulaşmıştı (CC, N° 426483, Commune de Chalon-sur-Saône, le 11 décembre 2020, le 11 décembre 2020, Pınar Dikmen, “Laiklik İlkesi, Devlete Din Özgürlüğü Açısından Pozitif Bir Yükümlülük Yükler mi?: İki Mahkeme, İki Farklı Bakış Açısı,” *Sosyal Hukuk*, <https://www.sosyalhukuk.org/2020/12/laiklik-ilkesi-devlete-din-ozgurlugu-acisindan-pozitif-bir-yukumluluk-yukler-mi-iki-mahkeme-iki-farkli-bakis-acisi/> (01.04.2024).

[51] AYM, *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El*, §132. AYM incelemesini, başvuru, kızına uygulanan müfredatla sınırlı yapacağını belirtmiştir.

[52] Agk, §172.

sınırlarını aştığına kanaat getirmiş^[53] ve çocuklarının söz konusu dersi almasını istemeyen ebeveynler için, Türk hukukunda uygun alternatifler olmadığının altını çizmiştir.^[54]

Bu bilgiler ışığında İHAM perspektifinden bakıldığında, zorunlu DKAB dersinin Anayasa'daki pozitif dayanağını oluşturan 24/4. maddeye yönelik bir değişiklik gerekmemektedir: ihlal kararlarının kaynağı, anayasanın lafzı değil, yorumlanmasıdır. Ancak vurgulandığı üzere, zorunlu din dersleri pozitif dayanağına ilk kez 1982 Anayasası'nda kavuşmuştur. Dolayısıyla, 1982 Anayasası dönemi uygulamasındaki hak ihlallerinin kaynağı tespit edilirken, bu olgunun İHAM tarafından gözden kaçırılmaması, böylesi bir hüküm barındırmayan anayasalarımızdaki uygulamaların da İHAM tarafından dikkate alınması gerekir.^[55] Anayasa'nın 24/4. maddesi genel bir din bilgisi dergisini aşan nitelikteki derslerin isteğe bağlı olduğu şeklinde bir düzenleme getirse de, teori ve pratikteki bu farklılaşmanın yarattığı sorunların, söz konusu derslerin ilk kez 1982 Anayasası'nda tanınmış olmasından kaynaklanmış olabileceği tezinin İHAM tarafından dikkate alınması durumunda, ulaşılabilecek sonuç farklı olabilecektir.

II. CEMEVLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜNE İLİŞKİN BİR ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ GEREKLİ Mİ?

A) GENEL HATLARI İLE ANAYASAL ÇERÇEVE

Anayasamızda, Alevi-Bektaşî yurttaşların ibadetlerini gerçekleştirdikleri mekân olan cemevlerinin ya da başkaca bir dinî ibadet merkezinin hukuki statüsünü doğrudan güvenceye alan anayasal bir hüküm bulun-

[53] Mahkemenin böyle bir kanaate ulaşırken söz konusu müfredatta detaylı bir analiz yapmadığını, bu kanaatini İHAM'ın bahsi geçen kararlarındaki tespitlerine ve Danıştayın konu ile ilgili kararlarına dayandığını belirtelim (Ağk, §180 vd.).

[54] Ağk, §184.

[55] Nitekim Tanör, hazırlık çalışmaların sarf edilen görüşlerin satır aralarından hareketle, zorunlu DKAB dersinin anayasal dayanağının esas gerekçesinin “din telkini” olduğunu iddia etmiştir (Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*. 3. Baskı (İstanbul: BDS Yayınları, 1994), 51).

mamaktadır.^[56] İncelenen kararlardaki hak ihlalleri büyük ölçüde Diyanet İşleri Başkanlığının (DİB) mevzuata dair yaptığı yorumdan kaynaklandığı için söz konusu Kurumun anayasal fonksiyonu ve konumunu ortaya koymak gerekir: Anayasa'nın 136. maddesine göre: “*Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir.*” 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un^[57] 1. maddesine göre DİB, “*İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini*”, yönetmekle görevlidir.

Laik bir ülkedeki varlığı sıklıkla tartışma konusu edilen bu Kurumun, esasında laik bir devletin inşası yolunda atılan adımlardan biri olduğunu söylemek yanlış olmaz.^[58] Kurum, laiklik ilkesi ile ilgili önemli adımların atıldığı 1924 yılında, Şeriye ve Evkaf ve Erkânı Harbiye Umumiye Vekâletlerinin İlmasına Dair Kanun^[59] ile öncelikle Diyanet İşleri Reisliği adı altında kurulmuştur. Daha sonra 1950 yılında kabul edilen 5634

[56] Öte yandan ilgili hükmün hazırlık aşamasında sunulan Ön Tasarı'da şöyle bir hüküm yer almakta idi: “*Devlet, Anayasa esaslarına uygun olmak şartıyla, halkın çoğunluğunun veya gerekli görürse, azınlıkta olan din veya mezhep mensuplarının din ihtiyaçlarını veya din eğitim ve öğretimini sağlayacak kamu hizmetleri koyar ve gereken teşkilatları kurar.*” Aktaran Rona Aybay ve Ahmet Yağlı, *Günümüzden Geçmişe Karşılaştırmalı 1982 Anayasası*, (İstanbul: Der, 2021) 348.

[57] Kanun No. 633, Kabul tarihi: 22.06.1965. 02.07.1965 tarihli ve 12038 sayılı Resmî Gazete.

[58] Berkes'in vurguladığı üzere, Diyanet İşleri Başkanlığı ruhani bir nitelikte değildir, yetkileri kanunla sınırlandırılmıştır. Din otoritesini, yasama alanından çekme projesinin bir sonucudur. Daha fazla bilgi için bkz. Berkes, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, 450 ve 534-535.

[59] Kanun No. 29, Kabul Tarihi: 03.03.1924. 06.03.1924 tarih ve 63 sayılı Resmî Gazete.

sayılı Kanun^[60] ile “Diyanet İşleri Başkanlığı” adını almıştır. Başkanlık 1961 Anayasası ile ilk kez anayasal pozitif dayanağa kavuşacaktır 1961 Anayasası’nın 154. maddesine göre “*Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir.*” Başkanlık ilk kez anayasal pozitif bir dayanağa kavuşurken bu tercihin bir gerekçesinde, Diyanet İşleri Başkanlığının “din ve vicdan hürriyetini” temin etmedeki önem, vurgulanmıştır.^[61]

Konu açısından önem teşkil eden bir diğer Anayasa maddesi ise 174. maddesi uyarınca hiçbir şekilde anayasaya aykırı olduğu iddia edilemeyecek olan “İnkılap Kanunlarından” birini teşkil eden 1925 tarihli Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir. Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun’dur^[62]. Kanun’un 1. maddesinin üçüncü cümlesi şu şekildedir:

“Alelümüm tarikatlerle şehlik, dervişlik, müritlik, dedelik, seyitlik, çebeilik, babalık, emirlik, nakiplik, halifelik, falcılık, büyüculük, üfürükçülük ve gayıptan haber vermek ve murada kavuşturmak maksadıyla nüshacılık gibi unvan ve sıfatların istimaliyle bu unvan ve sıfatlara ait hizmet ifa ve kisve iktisası memnudur. Türkiye Cumhuriyeti dahilinde salatine ait veya bir tarika veyahut cerri menfaate müstenit olanlarla bilümmü sair türbeler mesdud ve türbedarlıklar mülgadır...”

[60] Diyanet İşleri Başkanlığı Teşkilât ve Vazifeleri Hakkındaki 2800 Sayılı Kanunda Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Olan 3665 Sayılı Kanuna Ek Kanun. Kanun No. 5634, Kabul Tarihi: 23.03.1950. 29.03.950 ve 7469 sayılı Resmî Gazete.

[61] Maddenin hazırlık çalışmalarında, DİB’in anayasal pozitif dayanağa kavuşmasının laiklik ilkesine zarar verebileceğine dair vurgular yer almaktadır. Buna karşılık DİB’in anayasal bir dayanağa kavuşması durumunda, din işlerinin kötüye kullanılmasının önüne geçilebileceği yönünde karşı argümanlar da mevcuttur (Kazım, Öztürk, İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Cilt III, (Ankara: Türkiye İş Bakası Kültür Yayınları, 1966), 3826, 3827).

[62] Kanun No. 677, Kabul Tarihi: 30.11.1925. 13.12.1925 ve 243 sayılı Resmî Gazete.

B) İHAM PERSPEKTİFİNDEN SORUNUN TESPİTİ

İbadethanelerin hukuki statüsü hakkında İHAM'ın genel görüşü, belirli koşulların gerçekleşmesi ihtimalinde, dinî toplulukların kullandıkları dinî binaların statüsüne ve işletilmesine ilişkin hususların, Sözleşme'nin 9. maddesi anlamında dinî inancı açığa vurma hakkını yakından ilgilendirdiği yönündedir.^[63] Bu çerçevede prensip olarak din özgürlüğü, diğer yapılanmalardan farklı olarak belirli bir dinin inananlarına farklı bir statü verilmesini ve bunların belirli ayrıcalıklardan ve muafiyetlerden yararlandırılmasını gerekli kılmaz.^[64] Ancak Mahkeme açısından bu farklı muamele Sözleşme'nin 14. maddesi anlamında ayrımcı bir muamele teşkil edip etmediğini tespit etmek önemlidir.^[65]

Konu açısından önemli bir milat teşkil eden 2014 tarihli *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı/Türkiye*^[66] kararı, Alevi dinine mensup bireylerin ibadetlerini gerçekleştirdikleri “cemevlerinin” hukuki statüsü ile ilgili en önemli kararlardan biridir. Kararda, Vakıf bünyesindeki Yenibosna Pir Koca Ahmet Yesevi Cem Kültür Merkezinin, ibadethanelerin yararlandığı elektrik faturası muafiyetinden yararlanamaması tartışılmıştır. Başvurucu Vakıf, ibadethanelerin elektrik faturalarının Diyanet İşleri Başkanlığı'nın ödeneği ile karşılanmasına rağmen cemevlerinin ibadethane olarak kabul edilmemesi nedeniyle böyle bir ödenekten yararlandırılmamasının Sözleşme'de korunan haklarını ihlal ettiğini savunmuştur.^[67] Yerel makamların söz konusu talebi ret gerekçelerinde, DİB'in; Aleviliğin bir din

[63] İHAM, *Association Les Témoins de Jéhovah/France*, B. No. 8916/05, 30/06/2011, §48-54.

[64] Agk, §45.

[65] İHAM, *Savez crkava "Riječ života" ve diğerleri/Hırvatistan*, B. No. 7798/08, 30/12/2010, §85.

[66] İHAM, *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı/Türkiye*, B. No. 32093/10, 02/12/2014.

[67] Agk, §33.

değil İslam dininin farklı bir yorumu olduğu ve dolayısıyla Aleviliğin kendi ibadethanesine sahip olamayacağı yönündeki görüşü büyük ölçüde rol oynamıştır.^[68]

İHAM kararda, cemevlerinin dinî ibadetlerin yapılması için tahsis edilmiş olduklarına dikkat çekmiştir. Yine bu bağlamda Sözleşmecî Devletler, belirli bazı ibadethanelere özel bir düzenlemeden yararlanma hakkı tanınmasını kısıtlamak için başka meşru sebeplere dayanabilirler. Ancak kararda Türk Hükûmeti, böylesi bir muamele farklılığı için dikkate değer bir gerekçe ileri sürmemiştir.^[69] Sonuç olarak bu karar Türkiye aleyhine Sözleşme'nin 9. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlali ile sonuçlanmıştır.^[70]

Konunun en detaylı şekilde ele alındığı karar ise cemevlerinin hukuki statüsü de dâhil olmak üzere Alevi yurttaşların hak taleplerini bir bütün olarak içeren *İzzettin Doğan ve Diğerleri – Türkiye*^[71] kararıdır. Kararda Alevi inancına mensup başvuruçular, ulusal makamlar önünde yaptıkları başvuruda; Alevi vatandaşlara din hizmetlerinin kamu hizmeti olarak sunulması, cemevlerine ibadethane statüsü kazandırılması, Alevilerin ibadetleri için devlet bütçesinden ödenek ayrılması ve inançlarını icra edebilmeleri için kendi itikatlarına göre eğitim almış kamu görevlisi istihdam edilmesi yönünde talepte bulunmuş ancak bu talepler reddedilmiştir.^[72] Kararda tartışılan ana nokta, DİB'in sunduğu hizmetlerin tarafsızlığıdır. Kararda ulusal makamlar DİB'in laiklik ilkesine uygun olarak, İslam'ın tüm mezheplerine eşit mesafede hizmet yürüttüğünü iddia ederken, baş-

[68] Agk, §46.

[69] Agk, §50.

[70] Agk, §52.

[71] İHAM, *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No. 62649/10, 26/04/2016, §117.

[72] Agk, §10 vd.

vurucular DİB'in sunduğu kamu hizmetlerinin İslam'ın Sünni-Hanefi anlayışı temelinde yürütüldüğünü ve hizmetlerin, Sünni mezhebinden daha farklı geleneklere ve ibadet biçimine sahip olan Alevilerin dinî ihtiyaçlarını karşılamadığını ve Devlet nezdinde Aleviliğin “tarikat” olarak nitelendirildiğini iddia etmiştir.^[73]

Mahkemeye göre bir dinî topluluğun özerk olarak var olabilme hakkı Sözleşme'nin 9. maddesi tarafından korunmaktadır.^[74] Bu bağlamda Mahkeme, Aleviliğin kendine has ibadet biçimlerinin ve dinî liderlerinin, DİB tarafından sunulan hizmetlerle farklılaşan yönüne işaret etmiştir.^[75] Bu noktada kararda öne çıkan önemli hususlar bulunmaktadır. Şöyle ki esasında Türk Hükûmeti, Türkiye Cumhuriyeti'nin “nevi şahsına münhasır” laiklik anlayışının bir sonucu olarak kurulan DİB'in sunduğu din hizmetlerinin, Aleviliğin temel ibadet biçimlerinden ayrışmasından doğan hak ihlallerini, “perdelemek” için, laiklik ilkesini deyim yerindeyse bir kalkan olarak kullanmıştır. Örneğin Hükûmet İHAM'a sunduğu beyanda, Aleviliğin, İslam dininin içinde daha çok bir “tasavvufi hareket” ya da “tarikat” olarak nitelendirildiğini, İslam dini için esas ibadet yerinin “cami” olduğunu ve bu mekânların da Alevi yurttaşlara -Alevi başvuruçuların bunun itikatları gereği mümkün olmadığı yönündeki beyanlarına rağmen- açık olduğu vurgusu yapılmıştır.^[76] Ek olarak Hükûmetin beyanında, Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun işaret edilerek, esasında bu Kanun gereği Alevi yurttaşların cemevlerinde düzenledikleri ibadetlerin dahi kısıtlanması gerekirken, uygulamada buna hoşgörü gösterildiği yönünde bir ima da

[73] Agk, §27 vd. ve §91.

[74] Agk, §93.

[75] Agk, §95.

[76] Agk, §80.

dahi bulunulmuştur.^[77]

Öte yandan İHAM yaptığı değerlendirmede, Türkiye coğrafyasında kökenleri uzun yıllara dayanan Alevi nüfusunun büyük çoğunluğunun ibadetlerini cemevlerinde gerçekleştirdiklerine vurgu yapacaktır. Alevi topluluk gerek ibadetlerinde gerekse bu ibadetlerin gerçekleşmesi noktasında Sünni mezhebiyle yadsınamayacak bir farklılık içindedir.^[78] Ayrıca bu topluluğun dinî gereklerini sürdürebilmeleri, bu hususa dair yasal boşluk olduğundan, yerel makamların iyi niyetine bağlıdır.^[79] Ek olarak Türkiye’de yaşayan Alevi toplulukta; Alevilerin ibadetleri, ibadet mekânları ve dinî liderleri hususunda açık bir mutabakat da bulunmaktadır.^[80] Daha farklı bir ifade ile Alevi topluluğu içindeki görüş farklılıklarına rağmen bu toplulukta temel hususlarda bir mutabakat sağlanmış durumdadır.^[81] Tüm bu sebeplerle İHAM’a göre Sözleşme’nin 9. maddesi ihlal edilmiştir.^[82]

İHAM bu kararda, 9. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin de ihlal edildiğine karar verecektir. Bu bağlamda tartışma konusu edilen temel nokta, Anayasa ve yasalar gereği, laiklik ve tarafsızlık ilkesi çerçevesinde hizmet veren DİB’in, Alevi yurttaşlara farklı bir hizmet sunmamasının Sözleşme’nin 14. maddesi anlamında bir ayrımcılık teşkil edip etmediğidir. Nitekim başvurularda göre, inançlarının ulusal makamlar tarafından bir “tarikat” olarak sınıflandırılması sebebiyle, başvurulular benzer bir statüden ve bu statüyle birlikte gelen çok sayıda avantajdan neredeyse tama-

[77] Bkz. Agk, §84-85.

[78] Agk, §122 vd.

[79] Agk, §130.

[80] Agk, §134.

[81] Erkan Duymaz, “İnsan Hakları Hukuku Işığında Alevilerin Talepleri ve Hak Mücadelesi” içinde *Sosyal Bilimler Perspektifinden Aleviler ve Alevilik*, ed. Şükrü Aslan, Çiğdem Boz, Cemal Salman, (Ankara: Ütopya, 2023) 290.

[82] Agk, §135.

men yoksun bırakılmaktadır.^[83]

Mahkeme, Hükûmetin, DİB’in mezhepler üstü bir ekseninde, tarafsızlık ilkesi çerçevesinde kamu hizmeti sunduğu ve İslam’ın her farklı yorumuna farklı kamu hizmeti tesis edilmesinin, laiklik ilkesini zedeleyebileceği yönündeki tezini hesaba katmıştır^[84] ancak, Aleviliğin Türk toplumu ve Türk tarihi içerisinde derin kökleri olan dinî bir inanç olduğuna vurgu yaparak, kendine has ayırt edici veçheleri bulunmasına rağmen, mezhep olarak herhangi bir hukuki korumadan faydalanmadığı ve tarafsızlık şemsiyesi altında Alevi yurttaşların dinî kamu hizmetlerinden yararlanamadığı sonucun ulaşacaktır.^[85] Mahkemeye göre DİB tarafından sunulan din hizmetinden yararlananlar ile Alevi yurttaşların durumu arasında “dengesizlik” bulunmaktadır.^[86]

Bu bilgiler ışığında, bu başlık altındaki tespitimiz, İHAM perspektifinden yaşanan ihlalin kaynağının, Anayasa’nın lafzından kaynaklanmadığı yönündedir. İhlalin esas kaynağı, esasında başlı başına din hürriyetinin bir teminatı olan laiklik ilkesinin yanlış yorumlanması ve uygulanması ve bu olgu ile el ele giden yasal boşluktur.

III. ZORUNLU ASKERLİK HİZMETİNE İLİŞKİN BİR ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ GEREKLİ Mİ?

A) GENEL HATLARI İLE ANAYASAL ÇERÇEVE

İHAM perspektifinden hak ihlallerinin kaynağını oluşturan bir diğer eksen, “vicdan hürriyetini” de içine alan ve bireyin politik görüşleri, ahlaki değerleri, vicdani kanaatleri ya da dinî inancı nedeniyle belirli bir kamusal yükümlülüğü reddetmesi olarak nitelendirilen “vicdani ret”^[87] hakkına ilişkindir. İHAM, aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere, zorunlu

[83] Agk, §172.

[84] Agk, §174.

[85] Agk, §177 vd.

[86] Karara yönelik özet bir analiz için bkz. Duymaz “İnsan Hakları Hukuku”, 291.

[87] Tanım için bkz. Tolga Şirin, *Anayasa’dan Çıkış*, (İstanbul: İmge), 2022, 233.

askerlik hizmetinden kaynaklı hak ihlal iddialarını, bu hürriyet çerçevesinde incelemektedir.

Türk hukukunda zorunlu askerlik hizmetinin anayasal dayanağı 72. maddedir. Bu maddeye göre “*Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.*”

Bu aşamada önemle not düşmek gerekirse, 1982 Anayasası’nın hazırlık çalışmalarına göz atıldığında, maddenin lafzında geçen “vatan hizmeti” ifadesinden, bunun muhakkak askerî hizmete karşılık geldiği yönünde bir çıkarım yapılamamaktadır. Örneğin zorla çalışma yasağının düzenlendiği Anayasa’nın 18. maddesinin^[88] Danışma Meclisi tarafından sunulan gerekçesinde “*Vatandaşın vatan savunmasına katılması yükümlülüğü de, bir vatandaşlık ödevi olarak, askerî nitelikteki yahut askerlik ödevi yerine geçen hizmetlerin ‘Zorla çalıştırmak’ sayılmamasını gerekli kılmıştır. Bu husus ‘Vatan hizmetinin’ doğal bir sonucudur.*”^[89] ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla bu ifadeden anlaşıldığı üzere anayasa koyucu, “*askerlik ödevi yerine geçen hizmet*” ifadesi ile vatan hizmetinin muhakkak askerlik şeklinde yerine getirilmesini *a priori* öngörmemiştir ki bu tespiti dahi gerek kalmadan 72. maddenin lafzından da aynı çıkarımı yapmamız mümkündür.^[90] Maddede vatan hizmetinin kamu kesiminde de yerine getirilebileceği açıkça ifade edilmektedir. Nitekim maddenin hazırlık çalışmalarında, vatan hizmetinin yerine getirilmiş sayılacağı durumların kanunla açıklığa

[88] Anayasa’nın 18. maddesi: “*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır. Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.*”

[89] Mehmet Akad ve Abdullah Dinçol, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları*, (İstanbul: Der, 2007), 97.

[90] Benzer yönde bkz. Şirin, *Anayasa’dan Çıkış*, 239; Murat Sevinç, “Türkiye’de ve Batı Demokrasilerinde Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik ve Kamu Hizmeti Seçeneği,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 61, no. 1 (2006): 306.

kavuşturulacağı ayrıca vurgulanmıştır.^[91]

Ekleme gerekir ki, 1961 Anayasa'nın ilk hâlinde bu hizmet, zorunlu askerliğe tekabül eden şekilde kaleme alınmıştı. Anayasa'nın "Millî Savunma hak ve ödevi" başlıklı 60. maddesine göre "*Yurt savunmasına katılma, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu ödev ve askerlik yükümü kanunla düzenlenir.*" Bununla birlikte 1971 yılında yapılan anayasa değişikliği^[92] ile maddenin başlığı ve içeriği değiştirilmiştir. "Vatan hizmeti" başlığı altında madde şu şekilde düzenlenmiştir: "*Vatan hizmeti, her Türk'ün hakkı ve ödevidir. Bu ödevin, Silâhlı Kuvvetlerde veya kamu hizmetlerinde ne şekilde yerine getirileceği kanunla düzenlenir.*"

Dolayısıyla tarihsel süreçte, 1961 Anayasası'nın geçirdiği bu değişiklikten başlayarak, vatan hizmetinin karşılığında farklı kamusal hizmetlerin öngörülmesi yönünde bir tercihin görünür olduğu söylenebilir. Ancak yasal düzeyde bu hizmetin karşılığı olarak herhangi başkaca bir kamu hizmetinin belirlenmediği de belirtilmelidir.^[93]

Yasal düzeyde zorunlu askerlik hizmeti 1927 tarihli Askerlik Kanunu'nda^[94] düzenlenmiştir. Kanun'un 1. maddesine göre "*Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, işbu kanun mucibince askerlik yapmağa mecburdur.*" Konuyla ilgili bir diğer önemli mevzuat 1930 tarihli Askeri Ceza Kanunu'dur^[95]. Söz konusu Kanun'un 63. maddesi, zorunlu askerlik hizmetinden kaçınmayı yaptırıma bağlamıştır. Zorunlu askerlik hizmetinin

[91] T.C. Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, 407.

[92] Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bâzı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici Maddeler Ekleneceği Hakkında Anayasa Değişikliği. Kanun No. 1488, Kabul Tarihi: 20.09.1971. 22.09.1971 sayılı ve 13964 sayılı Resmî Gazete.

[93] Daha fazla bilgi için bkz. Sevinç, "Vidani Ret", 305.

[94] Kanun No. 1111, Kabul Tarihi: 21.06.1927. 12-17.07.1927 tarihli ve 631-635 sayılı Resmî Gazete.

[95] Kanun No. 1632, Kabul Tarihi: 22.05.1930. 15.06.1930 ve 1520 sayılı Resmî Gazete.

Türk hukukundaki önemini vurgulamak için Türk Ceza Kanunu'ndaki^[96] düzenlemeye de değinmek gerekir. Kanun'un 318. maddesinde "Halkı askerlikten soğutma" suçu düzenlenmiştir. Buna göre: "*Askerlik hizmetini yapanları firara sevk edecek veya askerlik hizmetine katılacak olanları bu hizmeti yapmaktan vazgeçirecek şekilde teşvik veya telkinde bulunanlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.*"

B) İHAM PERSPEKTİFİNDEN SORUNUN TESPİTİ

Vicdani ret hakkı, Sözleşme'de açıkça tanınmış bir hak değildir. İHAM bu hakkı – Sözleşme'nin 9. maddesi ekseninde- ilk kez^[97], 2011 tarihli *Bayatyan/Ermenistan*^[98] kararında tanımıştır. Kararda Yehova'nın Şahidi olan başvuru, zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmekten imtina ettiği için cezai takibata maruz kalmıştır. Başvuru askerlik hizmetine başka bir alternatif hizmeti yerine getirmeye hazır olduğunu belirtse de, bu talebi yerine getirecek alternatif bir hizmet öngörülmediğinden, hapis cezası yaptırımına maruz kalmıştır. Mahkeme Yehova'nın Şahidi olan başvurunun askerlik hizmetinden kaçınma yönündeki talebinin kendi kişisel çıkarından değil, samimi olarak dinî inançlarına dayandığını, başvurunun askerlik hizmetinden muaf olmasını haklı kılan sağlam ve ikna edici nedenlere sahip olduğunu belirterek Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildi-

[96] Kanun No. 5237. Kabul Tarihi: 26.09.2004. 12.10 2005 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete.

[97] Bu karardan önce bir kimsenin zorunlu askerlik hizmetinden kaçınması nedeniyle sonu gelmez cezai yaptırımlara maruz kalması, Sözleşme'nin 3.maddesinin (işkence yasağı) ihlali ile sonuçlanmıştır. İHAM, *Ülke/Türkiye*, B. No. 39437/98, 24/01/2006, §59 vd.). 2016 yılında verilen *Enver Aydemir/Türkiye* kararı ise oldukça dikkat çekicidir. Kararda, şeriatı savunduğu için laiklik ilkesi ile yönetilen bir ülke olan Türkiye Cumhuriyeti'nde askerlik yapmayı reddeden başvurunun, askerlik görevini reddetme gerekçesi, Sözleşme'nin 9. maddesi anlamında bir inanç addedilmemiştir ve gerekçesi ikna edici bulunmamıştır (İHAM, *Enver Aydemir/Türkiye*, B. No. 26012/11, 07/06/2016, §79 vd.). Ancak başvurunun bu süreçte maruz kaldığı kötü muamele Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali ile sonuçlanmıştır (Ağk, §58 vd.).

[98] İHAM, *Bayatyan/Ermenistan* [BD], B. No. 23459/03, 07/07/2011.

ğine karar verecektir.^[99] İHAM’ın bu kararda çizdiği temel kriter “*orduda askerlik yapma yükümlülüğü ile bir şahsın vicdanının veya güvenilir ve derin inançları arasında aşılabilir ve ağır bir çatışma ile gerekçelendirilmesi*” ve “*bu karşı olmanın 9. maddedeki güvencelerin uygulanmasına neden olacak kadar yeterli derecede bir öneme, uyuma, ciddiyette ve güce ulaşan bir inanç...*” oluşturmaktadır.^[100]

Bayatyan-Ermenistan kararı ile başlayan süreçte, Türkiye aleyhine önemli kararlar verilmiş olup, 2011 tarihli *Erçep/Türkiye*^[101] kararı bu minvalde bir ilktir. Yehova’nın Şahidi olan başvuru, zorunlu askerlik hizmeti yapmak istemediği için hakkında verilen mahkûmiyet kararları nedeni ile İHAM’a başvurmuş, İHAM ise Sözleşme’nin 9. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.^[102] İHAM, Türkiye’de yürürlükte olan zorunlu askerlik hizmeti düzenlemesinin, vicdani retçi bireyler için ağır sonuçlar doğurabileceğini çünkü mevcut sistemin, bireylerin, hiçbir koşulda, dinî ya da vicdani sebeplerle askerlik görevinden muaf tutulmasına izin vermediğini ve bu görevi yerine getirmeyi reddeden kişiler için ağır cezai yaptırımların uygulandığı tespitinde bulunmuştur.^[103] Mahkeme bu görevden muaf olmak isteyen bireylere verilen cezaların, askerlik hizmetine alternatif kamu hizmeti sunulmamış olmasına rağmen verildiğinin de altını çizmektedir.^[104] İHAM’ın 2012 tarihli *Feti Demirtaş/Türkiye*^[105] ile 2014 tarihli *Buldu ve diğerleri Türkiye*^[106] kararlarında, Yehova’nın Şahidi olan başvuru leh-

[99] Agk, §124-128.

[100] Agk, §110.

[101] İHAM, *Erçep/Türkiye*, B. No. 43965/04, 22/11/2011.

[102] Agk, §44; §65.

[103] Agk, §63.

[104] Agk, §64.

[105] İHAM, *Feti Demirtaş/Türkiye*, B. No. 5260/07, 17/01/2012, §107 vd.

[106] İHAM, *Buldu ve diğerleri/Türkiye*, B. No. 14017/08, 03/06/2014, §90 vd.

ne benzer gerekçelerle ihlal kararı verdiğini de not etmek gerekir.

Savda/Türkiye^[107] ile *Tarhan/Türkiye*^[108] kararlarında, başvuru, askerlik hizmetini vicdanlarından kaynaklanan; anti-militarist nedenlerle reddetmişlerdir. 2012 tarihli *Savda* kararında, başvuru, bu hizmete girmek istememesi nedeni ile maruz kaldığı kovuşturmalar ve mahkumiyetler dışında, vicdani ret hakkını uygulamaya koyan bir yasanın mevcut olmasından da yakınmıştır.^[109] *Savda* kararında öne çıkan en önemli nokta, iç hukukta “vicdani retçilik” statüsünün olup olmadığını dikkate alacak bir mekanizmanın “yokluğunun” da bir hak ihlali teşkil ettiği yönünde başvuru tarafından sunulan argümanın Mahkeme tarafından dikkate alınmasıdır.^[110] Mahkeme bu savı haklı bularak, hem bu hizmeti “barışçıl sebeplerle” reddeden başvurucuya zorunlu askerlik hizmetine alternatif bir hizmet önerilmemesini hem de yürürlükteki sistemin, başvuru vicdani ret hakkından faydalanıp faydalanamayacağını saptayacak erişilebilir ve etkin bir usul öngörmemesi nedeniyle, 9. madde yönünden ihlal kararı vermiştir.^[111] İhlal iddiaları açısından *Savda* kararı ile paralellik gösteren 2012 tarihli *Tarhan* kararında da, İHAM aynı gerekçelerle Türkiye aleyhine ihlal kararı verecektir.^[112]

Sonuç olarak Türkiye’de askerlik hizmetinin zorunlu olması ve bu hizmeti samimi dinî yahut vicdani gerekçelerle reddeden bireylere alternatif hizmetler sunulmaması veya bireylerin vicdani hak statüsünden yararlanmayı talep etmeleri durumunda böyle bir hakka sahip olup olmadıklarını tespit ettirebilecekleri bir usul olmaması, Sözleşme’nin 9. maddesinin

[107] İHAM, *Savda/Türkiye*, B. No. 42730/05, 12/01/2012.

[108] İHAM, *Tarhan/Türkiye*, B. No. 9078/06, 17/07/2012.

[109] İHAM, *Savda/Türkiye*, §92.

[110] Agk, §97

[111] Agk, §100.

[112] İHAM, *Tarhan/Türkiye*, §50 ve §62.

ihlaline neden olabilmektedir. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere bu hak ihlallerinin kaynağı, Anayasa'nın lafzından değil tam tersine bu lafzın öngördüğü yasal düzenlemelerin yapılmamasından ileri gelmektedir. Bu cihetle bu bağlamda İHAM perspektifinden bir anayasa değişikliğinin gerekmediği, sorunun yasal değişikliklerle çözülebileceği kanaatindeyiz.^[113]

SONUÇ

Din ve vicdan hürriyeti bağlamında, İHAM tarafından Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarının bir kısmı; zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin uygulamada yarattığı sorunlar, cemevlerinin hukuki statüsüne ilişkin tartışmalar ve zorunluk askerlik hizmeti düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır. Yukarıda ortaya konulduğu üzere, bu hak ihlallerinin kaynağı, Anayasa'nın lafzından değil, bu düzenlemelerin yer aldığı ya da temas ettiği maddelerin uygulamadaki yorumlanışından ya da yorumlanmayışından ileri gelmektedir. Dolayısıyla bu bağlamlarda, İHAM perspektifinden bir anayasa değişikliği gerekli görünmemektedir.

Bu husus en çok Anayasa'nın 72. maddesinde düzenlenen zorunlu askerlik hizmeti düzenlemesinde görünürdür. Madde lafzında açıkça, bu hizmete alternatif hizmetler öngörülebilmesinin yolu açılmış olmasına rağmen, yasal düzeyde bunu mümkün kılan bir düzenleme yapılmadığı ve askerlik hizmetinden imtina çok sıkı ve ağır yaptırımları tabi kılındığı için, Türkiye aleyhine, İHAS'ın 9. maddesi bağlamında bir dizi ihlal kararı çıkmıştır.

İkinci mevzu, cemevlerinin hukuki statüsüne ilişkindir. Bu hususa ilişkin öne çıkan iki önemli kararda, genel olarak Alevi bireylerin dinlerinin gereklerini yerine getirememelerinden kaynaklanan İHAS'ın 9. maddesi çerçevesindeki hak ihlallerinin esas kaynağı, ulusal makamların, din ve vicdan hürriyetinin teminatı ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucu unsuru olan laiklik ilkesini “ikircikli” yorumlamasından kaynaklanmaktadır.

[113] Öte yandan hak ihlallerinin önüne geçmek için bu hakkın anayasal güvence altına alınması gerektiği de savunulmaktadır (bkz. Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, (İstanbul: On İki Levha, 2015), 633).

Son olarak, zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin anayasal statüsü hakkında da benzer tespitlerde bulunulmuştur. Anayasa'nın 24/4. maddesinde koruma bulan bu derslerin, çoğulculuktan uzak şekilde icra edilmesi ve bu derse ilişkin etkili bir muafiyet usulünün öngörülmemesi, İHAM nezdinde Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edilmesi ile sonuçlanmaktadır. Ancak İHAM'ın, bu dersin, Cumhuriyet anayasaları içinde yalnızca 1982 Anayasası'nda yer bulmuş olmasının yarattığı *de facto* duruma odaklanması durumunda farklı yönde karar verebileceği, dolayısıyla ihlalin kaynağı olarak 1982 Anayasası'nı işaret edebileceği savunulabilir.

KAYNAKÇA

Akad, Mehmet ve Abdullah Dinçkol. *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları*. İstanbul: Der, 2007.

Aybay, Rona ve Ahmet Yağlı. *Günümüzden Geçmişe Karşılaştırmalı 1982 Anayasası*. İstanbul: Der, 2021.

Berkes, Niyazi. *Türkiye’de Çağdaşlaşma*. 4. Baskı. İstanbul: YKY, 2003.

Demir, Özge. *Laiklik İlkesi Bağlamında Türkiye’de Zorunlu Din Dersi ve Muafiyet Sistemi*. İstanbul: On İki Levha, 2021.

Dikmen, Pınar. “Laiklik İlkesi, Devlete Din Özgürlüğü Açısından Pozitif Bir Yükümlülük Yükler mi?: İki Mahkeme, İki Farklı Bakış Açısı.” *Sosyal Hukuk*. <https://www.sosyalhukuk.org/2020/12/laiklik-ilkesi-devlete-din-ozgurlugu-acisindan-pozitif-bir-yukumluluk-yukler-mi-iki-mahkeme-iki-farkli-bakis-acisi/> (01.04.2024).

Duymaz, Erkan. “İnsan Hakları Hukuku Işığında Alevilerin Talepleri ve Hak Mücadelesi.” içinde *Sosyal Bilimler Perspektifinden Aleviler ve Alevilik*, Editörler Şükrü Aslan, Çiğdem Boz, Cemal Salman, 271-295, Ankara: Ütopya, 2023.

Gençkaya, Ömer Faruk. “Türkiye’de Anayasa Değişikliği Usul ve Uygulamalarına Tarihsel Bir Bakış: 1987-2016.” içinde *Bağlam Usul Aktör ve Süreç Yönünden Anayasa Değişiklikleri: Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, Editörler Ersin Kalaycıoğlu ve Ömer Faruk Gençkaya, 369-437. İstanbul: İmge, 2023.

Gülfidan, O. Serkan. “Seçmeli Din Dersleri Meselesi ve Anayasa Mahkemesi.” *Anayasa Hukuku Dergisi* 3, no. 5 (2014): 91-106.

Mertcan, Hakan. *Bitmeyen Kavga Laiklik*. 2. Baskı. Adana: Karahan, 2013.

Öztürk, Kazım. *İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*. Cilt I, Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1966.

Öztürk, Kazım. *İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli*

Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. Cilt III, Ankara: Türkiye İş Bakanlığı Kültür Yayınları, 1966.

Sevinç, Murat. “Türkiye’de ve Batı Demokrasilerinde Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik ve Kamu Hizmeti Seçeneği.” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 61, no. 1 (2006): 297-322.

Şimşek, Eyüp. “Atatürk’ün Din Eğitimi ile İlgili Görüşleri.” *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, no. 45 (2011): 219-233.

Şimşek, Eyüp. “Çok Partili Dönemde Yeniden Din Eğitimi ve Öğretimine Dönüş Süreci (1946-1960).” *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, no. 49 (2013): 391-414.

Şirin, Tolga. “Anayasa Tarihi Yönünden Din Dersleri.” *Tolga Şirin* (blog). 22 Mart 2019. <https://www.tolgasirin.com/post/dindersitarihi> (01.02.2024).

Şirin, Tolga. *Anayasa’dan Çıkış*. İstanbul: İmge, 2022.

Tanör, Bülent. *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*. 10. Baskı. İstanbul: YKY, 2004.

Tanör, Bülent. *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*. 3. Baskı. İstanbul: BDS Yayınları, 1994.

T.C. Anayasa Mahkemesi. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*. 2. Baskı. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019. https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekceli_anayasa.pdf (01.02.2024).

Uygun, Oktay. *Devlet Teorisi*. İstanbul: On İki Levha, 2015.

Yılmaz, Ensar. “Laiklikle İlgili Maddelerin 1961 Anayasası’nda Yer Alış Süreci ve Müzakereleri.” *Akademik İncelemeler Dergisi* 7, no. 2 (2012): 63-91.

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E. 2012/65, K. 2012/128, K.t. 20.09.2012.

AYM, *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El* [GK], B. No. 2014/15345, K.t. 07.04.2022.

Fransız Danıştay Kararları

CC, N° 426483, commune de Chalon-sur-Saône, le 11 décembre 2020.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

İHAM, *Association Les Témoins de Jéhovah/France*, B. No. 8916/05, 30/06/2011.

İHAM, *Bayatyan/Ermenistan* [BD], B. No. 23459/03, 07/07/2011.

İHAM, *Buldu ve diğerleri/Türkiye*, B. No. 14017/08, 03/06/2014.

İHAM, *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı/Türkiye*, B. No. 32093/10, 02/12/2014.

İHAM, *Enver Aydemir/Türkiye*, B. No. 26012/11, 07/06/2016.

İHAM, *Erçep/Türkiye*, B. No. 43965/04, 22/11/2011.

İHAM, *Feti Demirtaş/Türkiye*, B. No. 5260/07, 17/01/2012.

İHAM, *Folgero ve diğerleri/Norveç* [BD], B. No. 15472/02, 29/06/2007.

İHAM, *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, B. No. 1048/04, 09/10/2007.

İHAM, *İzzettin Doğan ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No. 62649/10, 26/04/2016.

İHAM, *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/ Danimarka*, B. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72, 07/12/1976.

İHAM, *Mansur Yalçın ve diğerleri/Türkiye*, B. No. 21163/11, 16/09/2014.

İHAM, *Savda/Türkiye*, B. No. 42730/05, 12/01/2012.

İHAM, *Savez crkava “Riječ života” ve diğerleri/Hırvatistan*, B. No. 7798/08, 30/12/2010.

İHAM, *Tarhan/Türkiye*, B. No. 9078/06, 17/07/2012.

İHAM, *Ülke/Türkiye*, B. No. 39437/98, 24/01/2006.

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Bir Değişiklik Gerekli Mi?

Seda ÖZKAN^[1]

GİRİŞ

Toplanma özgürlüğü, Anayasa'nın "*Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı*" kenar başlıklı 34'üncü maddesinde^[2] güvence altına alınmıştır. Bu maddenin 1'inci fıkrasına göre, *herkes*, hakkın öznesi olup bu hakkı, silahlı ve silahlı olmayan biçimde önceden izin almaksızın kullanabilmekte; 2'nci fıkrasına göre, bu hakkın sınırlanabilmesi ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla olabilmekte ve nihayet 3'üncü fıkrasına göre, bu hak kullanılırken uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilmektedir. Anayasa'nın 34'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında işaret edilen kanun, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu^[3] olup yine bu Kanun'un 10'uncu, 18'inci ve 37'nci maddeleri doğrultusunda düzenlenen Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik^[4] de mevcuttur.

[1] Dr., Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, sedaozkan@trakya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7157-7881.

[2] *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, 3. Baskı (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021), 196.

[3] 2911 sayılı ve 06/10/1983 tarihli Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu (Resmî Gazete: 08/10/1983 - 18185).

[4] Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (Resmî Gazete: 08/08/1985 - 18836).

Türkiye’de toplanma özgürlüğüne tanınan hakkı kullanacak öznelere hareket alanının oluşturulmasında yalnızca Anayasa’nın 34’üncü maddesi, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik belirleyici değildir. Anayasa’nın 90’ıncı maddesinin^[5] son fıkrası, bu alanın oluşturulmasında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihadının da belirleyici olduğunu ortaya koymaktadır. İHAS’ın 11’inci maddesinde düzenlenen toplanma özgürlüğü, normun içeriği açısından Anayasa’nın 34’üncü maddesiyle uyumlu olmasına karşın hem uygulamadan hem de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’ndan kaynaklı olarak Türkiye’de toplanma özgürlüğüne tanınan hakkın bazı sorunlar nedeniyle hakkın özüne uygun biçimde kullanılamadığı görülmektedir.

Bu bildiri, toplanma özgürlüğünün kullanımındaki sorunların tespit edilmesini ve bu bağlamda hakkın özüne uygun kullanım için nasıl bir çözüm gerektiğini sorgulamayı amaçlamaktadır. Bu amaca koşut olarak ilkin, Türkiye’deki sorunlar tespit edilecek; ikinci olarak, tespit edilen sorunlar İHAM içtihadından seçilmiş kararlarla somutlaştırılacak ve nihayet bu sorunların, düzenleme değişikliğiyle mi yoksa yorum değişikliğiyle mi aşılabileceği tartışılacaktır.

I. TOPLANMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KULLANIMINDAKİ SORUNLARIN TESPİTİ

Türkiye’de toplanma özgürlüğünün kullanımındaki sorunlar üç başlıkta toplanabilir.

1. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun yasa dışı kıldığı barışçıl toplanma eylemlerine müdahale edilmesi: Toplanma özgürlüğü kullanımının “*Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri*” kenar baş-

[5] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), 538.

lıklı 23'üncü maddenin kapsamında kalması hâlinde 2911 sayılı Kanun'a dayanılarak barışçıl toplanma eylemlerine dahi müdahale edilmektedir.

2. Barışçıl eylem ile barışçıl olmayan eylem/barışçıl eylemci ile barışçıl olmayan eylemci ayrımının ortadan kaldırılması: Barışçıl kavramı dar yorumlanarak toplanma eyleminin/eylemcilerin geneline yayılmayan şiddete dönük hareketlenmeler nedeniyle barışçıl eylem ile barışçıl olmayan eylem/barışçıl eylemci ile barışçıl olmayan eylemci ayrımı yapılmaksızın eylemin tamamına ve hak öznelrinin tümünün toplanma özgürlüğüne müdahale edilmektedir.

3. Barışçıl olup olmaması fark etmeksizin toplanma eylemine ölçüsüzce müdahale edilmesinin kolluk şiddetine dönüşmesi: Kolluğun müdahalesi-şiddete dönük hareketlenmeleri bastırmaya girilmiş olsa dahi- ölçsüz olabilmekte ve bu ölçsüz müdahale âdeta kolluk şiddetine dönüşerek işkence yasağını ihlal etmektedir.

İHAM, toplanma özgürlüğünün ihlali iddiasıyla Türkiye aleyhine yapılan başvurularda bu üç başlıkta toplanabilecek olan sorunların yerleşik hâle geldiğini görerek toplanma özgürlüğünün hakkın özüne uygun biçimde kullanılamamasının Türkiye'de yapısal bir sorun oluşturduğunu tespit etmiştir. Bu tespitiyle Mahkeme, toplanma özgürlüğü ihlalinin münferit vakalarla sınırlı bir durum değil tersine kronikleşmiş ve hatta kanıksanmış bir durum olduğunu ve bu bağlamda Türkiye'de toplanma özgürlüğüne dönük saygının (respect), korumanın (protect) ve nihayet toplanma özgürlüğünün kullanımının gereklerini yerine getirmenin (fulfill) yitirildiğini demektedir.

Muhakkak ki devletin toplanma özgürlüğüne dönük saygı, koruma ve yerine getirme yükümlülüklerinin yitirilmesi, münferit ihlallerin değil ancak ihlaller yığınının sonucu olacağından toplanma özgürlüğünün Türkiye'de yapısal sorun teşkil etmesinin ardında İHAM'ın Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararlarını silsile hâlinde bulmak beklenirdir.

Toplanma özgürlüğünün kullanımını yapısal soruna eviren kararlar zin-

cirinin ilk halkası 5 Aralık 2006 tarihli *Oya Ataman v. Türkiye*^[6] kararı olmuştur. Bu kararı takip ederek yapısal sorun tanısına götüren kararlar, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince “*Ataman Grubu*” olarak adlandırılmıştır. Bu karar grubunda, İHAS’ın toplanma özgürlüğünü düzenleyen 11’inci maddesinin yanı sıra işkence yasağını düzenleyen 3’üncü maddesinin de ihlal edilmiş olduğu görülmektedir. Her ne kadar bu gruba adını veren karar 2006 yılına aitse de yapısal sorun tanısı 16 Temmuz 2013 tarihli *Abdullah Yaşa ve Diğerleri v. Türkiye* ve 23 Temmuz 2013 tarihli *İzci v. Türkiye* kararlarında “46’ncı madde kararı”nın verilmesiyle somutlaştırılmıştır. Başka bir deyişle Mahkeme, İHAS’ın 46’ncı maddesini işaret ederek Türkiye’de toplanma özgürlüğünün sistematik olarak ihlal edildiğini ortaya koymaktadır.

O hâlde toplanma özgürlüğünün Türkiye’de kullanılamaz oluşunun seyrini, sorunların toplandığı bu üç başlık altında İHAM içtihadından seçilmiş kararlarla somutlaştırarak incelemek gerekmektedir.

II. TOPLANMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KULLANIMINDAKİ SORUNLARIN İHAM İÇTİHADINA YANSIMASI

A) 2911 SAYILI TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞLERİ KANUNU’NUN YASA DIŞI KILDIĞI BARIŞÇIL TOPLANMA EYLEMLERİNE MÜDAHALE EDİLMESİ

“*Ataman Grubu*”ndaki kararların çoğunluğunun ortak noktası eylemlerin yasa dışı ilan edilerek barışçıl olmalarına karşın müdahaleyle karşılaşmalarıdır. Bu yasa dışılık durumuyla bildirim şartının yerine getirilmemiş olması bakımından sıkça karşılaşmak mümkündür ki bunda hem bildirim vermenin bürokratik süreci hem de 2911 sayılı Kanun’un kategorik olarak spontane ve acil eylemleri dışarıda bırakması etkilidir. “*Ataman Grubu*”ndaki kararların bildirim şartının yerine getirilmemiş olması bakımından karakteristik niteliğini görebilmek için gruba adını veren *Oya Ataman v. Türkiye* kararına yakından bakmak gerekmektedir.

Karara konu olan eylem, eylemin yapılmasından önce bildirim şartının

[6] İHAM, *Oya Ataman/Türkiye*, B. No: 74552/01, 05/12/2006.

yerine getirilmemesi gerekçesiyle 2911 sayılı Kanun'a göre yasa dışı sayılmakta ve günün yoğun saatlerinde İstanbul'daki Sultanahmet Meydanı'nda toplanılarak gerçekleştirildiğinden asayiş sorunlarına yol açabilir kabul edilmektedir.^[7] Çünkü 2911 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi, eylemin gerçekleştirilmesinden önce bildirim yapılmasını ararken 22'nci maddesi ise, genel meydanlardaki eylemlerde halkın ve ulaşım araçlarının gelip geçmesini sağlamak üzere mahallin mülki idare amirliğinin düzenlemelerine uyulmasını zorunlu tutmaktadır.

2911 sayılı Kanun'un 24'üncü maddesine istinaden kolluk kuvvetlerince eylemcilere, yasa dışı bir eylem gerçekleştirdikleri ve asayiş tehlikeye düşürebilecekleri bildirilmiş ancak eylemciler, kolluğun uyarısını dikkate almayarak eylemi sürdürdüklerinden biber gazı kullanılması suretiyle dağıtılmışlardır.^[8]

Başvurucu, kolluğun, kamu düzeninin bozulduğu gerekçesiyle basın açıklamasının okunmasını beklemeden eyleme müdahale ettiğini belirtmiştir.^[9]

Hükûmet ise savunusunda, ilgili mevzuata aykırı olarak eylemin önceden haber verilmeksizin kamuya açık bir alanda gerçekleştirildiğini ve başvurucunun da dâhil olduğu eylemcilerin kolluğun dağılma emrine uymadığını bildirmiştir. Hükûmet ayrıca, Taraf Devletlere tanınan takdir marjı doğrultusunda eylemin gerçekleştirildiği zaman diliminin günün yoğun saatleri olmasına istinaden bu alanda bulunan halkın rahatsız edilmesi riskinin mevcudiyetini ve eylemcilerin kolluğun dağılma emrine karşı direnişini dikkate alarak müdahalenin 11'inci maddenin 2'nci fıkrası bağlamında gerekli bir tedbir olduğunu ileri sürmüştür.^[10]

Mahkeme, 11'inci madde yönünden incelemesinde, 2911 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinin yasallık/kanunilik ölçütünü; kamu düzeni

[7] İHAM, *Oya Ataman/Türkiye*, B. No: 74552/01, 05/12/2006, § 5-6.

[8] İHAM, *Oya Ataman/Türkiye*, B. No: 74552/01, 05/12/2006, § 7.

[9] İHAM, *Oya Ataman/Türkiye*, B. No: 74552/01, 05/12/2006, § 34.

[10] İHAM, *Oya Ataman/Türkiye*, B. No: 74552/01, 05/12/2006, § 33.

ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarının meşru amaç ölçütünü sağladığını tespit ederken^[11] demokratik toplumda gereklilik ölçütünün ise sağlanmadığını tespit etmiştir.^[12]

İHAM'ın 11'inci maddeye ilişkin içtihadına bakıldığında görülmektedir ki ne izin ne de bildirim şartının aranması kategorik olarak 11'inci maddenin ihlali anlamına gelmektedir. Nitekim Mahkeme, bildirim şartının toplanma eyleminin sorunsuzca sürdürülmesi bağlamında ilk yardım hizmetinin sağlanması vb. önleyici güvenlik tedbirlerinin alınması açısından işlevini de açıklamaktadır. Mahkeme, bildirim yokluğunun eylemi yasa dışı kıldığı ve başvurucunun da buna bir itiraz yöneltmediğinin kanaatinde olmakla birlikte bildirim yapılmamış olmasının 11'inci maddenin ihlalini haklı çıkarmayacağını da eklemektedir.^[13]

Somut olay bakımından Mahkeme, eğer bildirim şartı yerine getirilmiş olsaydı günün yoğun saatlerinde trafikte herhangi bir aksama yaşanmasının önüne geçilmesine olanak tanıyacak gerekli önlemlerin kolluk kuvvetlerince alınması mümkün olacaktı demektedir. Mahkeme kolluğun, eylemcilere, eylemin kamu düzenini bozacağı hususunda ihtarda bulunduğu ve dağılmalarını emrettiğini önüne gelen delillere istinaden anlamakta ve hatta başvuru da dâhil olmak üzere eylemcilerin bu emre uymadığını görmektedir. Kamuya açık bir alandaki herhangi bir eylemin günlük yaşamda belirli bir düzeyde aksamaya yol açacağı şüphesizdir diyen Mahkeme, eylemcilerin de bu süreci düzenleyen kurallara saygı duymaları gerektiğini kaydetmektedir.^[14]

Mahkeme bu tespitleri yaptıktan sonra somut olay hakkında nihayet şu sonuca varmaktadır; bu müdahale demokratik toplum düzeninde ge-

[11] İHAM, *Oya Ataman/Türkiye*, B. No: 74552/01, 05/12/2006, § 28-32.

[12] İHAM, *Oya Ataman/Türkiye*, B. No: 74552/01, 05/12/2006, § 33-44.

[13] İHAM, *Cisse/Fransa*, B. No: 51346/99, 09/04/2002, § 50; İHAM, *Oya Ataman/Türkiye*, B. No: 74552/01, 05/12/2006, § 37-39.

[14] İHAM, *Oya Ataman/Türkiye*, B. No: 74552/01, 05/12/2006, § 38.

rekli değildir. Çünkü eylemcilerin trafiği aksatma olasılığı dışında kamu düzenini bozmaya yönelik bir tehlike oluşturduğu lehinde delil bulunmamaktadır. Buna karşın kolluk kuvvetleri eylemi sona erdirmekte sabırsız davranmıştır. Oysa 11'inci madde barışçıl bir eyleme karşı yetkililerin hoşgörü göstermesini gerektirmektedir. Nitekim somut olayda da barışçıl bir eyleme hoşgörü gösterilmeksizin kolluk kuvvetlerince müdahale edilmesi ölçüsüz olup 11'inci maddenin 2'nci fıkrası bağlamında gerekli değildir.^[15]

Bildirilmeyen eylemin yasa dışılığı bağlamında Türkiye'de toplanma özgürlüğünün kullanımının spontane ve acil eylemlere kapatılması sorununa da dikkat çekmek gerekmektedir. Çünkü bildirim yokluğunun eylemi yasa dışı kılması spontane ve acil eylemlerin de otomatikman yasa dışı kılınması anlamına gelmektedir. Toplanma özgürlüğünün kullanımında mekân ve zaman seçimi, eylemin amacına koşut olup olaya özgüdür ki bu yön, spontane ve acil eylemler bakımından daha baskın olabilecektir. Çünkü spontane eylemlerde, anlık gelişen bir olay veya durum karşısında kendiliğinden toplanma söz konusu iken acil eylemlerde de, gelişen bir olay veya durum üzerine ivedilikle toplanma söz konusudur.

Anayasa'nın 34'üncü maddesinin son fıkrasının atfıyla toplanma özgürlüğüne tanınan hakkın kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin gösterildiği 2911 sayılı Kanun'un 9'uncu ve 10'uncu maddeleri, toplanma eyleminin gerçekleştirilebilmesi için düzenleme kurulunun varlığını aramakta ve bildirim şartı getirmektedir. Bu maddelere göre, başkan da dâhil en az yedi kişiden oluşan düzenleme kurulu üyelerinin tamamının imzasının bulunduğu bildirim, eylemden en az kırk sekiz saat önce ve çalışma saatleri içinde eylem mekânının bağlı bulunduğu mülki idareye, demek oluyor ki valiliğe veya kaymakamlığa verilecektir. Bu bildirimde eylemin amacı, yeri, günü, başlayış ve bitiş saatleri, düzenleme kurulu başkanının ve üyelerinin açık kimlikleri, meslekleri, ikametgâhları ve varsa çalışma yerleri belirtilecek ve bununla birlikte bildirime, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te gösterilen belgeler

[15] İHAM, Oya Ataman/Türkiye, B. No: 74552/01, 05/12/2006, § 33-44.

eklenecektir.

Oysa her eylemin doğası, en az yedi kişinin oluşturacağı düzenleme kurulunun varlığını aramaya ve kırk sekiz saat önce bildirim verilmesini şart koşmaya uygun değildir. Nitekim spontane ve acil eylemler doğası gereği böyle gereklere tabi tutulamaz.

Anlaşılmaktadır ki 2911 sayılı Kanun, spontane ve acil eylemleri kategorik olarak dışarıda bırakmaktadır. Dolayısıyla bu eylemler, ilgili hükümlerde aranan gerekleri taşıyamayacağından 2911 sayılı Kanun eliyle müdahaleye açık tutulmaktadır. Çünkü bu gereklerin yerine getirilmediği toplanma eylemleri yasa dışı olarak etiketlenmektedir.^[16]

B) BARIŞÇIL EYLEM İLE BARIŞÇIL OLMAYAN EYLEM/BARIŞÇIL EYLEMCİ İLE BARIŞÇIL OLMAYAN EYLEMCİ AYRIMININ ORTADAN KALDIRILMASI

“*Ataman Grubu*”ndaki kararların çoğunluğunda dikkat çekici olan ortak nokta, işkence yasağının düzenlendiği İHAS’ın 3’üncü maddesinin toplanma özgürlüğünün kullanımı sırasında ihlal edilmiş olmasıdır. Bu gruptaki kararlardan *Güler ve Öngel v. Türkiye*^[17] kararında, NATO zirvesini protesto etmek amacıyla gerçekleştirilen basın açıklamasına katılanlara müdahale edilmesi 3’üncü maddenin ihlaliyle sonuçlanmıştır.

Somut olaydaki eylem, Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu (KESK) tarafından düzenlenmiş olup İstiklal Caddesi’ndeki Galatasaray Lisesi’nin önünde toplanılarak basın açıklamasının okunmasının ardından sona ermiştir. Halkevleri’ni temsil ettiği anlaşılan eylemcilerle, bu eylemcilerin Taksim Meydanı’na yaklaşmasını engellemeye çalışan kolluk kuvvetleri arasında arbede çıkmış; eylemciler taş ve sopalarla saldırırken kolluk

[16] Ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Özkan, “Toplanma Özgürlüğünün Anatomisi” içinde *İnsan Hakları Seminerleri Dizisi: 28 Aralık 2020 - 26 Mayıs 2021 (çevrimiçi) SCPO Marmara*, ed. Pınar Dikmen/Göksu Işık/N. Betül Yağcı Başer (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 187-192.

[17] İHAM, *Güler ve Öngel/Türkiye*, B. No: 29612/05, 30668/05, 04/10/2011.

kuvvetleri de göz yaşartıcı gaz ve cop kullanmıştır.^[18]

Başvurucular da yakalananlar arasında olup yakalama sırasında dövüldüklerini ve hakarete uğradıklarını belirtmişlerdir. Nitekim başvuru-
cunun iddiaları doktor muayenesi sonrasında sağlık raporuyla doğrulanmıştır. Başvurucular aynı gün serbest bırakılmıştır.^[19]

Başvurucuların iddiası kolluk kuvvetlerinin aşırı güç kullandığı yönün-
de olup Hükûmet ise bu iddiayı reddederken somut olaydaki güç kullanı-
mının ölçülü olduğunu savunmuştur.^[20]

Mahkeme, toplanma eylemi sırasında kolluk kuvvetlerinin eylemcileri dağıtmak amacıyla güç kullanması nedeniyle başvuru-
cunun yaralandığını ve bu hususta başvuru-
cunun ile Hükûmet arasında ihtilaf bulunmadığını gözlemlemiştir. Mahkeme, basın açıklamasının okunmasının ardından ey-
lemcilerin kendiliğinden dağılmaya başladığını ve başvuru-
cunun, kolluk kuvvetleriyle arbede yaşayan eylemciler arasında bulunmadığını teyit et-
miştir. Ayrıca Hükûmet, eylemcilere herhangi bir bedensel zarar verilmesi riskini mümkün olan en az seviyeye indirecek ölçüde müdahale edildiğini de delillendirememiştir.^[21]

Mahkeme bu tespitleri yaptıktan sonra başvuru-
cunun yaralanmalarının nedeninin kolluk kuvvetlerinin müdahalesi olduğuna kanaat getirmiştir. Dolayısıyla başvuru-
cunun maruz kaldığı muameleye istinaden 3'üncü maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.^[22]

Mahkeme ayrıca şunu da demektedir; güç kullanımına yalnızca kaçınıl-
maz durumlarda başvurulmalı ve bu da aşırı olmamalıdır. Bir müdahale 3'üncü maddenin kapsamına giriyorsa asgari bir şiddet düzeyine ulaşmış kabul edilmektedir. Buradan anlaşılmaktadır ki kolluk kuvvetleri -her ne

[18] İHAM, *Güler ve Öngel/Türkiye*, B. No: 29612/05, 30668/05, 04/10/2011, § 5.

[19] İHAM, *Güler ve Öngel/Türkiye*, B. No: 29612/05, 30668/05, 04/10/2011, § 6-8.

[20] İHAM, *Güler ve Öngel/Türkiye*, B. No: 29612/05, 30668/05, 04/10/2011, § 23-24.

[21] İHAM, *Güler ve Öngel/Türkiye*, B. No: 29612/05, 30668/05, 04/10/2011, § 27-29.

[22] İHAM, *Güler ve Öngel/Türkiye*, B. No: 29612/05, 30668/05, 04/10/2011, § 30-31.

kadar başvuruçular taş ve sopalarla saldıran eylemciler arasında bulunmuyorsa da barışçıl eylemci olup olmadıklarına bakılmaksızın müdahaleye maruz kalmışlardır- barışçıl olmayan eyleme/eylemciye dönük asgari bir şiddet düzeyine ulaşmış müdahalede bulunuyorsa 3'üncü maddenin ihlali söz konusu olabilecektir.^[23] Başka bir deyişle, müdahalenin ölçülü olması için eylemin/eylemcilerin barışçıl olup olmaması herhangi bir ayırıcı unsur değildir; demek oluyor ki kolluk, ölçüsüzce müdahale etmemelidir.

C) BARIŞÇIL OLUP OLMAMASI FARK ETMEKSİZİN TOPLANMA EYLEMİNE ÖLÇÜSÜZCE MÜDAHALE EDİLMESİNİN KOLLUK ŞİDDETİNE DÖNÜŞMESİ

“Ataman Grubu”ndaki kararların çoğunluğunda ortak nokta olarak müdahalenin ölçüsüzlüğüyle karşılaşmaktadır. Bu gruptaki kararlardan *Ali Güneş v. Türkiye* kararında, ölçüsüz müdahaleye istinaden İHAS'ın 3'üncü maddesinin ihlal edildiği görülmektedir.

28-29 Haziran 2004 tarihinde, İstanbul'da gerçekleştirilen NATO zirvesini protesto etmek amacıyla 28 Haziran 2004 tarihinde, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM-SEN) yöneticisi başvuruçu ve beraberindeki öğretmenler, basın açıklaması yapmak üzere İstanbul Valiliği'nin izin verdiği on üç yerden biri olan İstanbul Mecidiyeköy Metro İstasyonu'nun çıkışındaki meydana toplanmıştır.^[24]

Hükûmet, başvuruçu ve meslektaşları basın açıklaması yaptıktan sonra kolluk kuvvetlerince dağılmaları yönünde uyarılmış olmalarına karşın taş ve sopalarla saldırarak etrafa zarar vermiş ve polisleri yaralamış olduğundan müdahaleyle karşılaşmış olup uzman doktor görüşüne göre başvuruçunun vücudunda kötü muameleye maruz kaldığını gösterir herhangi bir ize rastlanmamıştır, demektedir.^[25]

[23] İHAM, *Selmouni/Fransa*, B. No: 25803/94, 28/07/1999, § 95; İHAM, *Labita/İtalya*, B. No: 26772/95, 06/04/2000, § 119; İHAM, *Güler ve Öngel/Türkiye*, B. No: 29612/05, 30668/05, 04/10/2011, § 25.

[24] İHAM, *Ali Güneş/Türkiye*, B. No: 9829/07, 10/04/2012, § 5-8.

[25] İHAM, *Ali Güneş/Türkiye*, B. No: 9829/07, 10/04/2012, § 11-13.

Sunulan belgelere göre; başvuru ve meslektaşları, sendika üyesi diğer meslektaşları bırakılana kadar dağılmayacaklarını, Taksim Meydanı'na yürüyeceklerini belirtmiş ancak kolluğun buna izin verilmeyeceğini bildirmesi ve dağılmaları için uyarması üzerine saldırıya geçerek oturma eylemi başlatmışlardır. Bir süre karakolda tutulan başvuru daha sonra serbest bırakılmıştır. Basına, başvuru poliserce kollarından tutulduğu sırada ağzına ve burnuna yakın mesafeden gaz sıkıldığı yansımıştır. Nitekim başvuru uzman doktordan önce muayene eden doktor, her iki gözde kızarıklık olduğunu; göz doktoru, hiperemi (günlük dilde kanlanma) bulunduğunu; yine aynı gün muayene eden bir başka doktor, omuzların altında ekimozlar bulunduğunu ve gözlerin kızardığını rapora kaydetmiştir.^[26]

Hükûmet, kolluğun kamu düzenini sağlamak amacıyla ve aşırı sayılmayacak seviyede güç kullanarak müdahalede bulunduğunu ileri sürmüştür. Polisler hakkında soruşturma başlatılmasına karşın kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesine istinaden Hükûmet bu kararın, soruşturmanın etkisiz olduğu anlamına gelmeyeceğini de savunmuştur.^[27]

Mahkeme, kollukça yakalanmış olan göstericiye “*Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanmasının ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme*” ile “*Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezayı Önleme Komitesi*”nin görüşüne atıfta bulunarak göz yaşırtıcı gaz veya biber gazı olarak anılan insan sağlığına yaşamsal derecede zararlı bu kimyasalların kullanılması suretiyle müdahale edilmesinin haklı gösterilemeyeceğini vurgulamaktadır. Ayrıca Mahkeme, gaz sıkılmasının gerekçesi sorulduğunda bunun Hükûmet tarafından cevaplandırılmadığını da kaydetmiştir.^[28]

Mahkeme şu kanaate ulaşmıştır ki; başvuru, kontrol altında olma-

[26] İHAM, *Ali Güneş/Türkiye*, B. No: 9829/07, 10/04/2012, § 14-18.

[27] İHAM, *Ali Güneş/Türkiye*, B. No: 9829/07, 10/04/2012, § 34-35.

[28] İHAM, *Ali Güneş/Türkiye*, B. No: 9829/07, 10/04/2012, § 37-42.

sına karşın kolluğun göz yaşartıcı gazla müdahalesine maruz kalmıştır. Mahkeme, yüzüne haksız yere gaz sıkılmasının başvurucuyu yoğun acıya maruz bırakmış olacağına kanaat ederek ve anılan gazların neden olduğu olası sağlık risklerini de göz önüne alarak 3'üncü maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Ayrıca Mahkeme, etkili soruşturmanın yürütülüp yürütülmediği hakkında yürütüldüğü lehinde herhangi bir delilin yetkililerce sunulamadığına da dikkat çekerek soruşturmanın etkili yürütülmemesine istinaden 3'üncü maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.^[29] Başka bir deyişle, somut olay bakımından 3'üncü madde hem maddi hem de usuli yönden ihlal edilmiş olmaktadır.

Kolluğun ölçüsüzce müdahalesiyle hem 3'üncü hem de 11'inci maddenin birlikte ihlal edildiği de görülmektedir. İnsan Hakları Derneği üyesi ve avukat olan başvurucunun, F tipi cezaevlerinin kurulmasını protesto etmek amacıyla 21 Aralık 2000 tarihinde, Mis Sokak/Beyoğlu'nda düzenlenen eyleme katılması sonucu maruz kaldığı muamelenin konu olduğu *Gülizar Tuncer v. Türkiye*^[30] kararında, eylemin yasa dışı olduğu (bildirim yokluğu) gerekçesiyle dağıtılmasına istinaden 11'inci madde ihlaline de rastlanmaktadır.

Kolluğun yasa dışı olduğu uyarısına karşın eylemciler eylemi sürdürmeye devam ettiklerinden kolluğun basınçlı su kullanarak grubu dağıttığı; başvurucunun da bu sırada copla dövüldüğü ve yaralandığı anlaşılmaktadır. Başvurucunun muayenesi ve bunun sonucundaki sağlık raporu ciddi derecedeki yaralanmaları ortaya koymuştur.^[31]

Hükûmet, eylemin yasa dışı olduğunu; kolluğun dağılma emrine uyulmadığını; yaralanmalar arbededen kaynaklı olup başvurucunun kasten kötü muameleye maruz bırakılmadığını ve güç kullanımının aşırı olmadığını

[29] İHAM, *Kudla/Polonya*, B. No: 30210/96, 26/10/2000, § 92; İHAM, *Ali Güneş/Türkiye*, B. No: 9829/07, 10/04/2012, § 43-46.

[30] İHAM, *Gülizar Tuncer/Türkiye*, B. No: 12903/02, 08/02/2011, § 6.

[31] İHAM, *Gülizar Tuncer/Türkiye*, B. No: 12903/02, 08/02/2011, § 7.

ğını savunmuştur.^[32]

Mahkeme, sağlık raporlarını dikkate alarak -ki Hükûmet buna itirazda bulunmamıştır-başvurucunun maruz kaldığı muamelenin 3'üncü maddenin kapsamına girdiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, başvurucunun 3'üncü maddenin kapsamına girecek seviyede yaralanması yasa dışı toplanma eyleminin dağıtılmasıyla gerekçelendirilebilir değildir. Nitekim Mahkeme, 2911 sayılı Kanun gereğince Hükûmet tarafından yasa dışı olduğu ileri sürülen eylemin, kamu düzenine dönük tehlike teşkil edecek nitelikte olmadığını ve kolluğun, eylemi sonlandırmakta son derece istekli olduğunu gözlemleyerek bildirim şartı yerine getirilmemiş olsa dahi barışçıl bir eyleme hoşgörü gösterilmeksizin ölçüsüzce müdahale edilmesinin 11'inci maddeyi ihlal ettiğini belirtmiştir.^[33]

Mahkeme, Hükûmet tarafından yapılan açıklamaların ikna edici olmadığına ve somut olaydaki güç kullanımının 3'üncü madde anlamında başvurucunun acı çekmesine neden olacak türde yaralanmayla sonuçlandığına kanaat getirerek 3'üncü maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.^[34] Ayrıca etkili bir soruşturma yürütülüp yürütülmediği yönünden de gerekçelerin tespit edilmesi için mevcut kanıtların yeterince incelenmediğini tespit eden Mahkeme, yürütülen soruşturmanın etkili olmadığı sonucuna vararak 3'üncü maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.^[35] Demek oluyor ki *Gülizar Tuncer v. Türkiye* kararında da 3'üncü maddenin maddi ve usuli yönden ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Şunu da belirtmek gerekir ki kolluğun ölçsüz müdahalesinin 3'üncü maddeyi ihlal ettiği vakalar bakımından Mahkeme, 3'üncü madde bağlamında Taraf Devletlere usuli yönden yüklenen pozitif yükümlülüklerin de

[32] İHAM, *Gülizar Tuncer/Türkiye*, B. No: 12903/02, 08/02/2011, § 25.

[33] İHAM, *Oya Ataman/Türkiye*, B. No: 74552/01, 05/12/2006, § 41; İHAM, *Gülizar Tuncer/Türkiye*, B. No: 12903/02, 08/02/2011, § 49-52.

[34] İHAM, *Gülizar Tuncer/Türkiye*, B. No: 12903/02, 08/02/2011, § 24-33.

[35] İHAM, *Gülizar Tuncer/Türkiye*, B. No: 12903/02, 08/02/2011, § 34-40.

yerine getirilmemiş olacağının kabul edildiğini kaydetmektedir.^[36] Hatırlamak gerekirse 11’inci madde de Taraf Devletlere hakka müdahale etmemesi bakımından negatif yükümlülükler yüklemekle birlikte hakkın özüne uygun kullanılması bakımından da pozitif yükümlülükler yüklemektedir.

Görüleceği üzere kolluğun barışçıl ve barışçıl olmayan eylem/eylemci ayırdını yapma gereği duymadığı anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda barışçıl olmadığı yeterince delillendirilememesine karşın eylemciler, 2911 sayılı Kanun’a muhalefet nedeniyle yargılamalarla da karşılaşmaktadır. Mahkeme, demokratik toplumda gerekli olmayan bu tedbir bağlamında barışçıl eylemciler aleyhine başlatılan hukuki süreçleri de 11’inci madde kapsamında değerlendirmektedir. Nitekim *Arpat v. Türkiye*^[37] kararında Mahkeme, 2911 sayılı Kanun’a göre yasa dışı eyleme katılan başvurucunun beraat etmiş olmasına karşın hakkında ceza davası açılmış olmasını 11’inci maddenin ihlali olarak kabul etmiştir.^[38]

III. TOPLANMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KULLANIMINDA YAPISAL SORUN TANISI

Türkiye’de toplanma özgürlüğü kullanımının yapısal sorun hâline geldiği tespitine götüren bu kararlar ve benzerleri sonucunda İHAM, *Abdullah Yaşa ve Diğerleri v. Türkiye*^[39] ve *İzci v. Türkiye*^[40] kararlarıyla “46’ncı madde kararı”nı uygulamıştır. Bu kararlara konu olan somut olaylarda da göz yaşartıcı gaz kullanımının olduğu ve bu gazın kullanımıyla doğan sonuçlar bakımından etkili soruşturma yapılmadığı görülmektedir. Mahkeme, önceki kararlarında da atıf yaptığı “*Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanması ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme*” ile “*Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı*

[36] İHAM, *Gülizar Tuncer/Türkiye*, B. No: 12903/02, 08/02/2011, § 39.

[37] İHAM, *Arpat/Türkiye*, B. No: 26730/05, 15/06/2010.

[38] İHAM, *Arpat/Türkiye*, B. No: 26730/05, 15/06/2010, § 42-51.

[39] İHAM, *Abdullah Yaşa ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 44827/08, 16/07/2013.

[40] İHAM, *İzci/Türkiye*, B. No: 42606/05, 23/07/2013.

Muamele ve Cezayı Önleme Komitesi”nin görüşüne istinaden *İzci v. Türkiye* kararında alınması gereken tedbirleri somutlaştırmıştır.^[41]

Buna göre;

1. Bu gazların kullanımının ölüm ve yaralanma riskini asgari seviyeye çekecek usulde olması amacıyla düzenleme yapılmalıdır ki mevcut 19 nolu Genelge (Emniyet Genel Müdürlüğü) ile Göz Yaşartıcı Gaz Silahları ve Mühimmatları Kullanım Talimatı (2008) bu anlamda bir düzenleme değildir. Başka bir deyişle Mahkeme, 3’üncü madde bağlamında yeterli bir güvence aramaktadır.

2. Bu gazları kullanan kolluk kuvvetlerinin yeterli eğitimi almasının yanı sıra kolluk amirlerince de etkili denetime tabi olması gerekmektedir.

3. Bu gazlara başvurularak güç kullanılması suretiyle gerçekleştirilen müdahalenin denetimini yapacak bağımsız mekanizma bulunmalı ve etkili soruşturmayla kolluk amirlerinin hesap verebilirliği sağlanmalıdır.

SONUÇ

Türkiye’de toplanma özgürlüğünün kullanımındaki sorunların, Anayasa değişikliğiyle mi yoksa yorum değişikliğiyle mi aşılabacağı sorusunu bir çırpıda yanıtlamak gerekirse; bu sorunlar, yorum değişikliğiyle aşılabilecektir. Çünkü Türkiye’de toplanma özgürlüğünün çerçevesini yalnız Anayasa’nın 34’üncü maddesi ve 2911 sayılı Kanun değil Anayasa’nın 90’ıncı maddesinin atfıyla İHAS ve onun dinamik yorumu olan İHAM içtihadı çizmektedir. Dolayısıyla herhangi bir değişiklik gerçekleştirilmese dahi içtihadı koştur yorum, toplanma özgürlüğünün Türkiye’de de hakkın özüne uygun biçimde kullanılmasını sağlayacaktır. Ancak olası bir Anayasa değişikliğinde 34’üncü maddenin İHAS’la her yönden uyumlaştırılması için şunlar önerilmektedir:

1. “*Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı*” ifadesi lafzen, 34’üncü maddenin yalnız “*toplantı*” ile “*gösteri yürüyüşü*” eylem biçimlerinin kullanımına ve yalnız bu eylemleri “*düzenleme*”ye hak tanıdığı şeklinde bir çağrışıma sahiptir. Oysa eylem biçimleri sınırlandırılabilir değildir. Çünkü

[41] İHAM, *İzci/Türkiye*, B. No: 42606/05, 23/07/2013, § 94-99.

bunlar düşüncenin birer dışı vurumudur ki doğası gereği sınırlandırılması beklenemez. Bu nedenle eylem biçimlerini saymak yerine hâlihazırdaki ve olası eylem biçimlerini kapsayıcı nitelikte olan “*toplanma*” sözcüğü kullanılmalıdır. Nitekim İHAS’ta da bunu karşılayan “*assembly*” sözcüğü tercih edilmiştir.

Toplanma özgürlüğü yalnız eylemin düzenlenmesini değil evleviyetle ona katılmayı da korumaktadır. Bu nedenle “*düzenleme*” sözcüğüne yer verilmesi yerinde görülmemektedir.

Madde kenar başlığının “*Toplanma Özgürlüğü*” olarak değiştirilmesi uygundur. Burada “*hak*” mı “*özgürlük*” mü tartışmasına girmenin gereği bulunmamaktadır. Nitekim İHAS’taki “*right to freedom of assembly*” ifadesi toplanma özgürlüğüne tanınan haktan bahsedildiğini göstermektedir.

2. “*Silahsız ve saldırısız*” ifadesi yerine yine daha kapsayıcı olan “*barışçıl*” sözcüğü kullanılmalıdır. Çünkü 2911 sayılı Kanun pasif silah^[42] denilebilecek araçları da silah olarak görmektedir. Türk Dil Kurumu’nun sözlüğünde “*silah*” sözcüğü “*savunmak veya saldırmak amacıyla kullanılan araç*” olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda eylemcilerin koluğa karşı meşru müdafaada bulunabilecekleri araçların (yüzü gazdan korumak için maske vb.) varlığında dahi eylem silahsız görülmeyebilecektir. Ayrıca saldırısızlık da yeterince açık sayılamaz. Türk Dil Kurumu’nun sözlüğünde “*saldırı*” sözcüğü “*kötülük yapmak, yıpratmak amacıyla doğrudan doğruya silahlı veya silahsız bir eylemde bulunma*” olarak tanımlanmaktadır. Oysa eylemcilerin, koluğa ister silahlı ister silahsız olsun doğrudan doğruya eylemde bulunmadığı tersine koluğun müdahalesi üzerine meşru müdafaada bulunduğu vakalar az sayıda değildir. Bu durumda eylemcilerin yüzlerini, başlarını veya bedenlerini korumak amacıyla harekete geçmeleri saldırı sayılamamalıdır ancak uygulamada tersinin kabul edildiği bilinmektedir.

Yinelemek pahasına söylenmelidir ki Türkiye’de toplanma özgürlüğünün kullanımındaki sorunlar, lafızdan değil yorumdan kaynaklanmaktadır; bu öneriler ise olası bir Anayasa değişikliğinde madde metnini İHAS’la

[42] Özkan, “Toplanma Özgürlüğünün Anatomisi”, 190.

uyumlaştırmak için olup toplanma özgürlüğünün Türkiye’de hakkın özüne uygun kullanımının sağlanması için değildir. Çünkü hakkın özüne uygun kullanım için Anayasa değişikliği değil yorumun ve toplanma eylemlerine/ eylemcilere dönük yaklaşımın değişmesi gerekmektedir. Eğer değiştirilmesi gereken bir düzenleme aranmaktaysa bu, Anayasa’nın 34’üncü maddesi değil 2911 sayılı Kanun olmalıdır. Bu Kanun, Anayasa’daki hakkı daraltıcı yönler barındırmanın önüne geçememiştir ki Kanun’un doğum tarihi de buna işarettir. Kanun’da yapılan değişiklikler ise bu yönleri geriletmek yerine ilerletmiştir. Oysa bu Kanun olmaksızın da toplanma özgürlüğü kullanılabilir; hatta hakkın özüne daha uygun bir biçimde kullanılabilir.

KAYNAKÇA

2911 sayılı ve 06/10/1983 tarihli Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu (Resmî Gazete: 08/10/1983).

İHAM, *Abdullah Yaşa ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 44827/08, 16/07/2013.

İHAM, *Ali Güneş/Türkiye*, B. No: 9829/07, 10/04/2012, § 37-42.

İHAM, *Arpat/Türkiye*, B. No: 26730/05, 15/06/2010.

İHAM, *Cisse/Fransa*, B. No: 51346/99, 09/04/2002.

İHAM, *Güler ve Öngel/Türkiye*, B. No: 29612/05, 30668/05, 04/10/2011.

İHAM, *Gülizar Tuncer/Türkiye*, B. No: 12903/02, 08/02/2011.

İHAM, *İzci/Türkiye*, B. No: 42606/05, 23/07/2013.

İHAM, *Kudla/Polonya*, B. No: 30210/96, 26/10/2000.

İHAM, *Labita/İtalya*, B. No: 26772/95, 06/04/2000.

İHAM, *Oya Ataman/Türkiye*, B. No: 74552/01, 05/12/2006.

İHAM, *Selmouni/Fransa*, B. No: 25803/94, 28/07/1999.

Özkan, Seda. “Toplanma Özgürlüğünün Anatomisi” içinde *İnsan Hakları Seminerleri Dizisi: 28 Aralık 2020 - 26 Mayıs 2021 (çevrimiçi) SCPO Marmara*, Editörler Pınar Dikmen/Göksu Işık/N. Betül Yağcı Başer, 177-197. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (Resmî Gazete: 08/08/1985 - 18836).

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli). 3. Baskı. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

CEZA ADALET SİSTEMİ

Ceza Adaletinde Adli Hata Bilinci

Mustafa Tören YÜCEL

ÖZET

Hata etmek insani bir olgu olarak öteki alan ve sistemlerdeki hataların azaltılmasına yönelik kalite kontrol sistemleri, CAS'taki adilliği ve doğruluğu geliştirmek konusunda nasıl yardımcı olabilir? Örneğin hukuktaki adli hataların benzerleri mal-praktis olarak tıp alanında görülmektedir. İşte tıp ve hukuk arasında benzerliklere bakıldığında, her ikisinde de kişiler, üzerlerinde yetkili olan bir kişinin egemenliği altına girmektedirler. Bu benzerlik nedeniyle adli hatalar konusunda tıbbi hataları azaltmak girişiminden (kontrol listeleri kullanımından) yararlanabilir. Nitekim, hava yollarında kullanılan kontrol listeleri ve öteki yönetim vasıtalarının, tıpta hata oranını azaltmak konusunda oldukça etkili olması, hukukta da neden kullanılmasın sorusunu davet etmektedir. Savcılık evresinde örneğin, atılacak uygun adımlar için (ameliyatlar veya hava yollarındaki benzer şekilde) bir kontrol listesinin düzenlenmesi sonucu hangi adımda en yüksek başarısızlık olduğunu analiz ve saptamaya elverecektir. CAS'taki adli hatalar ile uçak kazaları arasında da benzerlikler vardır. Her iki hata türü de çaplı ve girift olan sistemde istenilmeyen ve ekseriya ön görülmeyen birbirine bağlı alt sistemler arasındaki etkileşimlere işaret edebilir. 1997-2007 yıllarındaki ölümcül uçak kazalarının % 65 azaltılması konusunda “işbirliği” oldukça başarılı olmuştur. Bu bağlamda önemli olan CAS'ta yer alan tüm aktörlerin sistemi geliştirmek konusunda arzulu olmasıdır. Kuşkusuz, bir sistemi geliştirmeye başlamanın yolu da ıslah girişimlerine direnç gösteren uzun soluklu bir sorun/ sorunlara odaklanmak olmalıdır. Sorunun uzun

süredir devam etmesi halinde ise, bunun sistemdeki kişilerden ziyade sisteme özgü özürler ve süreçlerden kaynaklandığı belirtilebilir.

Anahtar Kelimeler:

adli hata bilinci

sorgulama

görgü tanıkları

adli tıp

yalancı tanıklık

itiraf

Awareness Of Judicial Error In Criminal Justice

SUMMMARY

Since making mistakes is a human phenomenon, how can quality control systems aimed at reducing errors in other areas and systems help improve fairness and accuracy in CAS? For example, similar judicial errors in law are seen in the field of medicine as malpractice. Considering the similarities between medicine and law, in both cases, people are under the sovereignty of a person who has authority over them. Due to this similarity, judicial errors can benefit from the initiative to reduce medical errors (use of checklists). As a matter of fact, the fact that checklists and other management tools used in airlines are very effective in reducing the rate of errors in medicine invites the question of why they should not be used in law as well. In the prosecution phase, for example, drawing up a checklist of appropriate steps to be taken (like surgeries or airlines) will enable analysis and determination of which step is most likely to fail. There are also similarities between judicial errors in CAS and plane crashes. Both types of errors can indicate interactions between interconnected subsystems that are unintended and often unforeseen in a large and complex system. The “cooperation” was quite successful in reducing fatal plane crashes by 65% between 1997 and 2007. What is important in this context is that all actors in CAS are willing to improve the system. Undoubtedly, the way to start improving a system should be to focus on a long-term problem(s) that resists improvement attempts. If the problem persists for a long time, it can be stated that this is due to system-specific excuses and processes rather than the people in the system.

Keywords:

judical error awareness

interrogation

forensic medicine

eyewitnesses

confesson

perjury

1. Bir hatanın oluşması fazlasının da oluşacağına kanıttır.

2. Kuşkusuz, insanlarca yönetilen adalet sisteminin onlardan daha mükemmel olamayacağı nutulmamalıdır.

Sorgulamanın amacının tam olarak ne olduğu kesin olarak belirlenmelidir; amaç, sorgulamayı yapan memurların gözünde suçlu olduğu varsayılan bir kişinin itiraf etmesini sağlamak değil, incelenmekte olan konu hakkında gerçekleri öğrenmek için doğru ve güvenilir bilgilere ulaşmak olmalıdır. Bu bağlamda, olgunun saptanması, ceza davalarının karara bağlanmasında merkezi bir öneme sahiptir. Hâkimlerin temel işi, gerçekler hakkındaki belirsizliği hükmün kesinliğine dönüştürmektir. Hukukla ilgili sorular ortaya çıksa da baskın olan konu genellikle ne olduğu ve bunu kimin yaptığıdır. Bu, özellikle olayların makul seyrinin olasılığına ilişkin olarak kanıtların değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Bir karara varmak için tüm delil parçaları birleştirilerek, toplam delil yükünün “makul şüphenin ötesi” ölçütü karşılayıp karşılamadığı sonucuna varmak gerekir. Tüm kanıtlar aynı yönü gösterdiğinde, karara kolayca varılırken, kanıtlar zayıf ve/veya çelişkili olduğunda ise kararlar zor alınmaktadır. Bu durum bizleri karar sürecinin psiko-sosyal dinamiklerine götürmektedir.

İnsanlar her zaman -asında, muhtemelen sık sık olmasa da- nesnel ve akılcı yaratıklar olduklarını düşünmekten hoşlanırlar. Olumlu özsaygıyı sürdürmek için, insanlar (farkında olmadan) kendi imajlarıyla çelişen aşağılayıcı veya rahatsız edici bilgileri dikkate almazlar. Bireyler, bilişsel uyumsuzluktan kaçınmanın veya azaltmanın bir yolu olarak motive edilmiş akıl yürütme ile meşgul olurlar, insanların çelişkili bilgilerle karşılaştıklarında, özellikle rahatlıkları, mutlulukları ve zihinsel sağlıklarıyla doğrudan ilgili konularda yaşadıkları zihinsel rahatsızlık karşısında bir çelişkiyi yeniden incelemek yerine onu reddetmek çok daha kolaydır. İşte muhakeme sürecinde bazı fikirler üstünlük kazanırken/galebe çalarken, ötekilerin kaybı/gözden düşmesi; bazı fikirlere saldırmak veya savunmak yaklaşımı, eldeki

bilginin nasıl yorumlandığını göstermektedir. Yargılarımız, bilinç altından, kuvvetlice hangi tarafın kazanmasını istiyorsak o doğrultuda olacaktır. Tuttuğunuz takıma göre faul'u öyle değerlendirmekteyiz. Bu, bizlerin sağlığımız, ilişkilerimiz, nasıl oy verdiğimiz, neyin adil veya etik olduğunu hakkında nasıl düşündüğümüzü de şekillendirmektedir. Nitekim idam cezası konusunda kamuoyuna yansıyan son tartışmalar bunun en somut örneğini oluşturmaktadır. Eksik bir bilgi, sahte bir belge, yalancı bir tanık, dar görüşlü bir bilirkişi, bir masumun mahkumiyetine neden olabilmektedir.

Hukuki Sorunlar

Öznellik/keyfilik karşıtı nesnel **düzenlilik/regularity** batı uygarlığına özgü bir değerdir. Bir hukuk kuralının gayri adil (*unjust*) oluşu yalnızca teorik olarak boş laftan, **kuralları** kişiye nahoş görünmesinden kaynaklanabilirken, bir **kararın** adaletsiz (*unjust*) oluşu reel gerçeklere dokunmakta; kararın kurallara uygun olarak verilmediğini ifade etmektedir: Bu ya hatadan (nesnel anlamda *unjust*) veya hukuktan bilinçli sapma (öznel anlamda *unjust*) şeklinde olmaktadır. Nesnel/ öznel kararın konumu ise: Uygulama yaygın yorum ve değerlendirme ilkeleri ışığında verilmiş ise **nesnel** anlamda just/adil bir karardır. Bundan sapıldığında ise **öznel**dir (nesnel anlamda adil olmayan bir karar). **Öznellik veya adaletsizlik**, genelde hâkimler ordusunun tipik yaklaşım karşıtı olarak, hâkimin bireyselliği veya öznelliğinden (ego tükenmişliği/ön yargı vs.) kaynaklanmaktadır.

Adli hata konusunda önemli görülen başlıklar ise şunlardır:

- Medya ve özellikle sosyal medya yargılamasının mahkeme salonunu etkilemesi,
- Soruşturmalarda hatalar/yanlışlıklar- Soruşturma başarısızlığı ve gerçek suçlunun serbest kalması,

- Hatalı mahkûmiyet/yargısal yanlışlıklar- Kanıtın kusurlu/yanlış doğası ve çetin davaların niteliği (kanıt yokluğu, kaynak yetersizliği veya mağdur ve tanıkların işbirliği yapmaması),
- Mahkûmiyet/beraatta şans dozu, ve
- Adli hataları gidermek üzere “masumiyet projesi” geliştirilmesi.

Özetle, adli hata, suçlu kişinin beraatı ile masum insanın mahkumiyetini kapsamaktadır. Somut bir kanıt olmamasına karşın birincisi, ikincisinden daha yaygın olabilir. Hiç kuşkusuz, “haksız itham da haksız hüküm” kadar sakıncalıdır. Beraat kararına karşın sanık kişiye vurulan itham damgası kolaylıkla silinmemekte; genelde halk, özelde tanıdıkları/komşuları ithamı hatırlayarak; kişinin suçluluğundan kuşku duyabilmektedirler. Asıl önemli olanı da beraat eden kişinin yargılama süreci boyunca maruz kaldığı psikolojik travmadır. İşte bu bağlamda kişilerin damgalanmamak/lekelenmemek hakkı olduğu göz ardı edilmektedir.

KOLLUKTA SORGULAMA SÜRECİ

Polis benimle konuşmak istiyor. Ne yapmalıyım? Hâkim Jackson’ın görüşü şöyledir: “Rafine bir avukat, zanlıya hiçbir durumda, kesin olmayan terimlerle polise hiçbir beyanda bulunmamasını söyleyecektir.” (Bkz. Watts vs. Indiana, 338 US 49,59 (1949)).^[1] Süreçte şu kurallar egemen olmalıdır:

[1] Ayrıca bkz. J. Duane. *You Have the Right to Remain Innocent*, 2016: Yalnızca “Bir suçla itham ediliyorsanız polisle konuşmayın” veya “Sorgu ortamında polisle konuşmayın” değil, “asla polislerle konuşmayın”. Bunun dışında, Duane, üç kelimeyi dile getirmeniz gerektiğini söylüyor: “Bir avukat istiyorum.” Y. S. Coşkun. “Ceza Muhakemesinde Susma Hakkı ve Bağlantılı Haklar” *TBB Dergisi* 2021 (157) 209-253: Anayasa md.38/5, AİHS md.6, CMK md.147: Latince ifade edilen susma hakkı: “nemo tenetur se ipsum prodere (accusare)” Zanlılara kollukça “yönlendirici” sorular yerine “anlattırıcı” sorular sorulması gerekmektedir. Habeas Corpus/Manga Carta hukuk sisteminin temelini oluşturmaktadır. Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz. *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* 4.Bası Beta, 2003,29. “Kolluk gücünün yola getirilmesi bakımından itirafın hiçbir koşul altında asla bir kanıt olarak kabul edilmemesi gerekir.” B. Russel bu

1) Polise hiçbir şekilde yardımcı olunmayacağı bilinmelidir:

- Konuşarak tutuklanmaktan kurtulamazsın.
- Duruşmada sana yardımcı olacak hiçbir bilgiyi onlara veremezsin.
- Kolluğa söyleyeceğin her şey Savcı tarafından yalnızca senin aleyhine kullanılacaktır.

2) Müvekkilin suçlu -ve hatta masum ise- karşılığında hiçbir menfaati olmamak üzere suçunu itiraf edebileceğine göre aceleye ne gerek var ki!

Kuşkusuz, masum insanlar da itiraf etmektedir. Nitekim, ABD’de masumiyeti DNA testi ile kanıtlanan kişilerden %25’inden fazlasında masum insanlar kendilerini suçlayıcı ifadeler veya itiraflarda bulundular.

3) Müvekkiliniz masum olması durumunda suç reddetmesi gerekirken, çoğu gerçeği konuşmasına karşın konuşmasını öyle sürdürür ki, bazı ufak yalanlar ve hatalarla kendisini hapse götürebilir.

4) Müvekkiliniz masum ve hakikati söylemesine karşın kolluğa her zaman kendisine karşı kullanılabilecek bir ifade de bulunma riski taşımaktadır. Şöyle ki, “Adam öldürme suçu ile itham edilen Ahmet’in ifadesi: “Ne hakkında konuştuğunuzu anlamıyorum. Kimseyi öldürmedim ve kimin yaptığını da bilmiyorum. Olay yerinin yakınında bile değildim. Benim silahım yok ve hiçbir zamanda olmadı. Silah kullanmasını da bilmiyorum. Yalnız şunu söyleyebilirim ki, O şahsı hiç sevmemiştim. Yalnız kimin öldürdüğünü bilmiyorum.”

5) Müvekkiliniz masum ve yalnızca hakikati söylemesine, polise her zaman kendisine karşı kullanılabilecek bir ifade de bulunmamasına ve tüm sorgulamanın videoya alınmasına karşın zanlının ifadesindeki hatalı veya

doğrultuda suçluluğu kanıtlamakla görevli kolluk gücü yanında sanıkların suçsuzluğunu kanıtlamakla görevli bir kolluk gücünün daha oluşturulması ve bu gücün kolluk görevlilerince işlenen suçlara da el koymasını önermektedir. Bertrand Russell. *İktidar* Altın Kitaplar Yayınevi, Ağustos 1976, 360-361.

güvenilmez türdeki anlatımlarda kişiyi suçlayıcı yanlar bulunabilir.

ADLİ TIP UZMANLARI

DNA analizlerindeki gerçeklik payı da sorgulanmalıdır. DNA için milyarda bir eşleşme, bir eşleşme değildir. Bir milyarda bir, istatistiksel değerlendirmedir. Faillerin aile üyeleri veya iki erkek veya kız kardeş olduğunu düşünün. Hepimiz diğer aile üyelerinden miras aldığımız genleri, kan havuzunu ve DNA havuzunu biliyoruz.

Adli tıp açısından saptanan “sanık karşısında bilim” in varlığı ise, kanıtın yanlış yorumlanması riski göz ardı edilmemelidir. Nitekim, FBI’in 268 saç kılı üzerinde yaptığı tespitlerin 257’sinde (%96’si) teknolojinin adli kanıtı yanlış yorumladığı ortaya çıktı. Burada sorulacak önemli soru, kanıtın nasıl ve ne zaman elde edilmiş olduğudur. Kuşkusuz, adli tıpta bir sorun olduğu ve bunu da teknolojinin çözemeyeceği gerçeğidir. Adli bir kanıtın taksiye bindiğinizde, bir elbiseyi denediğinizde size bulaşmış olabileceğini asla göz ardı edilmemelidir.

Öte yandan, kanıtı inceleyen uzmanın yargısı öznel olduğunda yargı objektif/bilimsel olmamaktadır. Uzmandaki önyargı-eldeki bilimsel veriyi öyle yorumlayarak beklentilerle veya önceki teorilerle uyumlu olması eğilimindedir. Bu yaklaşım

- Analizci uzmanın özel bir sonuç bulmak üzere motive edilmesinde, ve
- Değerlendirilen veriler muğlak veya farklı yoruma tabi olmasında oldukça etkili olmaktadır.

YARGILAMA SÜRECİ

Hâkimlerin verdiği her karar doğru değildir. Nitekim, son on yıl içinde temyiz edilen ceza hükümlerinde bozma ortalaması % 29’dır. Kararlardaki yanlış payı Yargıtay için de geçerlidir. Nitekim, Yargıtay Ceza Genel

Kurulunca verilen onama kararlarındaki son on yıllık ortalama % 19'u bulmuştur.

Hukukun kusur bulmaya odaklandığı hatırlanmalıdır. Bu nedenle, yargılama kusur bulma felsefesidir. Her şey, parmağın bir insana yöneltilmesindedir. Yalnız, hiç kimsenin kusuru olmadığı olgular da ekseriya yaşamda meydana gelmektedir. Bu çerçevede, hukuka göre yargılamayı yürütmek için oluşturulan mahkemeler hukuksuzluğun ya da adli hatanın da ajanları olmaktadır. Teorik olarak, yargılama kurumu itham edilen sanıklar için hakikati saptamak üzere tasarlanmış ise de usul/kanıt kurallarının çoğu masum sanıkları adli hataya karşı korumak üzere düzenlenmişlerdir. Ne var ki, masum sanıkları adli hataya karşı korumak üzere tasarlanmış bu kurallar istenilmeyen ve fakat kaçınılmaz olan (suçlu olan çoğu kişinin de hak ettiği cezayı almaması gibi) sonuçlara gebe bırakmaktadır. Sonuçta adli hata içeren beraat sorunu ile yüz yüze gelinmekte ve topluma dönen bu suçlular masum kişileri mağdurlaştırma riski yaratmaktadır. Öte yandan, “Bireyleri cezalandıran tüm sistemlerde masum bir insanın cezalandırılması riski de bulunmaktadır ve böyle bir sistem büyük sayıda insanı kapsadığından bu durumun gerçekleşmesi kaçınılmaz olmaktadır” (R. Nozick). Bu nedenle bilinçli ya da bilinçsiz “şamar oğlanı” (scapegoat) felsefesi yargılamaya egemen olmakta; bu durum bazen bir şamar oğlanı bulunmasını gerektirmektedir.

Muhakeme/Akıl Yürütme

Akıl yürütme, alternatifler arasında seçim yapmayı ifade eder. TDK'ye göre, akıl yürütme, yargılama, usa vurma/akıl yürütme ve bir sorunu çözmek için çıkar yol arama anlamındadır. Usa vurma, düşünme yoluyla sonuç çıkarma sanatı olarak tanımlanabilir. Akıl yürütme, bir sonucun verili öncüllerden geçerli bir şekilde çıkıp çıkmadığının belirlenmesi ile tanımlanır; burada 'geçerli', 'klasik mantığa göre geçerli' anlamına gelir.

Önergeler ve usamlama sürecinde *hakikat* ve *geçerlilik* önemli odaklar olarak belirlemektedir. **Geçerli çıkarım** doğru önergelerden oluşan öncüllere (ön kabullere) sahip tutarlı akıl yürütmedir. Bu nedenle, bir akıl yürütmede (usamlamada), bir taraftan, önermedeki hakikat payı veya sonuç önerme ile diğer taraftan argüman sürecinin geçerliliği arasındaki kilit ayrıtı izlemek ve korumak oldukça yararlıdır.

Tümevarımsal akıl yürütme, sonuçlara varmak veya tahminler yapmak için deneyiminizi veya gözlemlerinizi kullanmayı içermektedir. Örneğin, birçok ülkede iklim her yıl daha da ısınıyor, bu yüzden tüm gezegenin ısınmasını bekliyorum. İşte günlük faaliyetlerimizde, gezinmemize ve hedeflerimize ulaşmamıza yardımcı olmak için hepimiz böyle bir mantık kullanırız.

Suçlu veya hukuku ihlal edici olarak hüküm altına alınanların çoğu ise, hukuk felsefesinin bir kişiyi suçlamak ihtiyacına uyarlı hiçbir şeyi de gerçekte yapmamış olabilirler. Yinelersen, adli hata, olgusal bağlamda suçsuz olan bir insanın mahkumiyeti (false imprisonment) ile suçsuzluğu belirmemesine karşın olgusal suçluluğu hakkında makul kuşku duyulan mahkumiyetleri veya beraatleri kapsamaktadır.

Yargıda ideal hata oranı sıfır ise de gerçeği yansıtmayan kanıtlara dayalı adli hatalara tanık olunmaktadır. Bu adli hatalar (miscarriages of justice) veya suçlunun hak ettiği cezadan az veya fazla cezaya mahkumiyeti kitile psikolojisi üzerinde tahripkâr etkiler yaratmaktadır.^[2] Bu nedenle, ceza adaleti sistem performansının “yıllık mahkûmiyet oranı” ile değil ve fakat “adli hata sayısı” ile ölçülmesi yerinde bir yaklaşım olabilir. Adli hatalar genelde soruşturma evresinde savcılık performansı ile yakından ilişkili bulunmaktadır. Temel sorun, CMK 160/(2) maddesi uyarınca, Cumhuriyet savcısı “şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür” normunun hukuk eğitiminde ve uygulamada ne derece ciddiye alındığı; ceza adaleti sisteminin (CAS) “hakikate mi yoksa mahkumiyete mi odaklandığıdır? Amaç değer hakikat ise, odaklanmanın ne derece olduğu, kuşkusuz, önemli olmaktadır.

İşte kamu vicdanını rahatsız eden adli hata olgularının yoğunlaşması

[2] 2007-2012 yılları arasında CMK 141-144.maddeleri kapsamında (haksız arama, haksız yakalama ve haksız tutuklama..) nedeniyle açılan dava sayı 9.219; davalardan 4.375’inde tazminat ödendiği ve toplam miktarın 45.141.135.- TL olduğu belirlenmiştir. Bkz. “Haksız tutuklamanın maliyeti 45 milyon” Milliyet (2204/2012) 24. 5 bin yıl önce yazılan Hamurabi Kanunu’nun 5. Maddesi içeriğini hatırlatalım: “Bir hâkim, bir davaya bakıp karara varırsa hükmünü yazılı olarak sunar. Daha sonra verdiği kararda bir hata ortaya çıkarsa ve bu kendi hatasından kaynaklanırsa o zaman davada onun tarafından kararlaştırılan para cezasının on iki katını öder ve halka ilan edilerek hâkimlik makamından el çektirilir ve bir daha asla hâkimlik icra etmek için oraya oturamaz.” (Hamurabi’nin hükümdarlığı sırasında ‘M.Ö. 1792-11750’ gelişen kanunlar).

halk katında kamu düzenine uyumda isteksizlik yaratmakta; kitleyi, protesto eylemlerine itmekte; sonuçta kamu düzeni ve sosyal uyum bozulmaktadır.^[3] Yalnız, protestoların, demokrasilerin en belirgin sorumluluk sergileme yöntemi ve kanıt olduğu bilinmelidir. Toplumda suçların önlenmesi ve mağdurların tazmini, kolluk gücü ve yargı erki gerektirmekte ise de protesto yalnızca duyarlılığı az veya çok, makul ve iyi niyetli demokratik bir kitle öngörmektedir.

Yargılama sürecinde makul kuşku ötesi standardı hâkime şu mesajı vermektedir: “Dava hakkında mükemmel olmayan bilgiye karşın karar vermeniz gereğini biliyoruz. Hukuk düzeni kararınızı kabul ve infaz edecektir. Yalnız bu kararın toplumda bıraktığını izlenime önem veriniz. Karar vermekten kaçınmayın. Yalnız bir sav hakkında ciddi kuşkularınız var ise, davanın esası hakkında karar vermeye kendinizi zorlamayın.

Ceza yargılamasında kanıtlarla, suç işlenmesi anında neler olduğu yeniden oluşturulmaya çalışılmakta ve bu süreçte fiziki kanıtlarla (örneğin parmak izi, tekerlek izi, dış izi ve DNA) suçun görgü tanıkları (ve mağdurlar) önemli parametreler olmaktadır. Ne var ki, fiziki kanıtlardaki bozulma ötesinde görgü tanıklarının bellekleri de bazı nedenlerle kirlenebilmekte/ bozulmakta, iyi niyetli olmalarına karşın ‘yalan tanıklık’ ortaya çıkmaktadır. Bu sonuç sanıklar ve toplum açısından çok önemli olmaktadır. Özellikle, görgü tanıklarındaki hatalar öteki tüm faktörlerden daha fazla masun sanıkların (DNA ile ayıklanmayanların) mahkumiyetlerini açıklamaktadır. Görgü tanıklarından kaynaklı adli hataları önlemek üzere İngiltere’de **Turnbull kuralı** içtihat edilmiştir. Bu kural hâkim tarafından jüriye yapılan şu ihtarı içermektedir: Görgüye dayalı tanıklık güvenilir olmadığından özenle irdelenmelidir (Bkz. <http://www.eps.gov.uk/legal> to

[3] Türkiye, oluşan adli hataları saptamak üzere “masumiyet projeleri”, “gözden geçirme komisyonu” gibi kurumları geliştirmek ihtiyacındadır. Ancak bu kurumların varlığı ile hukuk kültüründe bir değişime tanık olunabilecektir: Oyunun sonu “hakikate erişme” olan bir yargılama kültürünün yaratılmasında yarar vardır.

k/Identification of suspects/).

Adli hatalara özgü temel faktörün soruşturma evresinde savcıların tünel vizyon virüsünden enfekte olmalarıdır. Tünel vizyon, soruşturmaya tek yanlı olarak oldukça dar açıdan odaklanma veya edinilen malumatın makul olmayan bir nitelikte biçimlendiren savcılık teorisi olarak tanımlanabilir. Düşünsel seçicilikte, kişi lehte olan kanıta odaklanırken, aleyhteki kanıtı göz ardı etmektedir. Bu süreçte, soruşturmada daha basit olanlar lehindeki seçenek açıklamalar yeğlenmektedir.

Tünel vizyonu sinsi bir şekilde CAS'taki herkesi etkileyebilir. Bu vizyon sistemdeki bir ajanın bir kişi veya olaya odaklanmasına neden olduğunda öteki kişi/ler veya olay/lar onun düşüncesinde yer etmez. Sonuçta tünel vizyon soruşturma evresinde öteki zanlıların göz ardı edilmesini sonuçlandırabilir. Aynı paralelde, öteki şüphelilere yönelik olaylar da ajanın düşüncesinde yerini bulmayabilir. Ceza adaleti sisteminde aktörlerin bilinçli bir çabayla dosyaya bakması, kanıtları analiz etmesi, “ben neyi göz ardı ediyorum” sorusunu sorması tünel vizyonla baş etmenin ilk adımı olacaktır. Bu virüsten kurtulmanın tek çaresi hâkim ve savcılarının hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimlerinde programın bir bileşeni olarak tünel vizyonun belirlenmesi ve bundan kaçınılması gereği üzerinde durulmasıdır. Bu bağlamda tünel vizyona katkısı olan ve böylece C. Savcısının olması gerekli rolünü (objektifliğini) etkileyen özel faktörler ise şunlardır:

- Kolluk ve/ya mağdurlarla yakından özdeşleşme,
- Medyanın ve/ya özel menfaat gruplarının baskısı, ve
- Öteki yaklaşımlar/kanıtlardan kendisini soyutlamasıdır.

Hukuk eğitimi, hâkimleri insani hatalardan alıkoyamamaktadır. Onlar da normal insanlar gibi algısal önyargılara/tünel vizyona gebedirler. Davaların azlığı/ karar için ayrılan zamanın yeterli olması bu türden hataları giderebilecek türden olmakla beraber, herkes, kolluk görevlileri, Savcılar ve hâkimler tünel vizyonu ve psikolojisi konusunda eğitilmelidirler.

Objektif usul adaleti, kuşkusuz, adaletin normatif standartlarına uyum sağlamak üzere açıkça kabul edilemez bazı önyargıları azaltarak kararların kendilerini ve karar verme sürecini daha adil yapmak üzere usulün kapasitesine ilişkindir. Son zamanlarda ülkemizde özellikle usul adaleti konusu gündeme gelmiş bulunmaktadır. Bu konuda yapılan yüzlerce çalışmada, kişilerin mahkemelerde adil bir şekilde yargılanıp yargılanmadıkları algıları bazen davanın sonucundan daha önemli görülmüştür. Gerçek şudur ki, hâkimler usul hukuku yayınlarında tartışılanlardan farklı ölçütler kullanmaktadırlar.

Yıllar itibariyle Yargıtay ceza dairelerindeki bozma oranları seyri, anlam bakımından düşündürücüdür. Olay değişmediği halde iki ayrı görüş belirebilmektedir. Bunlardan biri kesinlikle yanlış olacağına göre, üzerinde uyuşulmayan ve bozulan her kararda adli yanılğı olasılığı artmış ve nicelik olarak yanılğı sayısı çoğalmış olacaktır.^[4]

Yıl	Bozma
1986	33.0
1990	29.8
1995	27.8
2000	25.1
2008	60,0
2009	58,3

[4] Sami Selçuk, *Özlenen Hukuk/Yaşanan Hukuk*, Yeni Türkiye Yayınları, 2002, s.131. Agos Gazetesi Genel Yayın Yönetmeni H.Dink hakkında “Türklüğü aşağılamak”la açılan davanın itiraz üzerine Ceza Genel Kurul’da görüşülmesinde 18 oyla ret edilmişti. Bu doğrultuda oy kullanan üyelerden bazıları “keşke o dosyayı daha iyi inceleseydik” diyorlar. Bkz. “Agos, Dink Kararını verenlerle konuştu” *Hürriyet* (15/12/2012),26.

2010	52,4
2019	26,5
2020	29,8

Adli hatalarda yer alan faktörler, “soruşturma yanlışlıkları” ile “yargısal yanlışlıklar” yanında her ikisi arasındaki etkileşim de belirleyici olabilmektedir.^[5] İsabetsiz açılan her kamu davası adli hataya neden olmasa da usuli güvencelerden yoksun bir sanığın adli hata mağduru olması olasılığı yadsınmaz. Bu konuda araştırmalar sonucu saptanan belli başlı faktörler ise şöyle sıralanmaktadır:

- Görgü tanıklarının yanlış teşhisi,^[6]
- Kolluk soruşturmasında yapılan yanlışlar/hatalar,
- Savcılıkça yapılan yanlışlar/hatalar,
- Güvenirlikten yoksun bilimsel hatalar ve bu hataların bilim insanlarının yeteneksizliğinden veya gerçekten hata olarak belirmesi;
- Adli tıpça yapılan hatalar,

[5] Kolluk kanıt üretmek veya yok etmek, tanıkları etkilemek, itiraf sağlamak ve mahkûm edilmesi gerektiği inancı ile bazı zanlılara karşı soruşturmayı yönlendirmek üzere özgün bir fırsata sahip bulunmaktadır. Bir ceza davasının tüm evrelerinde belirgin adaletsizlere göz yuman adalet için bkz. Hilmi Şeker. “İnsan Trajedisine Kulak Tıkayan Pratik Sisyphus’le Özdeşleşen Çağcıl Adalet” *Güncel Hukuk*, Mayıs 2014/5-125,44-47. Ülkede 15/06/2016 tarihindeki “isyan” hareketi sonrası açılan Pandora’nın Kutusu ile Ergenekon, Balyoz, Odatv ve İzmir-Askeri Casusluk davalarına özgü pislikler ortaya saçıldı: Polislerin elektronik ortamda savcılara ilettikleri hazır iddianamelerle açılan davaların düzmece/kumpas olduğu kanıtlandı. Önce davaların var olduğuna karar verdikten sonra onları kanıtlamaya çalıştılar. Oysa adalet sistemi tam tersi işler, kanıttan başlayarak sonuca varırsın.

[6] ABD’de görgü tanığının hatalı ifadesi, adli hataların üçte birinden fazlasında bir faktör olarak belirdi. Bkz. R.B. Hanliberg. “Expert Testimony on Eyewitness Identification: A New Pair of Glasses for the Jury”, 32 *Am.Crim.L.Rev.*, 1013, 1995, ss. 1018-22.

- Sahte itiraflar,
- Kasıtlı olarak kanıt yaratılması,
- İlgili kanıtın savunmadan saklanması,
- Savunma avukatının yetersizliği,
- Sabıkalı kişilerce sunulan uydurma veya güvenilmez kanıtlar, ve
- Yetersizce adli yardımdır.^[7]

Adli hata psikopatolojisinde izlenebilir bilinçaltı faktörleri de genelde iki yol takip etmektedir:

1. Eylemin (maddi anlamda) masum bir kişiye isnat edilmesini sağlamak; ve
2. Gerçek suçlunun bulunmasını önlemektir.

Bu doğrultuda, kanıtlar bakımından görünürdeki suçlu kişiye yönelik ağırlıklı ipuçları büyüteç altına tutulmakta veya eylemin gerçek failine karşı olan mevcut ipuçları da görmezlikten gelinmektedir. İşte bu yola karşı bilinçaltı, gerçek suçluya ilişkin savunma baskısının çalışması sırasında destek görmektedir. Böyle vakalardaki hatalı kararların büyük bir kesimi ise, bu iki bilinçdışı eğilimin birleşimi nedeniyle olmakta; ancak bunların rasyonel gerekçeler ve güçlü kanıtlar zinciri ile desteklendiği görülmektedir.

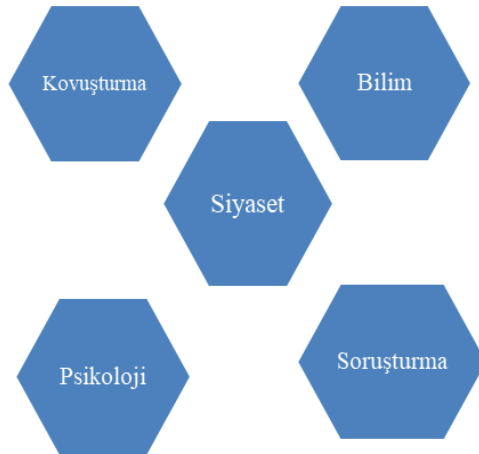
Hatalı mahkumiyetler şimdilik yeterli kamusal bilinçten yoksun olarak, halen toplumsal radar kapsamı dışında seyretmektedir.^[8] Bu tür hataları

[7] Bkz. AİHMK İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu v. Türkiye, 19986/06. Adli yardım konulu tavsiye kararları için bkz. Resolution (76) 6 on legal aid in civil, commercial and administrative matters; Resolution (78) 8 on legal aid and advice; Recommendation No. R (93) 1 on effective access to the law and justice for the poor, and Recommendation Rec (2005) 12 containing an application form for legal aid abroad for use under the European Agreement on the transmission of applications for legal aid (CETS No. 092) and its additional protocol.

[8] Hatalı mahkumiyetleri önlemek üzere ceza adaleti sistemi masum sanıkları nasıl belirleyebilir sorusu için bkz. Jon B. Gould, Julia Carrano, Richard Leo, Joseph Young,

azaltmanın tek yolu önleyici yasal düzenlemeler olmayıp, adli yönergeler, etik kurallar ve eğitim olabilir. Ceza adaleti reformuna bel bağlandığında, bunun uzun soluklu bir proje olacağı da unutulmamalıdır. Sonuçta başarısızlığın bedelini ne Ankara'daki siyasetçiler ne de savcılar ve hâkimler değil, adli hataların mağdurları ve halkın hukuk sistemine güvensizliği ile ortaya çıkan zararlar ödenecek- tir.

İşte olası adli hataları en aza indirmek amacıyla geliştirilecek projede yer alacak beş değişken aşağıda sergilenmiştir.



Entegre Ceza Adaleti Modeli

Predicting Erroneous Convictions: A Social Science Approach to Miscarriages of Justice. Document No.: 241389, February 2013; B.E.Turvey ve C.M.Cooley. *Miscarriages of Justice-Actual Innocence, Forensic Evidence and the Law*, Elsevier, 2014; M.Naughton. *Rehtinking Miscarriages of Justice-Beyond the tip of the Iceberg*, Palgrave, 2007.

Hâkimler iki tür hata yapabilmektedir:

1. Masum bir sanığın mahkûm olması, kuşkusuz, ilgili kişiye karşı ciddi bir adaletsizlik olduğu gibi toplum gerçek suçlunun yeniden suç işlemesi riski altındadır.
2. Bir sanığın beraat etmesi de mağdurlara veya yaşayan yakınlarına karşı adaletsizlik olduğu gibi toplum yine gerçek suçlunun yeniden suç işlemesi riski altındadır (Yazarın notudur).

Yukardaki modelde ilişkili beş alan olası adli hataları sergilemektedir. Merkezde yer alan “siyaset alanı” öteki alanlarla çevrelenmiştir. Psikoloji ve bilim alanlarına ayrıca yer verilerek tüm adalet sisteminin algısal ve öteki önyargılardan haberdar olmasına işaret edilmektedir. Her iki alan da kanıta dayalı delil saptama arayışında referans olmaktadır. Adli hataların önlenmesi açısından bilimsel bulgular, adli hatalara özgü hataların başında gelen görgü tanığı ifade- rinden daha fazla önemsenmelidir. Bu modelin altında yatan teori, adli hatalı mahkûmiyet nedenlerinden her biri keşfedilip giderildiğinde hatalı mahkûmiyet sorunu kalmayacaktır. Her alan kendi içinde dava sonuçlarına etkili olan kurumlar, işlevler, personel, düzenleyici kavramlar, ideolojiler ve idealleri barındırmaktadır. Yargı personeli her alanın ideallerini (adalet, kamu güvenliği, insani anlayış ve hakikati) benimseyerek soruşturma, itham ve yargılama süreçlerinde doğruluğu sağlama arayışına odaklanmalıdır. Kuşkusuz, bu model soruna siyaset penceresinden bakış sağlayabilecektir.

Bu doğrultuda, davranış gelişimi ve akli süreçleri konu alan psikoloji olabildiğince (nesnel ve gözlenebilir) ampirik kanıt arayışında yargılama gerçeği ile örtüşmekte ise de önemli olan bu örtüşmenin sanal olmaktan çıkartılıp, gerçeklik testine tabi tutulması ve yargı kararlarının ne derece güvenilir olduğunun ortaya konulmasıdır. Nitekim, A.B.D.’de Dna uygulaması ile yüksek oranda sanığın beraat etmesi adli hata konusundaki riskin en belirgin kanıtını oluşturmuş; tecrübi psikoloji bulguları ceza adaleti sisteminin ciddi hatalara oldukça yatkın olduğunu kanıtlamıştır. Adli psikoloji/psikiyatrinin varlık ve etkinliğinin, adil yargılanma hakkı gereği olduğu bilinmelidir. Hukuk eğitimi artık hukukta psikolojinin fazlaca ağırlıklı olduğu fakülteler olmalıdır. Bu doğrultuda, hukuk uygulamasında insan doğasını anlama girişim ve eğitimi, hiç işlenmemiş adli akıl cevherini gün ışığına çıkaracak psikolog/ psikiyatrlar, gerçekten, mahkemeler için klinik hizmet vermeye hazır olduklarında, mahkemeler de hizmeti almaya hazır olacak ve bu suretle adalet ve psikoloji arasındaki Çin Setti yıkılacak-

tır. Bu bağlamda “çapraz sorgulamanın yargılamanın dinamosu olduğu” unutulmamalıdır.

Adli hataların oluşmasında adli yardım hizmeti sunan avukatların ne derece ehil olduğu da tartışma konusu edilmiştir. Nitekim, Yeni Zelanda’da adli yardım hizmetleri akredite avukatlar tarafından süreli olarak yürütülmektedir. Süre bitiminde akredite standartlarını karşılamayan avukat listeden çıkarılmaktadır.

Adli hatalar yapısal kaza modeli benzeri olmakta ise de endüstri ve tıpta ki gibi adli sistemlerdeki kazaları oldukları zaman saptamak kolay değildir. Önemli olan hakikat arayışına odaklanmış bir sistemde devamlı kalite geliştirme kültürüne odaklanmasıdır.

Yukarıda değindiğimiz aksiyomu yinelersek adil yargılanma hakkının adli hatalara (pardonlara) neden olmayacak bir nitelikte tezahür etmesi gerekmektedir: Tercih edilen bir değer olarak, Blackstone oranı (1825) olarak adlandırılan, “bir masum insanın hüküm giymesi yerine on suçlu insanın salıverilmesi” şeklindeki orana da bakılmalıdır. Bu oran, katı bir matematik formül oluşturmak yerine, en azından anayasa öğretisinde yer alan bir değer tercihi olarak karşımıza çıkmaktadır. Masum bir kişinin yanlışlıkla mahkumiyeti suçlu bir kişiyi mahkûm etmek başarısızlığından daha büyük oranda anayasal bir yanlışlıktır. Yanlış mahkumiyetlere devletçe doğrudan sebebiyet verildiği için ceza adaleti kurumları ve hukukun üstünlüğüne olan saygı ve inancı zedeleyen bir adaletsizlik oluşmaktadır. Bu adaletsizlikler eklenen yanlışlıklarla daha bir katmerleşmektedir: Masum bir kişi suçlu bulunduğundan gerçek suçlunun toplumu mağdurlaştırma riski devam etmektedir. Öte yandan, hatalı beraatler de hatalı mahkumiyetler kadar zarar vermektedir. Bir ırza geçme suçlusunun özgür kalması sonucu mağdurun kendini ev hapsine mahkûm etmesini ve travmasını hayal etmek bile istemiyorum. Özetlersek, bu konuda sosyo-juridik saptamalarımız şöyledir:

- Yanlış mahkumiyetler, yeterli kamusal bilinçten yoksun olarak, halen toplumsal radar kapsamı dışında seyretmektedir.
- Önleyici yasal düzenlemeler bu tür hataları azaltmanın tek yolu olmayıp, adli yönergeler ve etik kurallar da etkili olabilir.
- Ceza adaleti reformuna bel bağlandığında bunun uzun soluklu bir proje olduğu ile
- Bu konuya özgü baskı grupları ile STK'ların rol ve işlevinin önemli olduğu unutulmamalıdır.

Pardon filmi^[9] dışında adli hata konusu toplum katında bir sorun olarak varlık gösterememiş ve bu konuda istatistik verilerin tutulmadığı saptanmıştır. Ne var ki, gazetelerin üçüncü sayfa haberlerine bakıldığında ülkemizin adli hataya en açık ülkelerden biri olduğu görülür. Öte yandan, vicdani kanı yargısı, duruşmadaki izlenimlere göre değil, tutanaklara göre oluşturul- makta; olayın fotoğrafını çekebilmek için yapılan duruşma ise, tutanak fetişizmine kilitlenmek- tedir.

1980'li yılların sonlarına doğru başlayan DNA analizi adli hataların giderilmesi açısından önemli bir enstrüman olmuştur. 2011 yılına kadar ABD'de 231 hükümlü uzun süren hapisten sonra DNA testi ile aklanmıştır. Ne var ki, tüm ceza davalarının % 5-10'u DNA testine tabi tutulacak biyolojik kanıt içerdiğinden, DNA testi her zaman sorun çözücü olmamaktadır. Suçların geri kalan % 90-95'inde DNA testi bir seçenek olmadığından ceza adaleti sistemi, bilimsel sağlık veya uygun şekilde icra edilen adli disiplinlerden (bilimsel standartlardan) yoksun diğer kanıt türlerine dayanmaktadır.^[10]

[9] Pardon Hasan bey hayatınızı kaydırdık. Dört yıl suçsuz yere yattı. Bir gözünü, annesini, babasını ve dayısını kaybetti. Eşi kızıp tüm malvarlığını satmıştı. Hikâyesini Sinan Çetin 'Pardon' adıyla filme çekti.

[10] Hâkimlerin, savunma avukatları gibi psikoloji, adli tıp ve ilgili öteki disiplinlerdeki gelişmeler bilgisinden yoksun oldukları görülmekte ve sonuçta kolluk, savcılık, görgü tanıkları veya savunma avukatlarınca önceden yapılan hataların kovuşturma evresinde giderilmesi olasılığı

İTİRAF

Arkadaşını öldürüp kız kardeşiyle evlendi, 10 yıl sonra itiraf etti: “Arkadaşım rüyamda ‘Hem beni öldürdün hem de kardeşimle evlendin. Bu reva mı?’ diyordu, dayanamadım.” (**Haber Türk**, 28/01/2016, s.18). Freud dedi ki, bakın, ortada konuşmadan çok daha fazlası var. “Hiçbir ölümlü sır saklayamaz. Dudakları sessizse, parmak uçları ile gevezelik eder.” Hepimiz ne kadar güçlü olursak olalım bunu yapıyoruz.

İtiraf olgusunda, bunun sahte olup olmadığı üzerinde özenle durulmalıdır. Suçluluk duygusu, endişe veya mazoşizmin doğurduğu gerçek olmayan itiraflar, itirafçının sorumluluk gerektiren diğer işlerinin bilinç dışı itirafı açısından kendisine bir rahatlama olanağı sağlamaktadır. Çoğu kültürlerde ceza suçluluk duygusunu azaltmaktadır. ABD’nin Vermont kentinde meşhur Borne davasında iki kardeş enişterelerini nasıl öldürüp cesedini yok ettiklerini en ince ayrıntısına kadar itiraf ettiler. Ne var ki, yıllar sonra “corpus delecti” cinayet mahalline geri dönmüştü. Kardeşlerin suçluluk duygusu bir gölde boğulmakta olan babalarını kurtarmayışının psikolojik suçluluğu, başkaca bir suçun itirafı ile ikame edilmişti. Psikiyatrist T. Reik, gerçek olmayan itirafta bulunma dürtüsünü, zanlının kaybolan aşk objesini yeniden kazanma girişimi olarak yorumlamıştı. Bu aşk için bir bilinç dışı wooing (kur yapma/kabullenme) ve birinin hak et-

azalmaktadır. Genelde hatalı mahkûmiyetlere bakıldığında, çoğu bir den fazla ve bazen de dört veya beş hatalı işlemi içermektedir: Örneğin yalancı tanıklık ve kanıt ender olarak hatalı bir mahkûmiyet nedeni olabilmektedir. Geniş bağlamda temel adli hata nedeni soruşturma savcısının ekseriya tanığın ifadesi hakkındaki ciddi kuşkularını kıdemli savcı veya savunma avukatı ile paylaşmaması ve savunma avukatının tanığın ifadesini soruşturacak zaman ve gerekli enerjiden yoksun olmasıdır. Yalancı tanıklık böylece hatalı mahkûmiyet resminin yalnızca bir kısmını oluşturmaktadır. Ne var ki, soruşturma evresinde yapılan hatalar, oldukça zayıf adli tıp bulguları veya nitelikli hazırlık ve eğitimden yoksun savunma avukatlığı sonucu yoğunlaşmaktadır. Bu bağlamda kolluk görevlileri ve özellikle savcıların “şeytanın avukatlığı”na (seçenek hipotezleri irdelemeye) ihtiyacı olduğu göz ardı edilmemelidir-*Tünel vizyon riski*. Ayrıca bkz. Daniel Kahneman, Olivier Sibony, Cass R. Sunstein Gürültü -İnsan Yargısında Hata, Pegasus Yayınları, 2023- ss.205-209 2023.

tiği cezayı bildirerek topluma yeniden girme isteğini simgelemek olarak düşünüldü.

Analitik olarak, sahte itirafların altında yatan başlıca nedenleri şöyle sıralayabiliriz:

- Çocuklarca yapılan itiraflar ekseriya güvenilirmez türdendir; çocuklar rahatlıkla yönlendirilebilir ve içinde bulundukları durumun bilincine her zaman sahip değildirler. Öte yandan, çocuklar ve yetişkinler kollukta itiraf ettiklerinde ekseriya eve dönecek- lerini düşünürler.
- Akıllı başında olanlar, uzun süren sorgulamada tükenmişlik veya itiraf sonrası salıverilebileceği ve sonra suçsuz olduklarını kanıtlayabileceklerine inanırlar.
- Yaş, akli kapasite veya itirafçının durumuna bakılmaksızın, sorgulama sürecinde bir anda itirafta bulunanlara, suçsuz olduğuna dair söyleve devamdan daha yararlı olacağı düşüncesi egemen olmaktadır.
- Bazı şüphelilere, itiraf etse de etmese de mahkûm olacağıının, yalnız itiraf ettiklerinde daha hafif bir ceza alacaklarının söylenmesidir.

Bunların dışındaki sahte itiraflara bakıldığında hemen hemen tümü şunu söylemektedir: “Tek istediğim eve gitmekti.”

Sahte itiraf yalnızca CAS’a özgü bir olgu olmayıp, yaşamın her alanında tanık olunmaktadır. CAS’a özgü olanı da DNA testi ile ortaya çıkmış gözüke de yeni bir olgu değildir. Her zaman var olan ve olacak bir nesnedir. Şimdi temel soru masum insan nasıl oluyor da işlemediği bir suçu üstlenmektedir? Masum insanlar sorgulama atmosferi ve stresi altında nasıl olsa ben bu suçu işlemediğim diyerek itirafa yönelmektedirler. Öte yandan, sorgulama sırasında zanlıya ait saç telinde DNA’sının bulunduğu; maktûlün ölmeden önce zanlının ismini verdiği şeklindeki tazyiklerle vuku bulmakta; itiraf sonrası hatalar zinciri oluşmaktadır. Sorgulama süreci sanki itiraf sağlamak için tasarlanmış gibi olmaktadır. Yinelersenek, ülkede sahte itirafın ne derece yaygın olduğu(epidemiolojisi) konusunda bir fikrimiz

olmadığı gibi kamuoyuna mal edilmiş bir sorun da değildir. Çözüm-sahte itiraflara dayalı mahkumiyetlerin azaltılması için soruştur- ma sürecinde zorunlu video-teyp uygulaması getirilmelidir. Japon CAS'ında tüm kamu davalarının % 89'u itirafa dayalı bulunmaktadır(!).

Sahte itirafların çoğu suçlu olmayan ve “şüphe” altında bulunmayan kişilerce yapılmaktadır. Bunların tümü psikiyatri açısından anormal ve bazıları da belirgin derecede saykotiktirler. Çoğu yetersiz, ürkek, içine kapanık olan bu kişiler için fantezi dünyası doyum sağlar olmuştur. Bu kişilerin dipte yatan, kendilerince bilinmeyen, tümenden baskılanmış güçlü derecede saldırganlık dürtüleri vardır. Toplumda vahşet türü bir suç rapor edildiğinde, bu kişiler aynı anti-sosyal dürtülere sahip olarak kendilerini hemen faille özdeşleştirmektedirler. Histerik dissociative olabilecek derecede nevroitik olanlar da sahte itirafa bulunmaktadırlar. Bu bağlamda normallik evresinde itirafın geri alınması ve anormallik evresinde ise itirafın yenilenmesi oldukça kafaları karıştırmaktadır. Öte yandan, nam yapma uğruna anormalligi az olan ve fakat dengesiz teşhircilerin zaman zaman sahte itirafa bulundukları görülmektedir.^[11]

YALANCI TANIKLIK

Bir suça tanık olan kişinin olayı hatırlamasını etkileyen birçok öge vardır. Görme koşulları, sağlanan ayrıntı miktarı ile doğruluk derecesini etkilemektedir. Örneğin, tanık ile suçlu arasındaki uzaklık daha büyük olduğunda, tanığın suçluyu tasvir ve ayrıntıya girmesinde eksik- lik olması yanında suçluyu bir grup fotoğraf arasından tanınması olasılığı da az olacaktır. Aynı şekilde suçluyu görmesi/izlemesi konusundaki zaman miktarı da doğruluk derecesini etkileyecektir. Tanığın yaşı da tanıklığın sıhhat

[11] Bkz. Ahmet Demirdağ. “Suçsuzken Suçlu Olmak: Ceza Adaletinde Sahte İtiraf Olgusu Üzerine ...” *Nesne Psikoloji Dergisi*, C.5, S.11, 2017, 488-527. Fred E. Inbau ve diğerleri. *Reid Tekniğinin Temelleri: Kriminal Sorgulama ve İtiraf*, 2. Baskı, (İngilizce) 2004; James L. Trainum. *How the Police Generate False Confessions*, 2016.

ve miktarını belirlemede önemli bir faktör olmaktadır. Küçük çocuklar tarafından verilen ifade miktarı oldukça az olabilecek ise de bu miktar yaşla artmakta ve çocuklara özgürce hatırlama fırsatı verildiğinde ifadelerin sıhhat derecesi yüksek derecede olacaktır. Yalnız çocuklara yönlendirici sorular sorulduğunda veya yanlış bilgi ile donatıldıklarında ifadeleri doğru olmayabilecektir.

Algılarımız seçici; belleğimiz ise daha seçicidir. Bir grup bilgilere yönelip diğerlerine sırt çevirebilmektedir. Belleğin işlevi bir video bant kaydı gibi olmayıp, bir muhabirin “not defteri”dir. Görgü tanığından, olayı hatırlamağa çalışması ve aklına gelenleri bir bir söylemesi istenilmelidir.

Bellek, bilgiyi alma, saklama ve daha sonra geri çağırma yeteneğidir. Psikolojide bellek üç aşamaya ayrılır: Kodlama, depolama ve geri çağırma. Sürecin herhangi bir evresinde sorunlar ortaya çıkabilir. En baştaki de unutmaktır. Unutmak, yaşamın bir parçasıdır. Öte yandan, bellek her yeniden söylemede etkilenmekte ve bizler ender olarak nötr bir biçimde hikâyeyi nakletmekteyiz. Hikayelerimizi dinleyicilere göre biçimlendirmekte; bizim tarafgirliğimiz/ önyargımız belleğin oluşumunu- ve hatta üçüncü kişilerin yanlış bilgi telkini olmaksızın-çarpıtmaktadır. Ceza adaleti sisteminin tanığın belleğine yardımcı olmalarına karşın bu belleklerin doğruluğu yeterince sağlanamamaktadır. Yalnız, Savcıların öteki tanıkların ifadesi- ni sergileyerek tanığın belleğini tazelemek girişimi çok hatalı bir yaklaşımdır. Bunların tartışılacağı mekân duruşma salonudur.

Görgü tanığı suçluyu teşhis konusunda adli hatalara neden olmaktadır. Bunun nedenleri şunlardır:

1. Yabancı kişilerin yüzleri hakkında insanların belleğinin iyi olmadığı;
2. Bazı nedenlerle kişiler bir şahsın yüzü hakkında belleği olmasa dahi onu işaretlediği; ve
3. Tanıkların güvenilirliğinin biçimlendirilebileceği.

Adli hatalar belirli ölçüde yalancı tanıklık (yanlış veya yalan beyan) sonucu belirmekte (CMK 311-b); yargılama hukukunda yargılamanın yenilenmesine açıkça yer verilmek suretiyle adaletin de “hata” edebileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda,

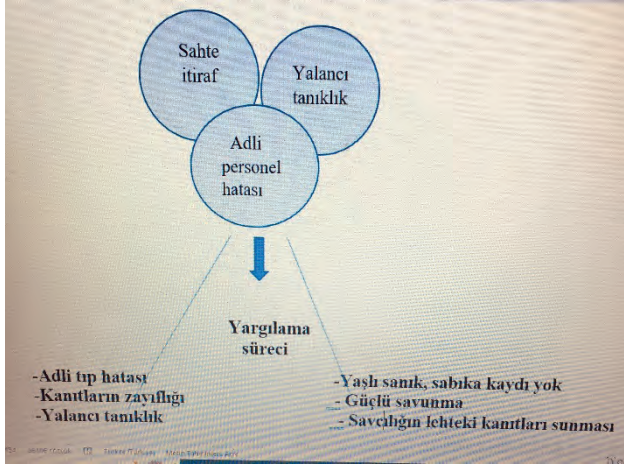
- Tanıkların yanlış ifade vermesine sebebiyet veren nedir?
- Kolluk, savcılık ve hâkim tanığa neden inandılar?
- Hatalar saptanabilir miydi?
- En önemlisi gelecekte bu türden adli hataların oluşmasını önlemek için genel olarak neler yapılabilir?
- Soruşturma ve kovuşturma/yargılama evrelerindeki hatalar nelerdir?
- Çetin davalar-kanıt eksikliği, kaynak eksikliği, mağdur ve tanıkların işbirliğine yanaşmaması-çözümü imkansız yapmıyor mu (!)?
- Tanık geçmişteki olaylar hakkında tanıklık yaparak, anlatımının doğruluk derecesi yalnızca onun başlangıç algılaması değil, belleğe nasıl kaydedildiği, depolandığı ve geri çağrıldığına dayalı bulunmaktadır. Uzun bir zaman bilgilerin saklanması video-teyp ve filme alınması gibi olduğuna inanıldı. Bilim, insan belleği konusundaki bu şekildeki görüşün esaslı şekilde kusurlu olduğunu göstermiştir.

Araştırmalar, çocukların bellekleri etkilenmediği (bir şey yapılmadığında veya belli yanıtları için baskılanmadığında) okul öncesi çok küçük çocukların bile önceki deneyimleri üzerine yüksek derecede sıhhatli tanıklık yapabileceğini sergilemektedir. Yalnız bu sonucu sağlamak bakımından, soruşturmanın tarafsız kişilerce yapılması, açık uçlu sorular sorulması, telkin edici tekrarların yer aldığı bir mülakat olmayışı, çocuğun yanlış bilgi vermesi için bir saiki olmayışı gereklidir. Bu koşullar bağlamında okul öncesi çocukların da doğruyu söyledikleri görülmektedir. Çocuk tanıklarla ilgili en büyük endişe, onların olası telkin edilebilirliğidir. Tekrarlanan veya yanıltıcı soruların bir sonucu olarak, bir tanığın hafızası bozulabilir. Tekrarlanan, müstehcen sorgulamaya maruz kalan bir kişinin gerçekte

gerçekleşmemiş olayların “anılarını” geliştirmesi mümkündür.

Ceza davalarında hâkimin görevi her şeyden önce gerçeklerle ilgili belirsizliği kararın kesinliğine dönüştürmektir. Kapsamlı bir literatür, insanların olasılıkla uğraşırken rasyonellik- ten saptığını göstermektedir. Bu durum hâkimler için de söz konusudur. Bu bağlamda söz konusu olan adli hata oranının ne derece olduğudur. Hâkimler gerçekten tarafsız kararlar alıyor mu? Çok çeşitli deneysel ve alan araştırmaları, birçok hukuk dışı faktörün yargı kararlarını etkilediğini ortaya koymaktadır.

İşte hukukun özenle takip edilmesi ve yargılama sürecinin adil ve uygun yürütülmesine karşın yanlış bir sonuç çıkabilmektedir. Masum bir kişi hüküm giyebileceği gibi suçlu bir kişi de serbest kalabilmektedir. Kanunlar hata olasılığını azaltabilirse de hatayı ortadan kaldırmağa muktedir değildirler. Kuşkusuz, Cumhuriyet Savcılarınca açılan kamu davalarındaki itham yüzdesinin küçümsenmeyecek oranda olması (itham yüzdesi 2019 yılı verilerine göre Başsavcılıklarda TCK uyarınca %33,8; özel kanunlar uyarınca %51,5) ile ceza mahkemele- rindeki mahkeme türü itibariyle beraat yüzdelerinin yüksek bulunmasında (2019 yılı verilerine göre, Ağır Ceza’da % 28,5; Asliye Ceza’da %25,1 ve Çocuk Ceza’da % 31,2) yalancı tanıklığın payı küçümsenmeyecek ölçüdedir. Nitekim, Ankara Ağır Ceza Mahkemelerinde beraatle sonuçlanan 130 dosya üzerinde yapılan incelemede kanıt türü olarak tanık beyanlarının % 22.9 olması ve beraata dayanak olan kanıtlardan % 88.3’ünün de hazırlık evresinde bilinmesi tezimizi pekiştirmektedir. Adli hata sonradan anlaşıldığında muhakemenin yenilenmesi yöntemine başvurulmaktadır. Bu başvurunun kabulü, yeniden bir muhakeme yapılmasını haklı gösterecek önemde hata yapılması hallerine özgü olmaktadır (Yargılamanın yenilenmesi /Pourvoi en révision/revisions-Gesuch: CMK md. 311, 314).



Almanya'da 11 1951-1964 yıllarını kapsayan devreye ait bir incelemede beraat eden sanıklara ait birkaç davayı da içeren bini aşkın adli hata ile muhakemenin yenilenmesi ve karar düzeltilmesi saptanmıştır. 1993-1996 yıllarına ait veri dağılım tablosuna aşağıda yer verilmiştir:

Landesgericht (Ağır Ceza/Asliye) - Amsgericht(Sulh Ceza)

	Hükümlü Aleyhine/ Lehine	Hükümlü Aleyhine/ Lehine
1993	18/ 125	366/ 805
1994	29/ 152	384/ 947
1995	31/ 14	428/ 1522
1996	29/ 168	663/ 1842

Başka bir çalışma kapsamında Almanya'da 1990-2016 yılları arasında haksız yere hapsedilen kişilere ait mevcut tüm vakalar toplanıp incelenmiş ve bir sistemin performansının yıllık mahkûmiyet sayısı ile değil, adli hata

sayısıyla ölçülmesi gerektiği belirtilmiştir. (Bkz. Leuschner, Fredericke ve Rettenberger, Martin. *Miscarriages of justice in Germany*, Mayıs 2023,37-52).

Bu türden veriler Türkiye için UYAP bağlamında kolaylıkla saptanabilir. Kuşkusuz, kabul gören her yenilenme davası adli hata sayısının azaltılması için nelerin yapılması gerektiğini gündeme getirecektir.

ADLİ HATA OLGUSU

Adli hata bir olgudur. Yargılama sistemleri de jure bu olgunun üstesinden gelme yollarına yer vermiş olmasına karşın de facto yetersizlikler nedeniyle adli hatalar kaçınılmaz olmaktadır. Akıl ve empati bileşimi olarak görülen adaletsizlik duygusunun tahrik edilmemesi için olanca çaba gösterilmelidir. Bu ikili demokratik toplumun korunmasında siyasal işlevin ötesinde Durkheim’ca ifade edilen sosyal dayanışmayı perçinleyen bir görev de üstlenmektedirler. Bunlar, zaman, mekan, kültür, hukuk ve ahlaki geleneği bir tarafa iterek, sözde hâkimler ile linçe kadar giden yığın adaletinin algılanması ölçüsünde, Sokrat örneğindeki yargılama biçimi ve mahkumiyetinde olduğu gibi, insanlardaki adaletsizlik duygusunu harekete geçirirler.^[12] Bu bağlamda Dreyfus, Sacco ve Vanzetti ile Bertrand Russell davaları da skandal oluşturur nitelikteki adaletin inkârı olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Hukuk eğitimi hâkimleri insani hatalardan alıkoyamamaktadır. Yinelersenek, onlar da normal insanlar gibi algısal önyargılara gebedir. Davaların azlığı/karar için ayrılan zamanın yeterli olması bu türden hataları giderebilecek türdendir.

[12] Linç kültürünün hortlaması için bkz. Necati Doğru. “Ankara’da yine linç!” *Sözcü* (12/05/ 2019) s.3. Şiddeti körükleyen en önemli faktör de cezasızlık kültürünün yaygınlığıdır. Şiddet, hiç kuşkusuz, toplumu parçalamakta, bütünleştireceğine dağıtmaktadır (yazarın notudur). Ayrıca bkz. Mutafta Tören Yücel. *Hukuk Felsefesi*, 6. Bası, 2023.

Ceza yargılamasında ispatın makul kuşku ötesinde (MKÖ) gerçekleşmesi standardı sistemimize egemen bir paradigmadır. Belki de önemli olanın ceza yargılamasında dengeyi sağlamak üzere, ne çok suçsuz insanı mahkûm edecek ve ne de çok suçlu insanı beraat ettirecek bir noktanın belirlenmesini sağlayıcı standarttır. Bu standardın işlevi adli hataya ilişkin en iyi tahminlerimizin bedellerini gözlerimiz önüne getirebilmek olmalıdır. Genel olarak, bir sanığın gerçekten suçlu olup olmadığına karar vereceksek daima belirsizlik ortamında bulunuyoruz demektir. J.Kaplan, vereceğimiz kararı “karar teorisi” normlarına uygun olarak aldığımızda daha sağlıklı sonuçlar elde edeceğimizi ortaya koydu. Eğer biz hâkimin yerinde olsaydık, vereceğimiz hükmü “gerçekte neyin olduğunu” anlamaya yönelik bir düşünce sonucunda verecektik. Ama bu işlem bu kadar da basit değildir. Doğru bir karar sürecine giremezsek, hatalı mahkûmiyet ya da hatalı beraat durumları ile çokça karşılaşabiliriz. O halde olası hataları minimize etmeye çalışmalıyız. Bunu yaparken de bazı tür yanlışları hiç yapmamak ve bazı tür hatalara da diğerlerinden daha fazla dikkat etmek zorunda kalırız. Bu konuda önleyici bir tedbir olarak “en iyi uygulamalar” arasında en önemlisi olarak kabul gören yaklaşım, tüm sorgulamaların dijital ortamda kayıt altına alınmasıdır. Ne var ki, ceza adalet sistemi, uzman bilirkişilerin güvenilirmez biçimdeki kanıtlara, bilimsel olarak çürütülen görgü tanıklarının ifadeleri ve olay mahalli kanıtlarına dayalı teorilere dayandığı sürece adli hatalar devam edecektir. DNA kanıtı da kısmi veya karışık örnekler ve masumane transfer durumları (örneğin karşılaşan iki insanın tokalaşması) nedeniyle çürütülebilmektedir.

Kaplan’ın rasyonel ispat standardı (İS) formülü şudur:^[13]

$$\text{İS} = 1 / [1 + (\text{HBB} / \text{HMB})]$$

(HBB):Hatalı beraatın bedeli

[13] J. Kaplan. ‘Decision theory and the fact finding process’ (1968) 20, *Stanford Law Review* 1065–1092.

(HMB):Hatalı mahkumiyet bedeli

MKÖ standardının yüksekliği nedeniyle toplumsal bedel tartışması gündeme gelmiş ise de R. Dworkin, **HMB**'de ahlaki zararın çok yüksek olduğunu belirterek, bu yasal hakkın vazgeçilemez bir ahlaki hak olduğunu vurgulamaktadır.

Özet bir çıkarımla, ceza/infaz hukuku ile usulündeki normatif değişimin de facto gerçekleşme- sinin kültürel bir benimseme süreci ve süresi olduğu algılanmalı ve bu hususta genelde organizasyon kültüründe değişimin gerekli olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda soruşturma ve kovuşturma evrelerine özgü yanlışlıklardan kaçınılmalıdır. Kuşkusuz, her sistemde, yukarda belirtilen faktörler nedeniyle, adli hataların olması kaçınılmazdır. Bu durum bizlerin bilgi ve kararlarının tanım gereği hatalarla malul olduğu fikrini yansıtmaktadır. Bu her hukuk sistemi için sağlıklı bir varsayımdır. Önemli olan yerinde ve zamanında yapılan araştırmalarla adli hataların saptanmasıdır. Elde edilen bulguların halkın adalete güveninde bir kriz yaratacağı endişesi yerine ceza adaleti sisteminde köklü değişimler için bir fırsat olacağı fikri benimsenmelidir. Sonuç olarak, yinelersek, hukuk eğitimi hâkimleri insani hatalardan alıkoyamamaktadır. Onlar da normal insanlar gibi algısal önyargılara gebedir.

Son olarak iki konuya daha değinmekte yarar vardır. Birincisi, kamu görevlilerinin, kumpas davalarında görüldüğü üzere, kanıt saklayarak, yalan beyanda bulunarak ve kanıt üreterek mahkumiyetlere sebep olması sonucu fazlaca sorumluluk ile cezalandırılmasına gereksinme olduğu; ikincisi de, sistemde hatalar, yanlışlar oluştuğunda suçlamak yerine herkesin sorumluluğu kabullenmeyi öğrenmesi; sonucun sistemdeki bir hata sonucu olduğuna veya temel bir kavramın başlangıçta iyice belenip belenmemesine

bakılmaksızın öğrenilecek şeyler olduğunun bilinmesidir.^[14]

Çıkarım olarak, adli hatalar, hukuki güvenceler ile ilgili gerçeklerin saptanmasında yer alan kolluk ve tüm tarafları çevreleyen hukuk kültürüyle yakından irtibatlıdır. Özgün kültürün yerleşmesi için ceza adaleti sisteminde yer alan aktörler soruşturmanın her evresinde hata risklerini algıya fazlaca açık olmalı ve bu risklere karşı stratejiler geliştirmelidirler. Bu bağlamda tünel vizyona riski her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Bu virüsten kurtulmanın tek çaresi hâkim ve savcılarının hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimlerinde programın bir bileşeni olarak tünel vizyonunun belirlenmesi ve bundan kaçınılması gereği “eleştirel düşünce” üzerinde durulmasıdır.

Binlerce değilse de yüzlerce haksız mahkumiyetin keşfi son yirmi yıl ceza adalet sistemi tarafından bir felaketin göstergesi olarak görülmelidir. Her hafta masum insanlar işlemedikleri suçlar için iki, beş veya yedi yıl yattıktan sonra cezaevinden çıkıyor; bu durumu havacılık alanında, sağa sola düşen uçaklarla eş değer düşünebilir misiniz? Restoran işinde iş yapmama- sına karşın yeni şubeler açan bir şirketin hemen çökeceği ve büyük mali kayıplarla ve sonunda iflas edeceği ön görülemez mi? Özel sektörde bu tür kayıplara uzun süre tolere edilebilir mi(!?). Hata etmek insani bir olgu olarak öteki alan ve sistemlerdeki hataların azaltılmasına yönelik kalite kontrol sistemleri, CAS'taki adilliği ve doğruluğu geliştirmek konusunda nasıl yardımcı olabilir? Örneğin hukuktaki adli hataların benzerleri mal-praktis olarak tıp alanında görüldü- ğünden tıp ve hukuk arasında benzerliklere bakıldığında, her ikisinde de kişiler, üzerlerinde yetkili olan bir kişinin egemenliği altına girmektedirler. Bu benzerlik nedeniyle adli

[14] Yargı sistemi işleyişindeki ciddi bir hata örneği için bkz. “3 Asliye Hukuk Reddetmiş, 4. Mahkeme DNA'syla Kurtuldu” *Hürriyet* (16/03/2018) s.8: Cinsel istismardan 12 yıl 6 ay hapis cezası kesinleşen M.B, DNA testi için ölen bebeğin mezarının açılması isteminde bulundu. Bu istem üç mahkemece reddedilirken(!), dördüncü mahkemece kabul edilmesi üzerine cesetten alınan DNA örneği ile M.B., 40 aydır hükümlü bulunduğu cezaevinden tahliye edildi. Son derece önemli olmasına rağmen, adli hata sonucu hüküm giymiş kişilerin bakış açısından çok az şey yazılmıştır.

hatalar konusunda tıbbi hataları azaltmak girişimden (kontrol listeleri kullanımından) yararlanabilir. Nitekim, hava yollarında kullanılan kontrol listeleri ve öteki yönetim vasıtalarının, tıpta hata oranını azaltmak konusunda oldukça etkili olması, hukukta da neden kullanılmasının sorusunu davet etmektedir. Savcılık evresinde örneğin, atılacak uygun adımlar için (ameliyatlar veya hava yollarındaki benzer şekilde) bir kontrol listesinin düzenlenmesi, hangi adımda en yüksek başarısızlık olduğunu analiz ve saptamaya elverecektir. CAS'taki adli hatalar ile uçak kazaları arasında da benzerlikler vardır. Her iki hata türü de çaplı ve girift olan sistemde istenilmeyen ve ekseriya öngörülme-yen birbirine bağlı alt sistemler arasındaki etkileşimlere işaret edebilir. 1997-2007 yıllarındaki ölümcül uçak kazalarının % 65 azaltılması konusunda “işbirliği” oldukça başarılı olmuştur. Bu bağlamda önemli olan CAS'ta yer alan tüm aktörlerin sistemi geliştirmek konusunda arzulu olmasıdır. Kuşkusuz, bir sistemi geliştirmeye başlamanın yolu da ıslah girişimlerine direnç gösteren uzun soluklu bir sorun/sorunlara odaklanmak olmalıdır. Sorunun uzun süredir devam etmesi halinde ise, bunun sistemdeki kişilerden ziyade sisteme özgü ö-zür-ler ve süreçlerden kaynaklandığı belirtilebilir. CAS'ın hiçbir bileşeni ayrık olarak işlev görmemektedir. Önemli olan hatalardan ders çıkartılarak bir güvenlik kültürünün CAS'ta yerleşmesi; CAS'ta gelişme sağlamak için bilimsel yaklaşımın da suçlama ve kuraldan sapanları cezalandırmanın öte-sinde olduğu bilinmelidir. New York'taki Hudson nehrine acil iniş yapan kaptan pilot, “Havacılıkta bildiğimiz her şeyi, kitaptaki her kuralı, sahip olduğumuz her usulü, birileri bir yerlerde öldüğü için biliyoruz” dedi. İşte hatalar- dan ders çıkarma şeklindeki kara kutu düşüncesi (black box thin-king) CAS'taki adli hatalar için de geçerlidir. Bu doğrultuda öteki alanlarda örgütsel yönetim veya davranış psikolojisi ve sosyolojisinde uzmanlardan kalite gelişimi ile sistem ve güvenlik gelişimi alanlarında da eğitilmiş ki-şi-lerden yararlanarak bilgilerini CAS'a nasıl aktarabilecekleri üzerine odak- lanma- ları sağlanmalıdır.

CAS'ta adli hatalı mahkumiyetler kaçınılmaz da değildir. Araba sürmek her geçen gün güvenli olduğu gibi CAS'ta güvenli hale getirilebilir. Bu konuda işin sırrı hataları azaltmak için en etkili olabilecek stratejileri saptamaktır: Örneğin ilk soruşturma evresindeki sorgulayıcıların(veya sürücülerin daha dikkatli vasıta kullanmaları) daha iyi teknikleri kullanmaları öğretilir; veya (emniyet kemeri, hava yastığı gibi) hata sonuçlarını minimuma indirmek üzere muhakemenin yenilenmesi daha etkinleştirilebilir. Öte yandan, (hız sınırını azaltmak türü) ispat yükü artırabilir veya bazı kanıt türleri, örneğin cezaevinden muhbirliği veya başkaca kanıtlar gerçeklik kazanmamış itiraflar illegal yapılabilir. Kuşkusuz, tüm bu tedbir ve tekniklerin de bir bedeli vardır: CAS bütçeye daha fazla külfet getirecek, zararsız sürüş gibi adli hatalar ve kazaları önlemek kadar bazı gerçek suçluların da mahkumiyeti önlenecektir. Ne var ki, en iyi strateji de büyük bir olasılıkla bağlamıyla değişiklik sergileyecektir.^[15]

Hâkimlerin bizzat kendilerinin CAS'taki adaletsizlikten ne zaman sorumlu oldukları sorusu da gündeme gelmektedir. Adli tıp (parmak izi, saç analizi, dış izleri, yangın ve diğerlerinde) analizlerinin bilimsel çevrelerde ciddi olarak irdelendiği günümüzde hâkimlerin bu türden kanıtları eleştirel bir analize tabi tutulmaksızın kabullenmeleri adli hatalara neden olabilir. Bu nedenle, adli tıp konusunda sözü edilen testlerin çokça yapılması ve test sonuçlarına eleştirel bir gözle bakılması gereği belirmektedir.

Çoğu avukatlar bilimsel bilgiye çok az sahip olduğundan hâkimlerin kendisini eğitmesi ve bilimin kuşkulu olduğunu düşündüklerinde bazı sorgulamalar yapmaları kaçınılmaz olmaktadır. Hâkimler cahil kalmaya karar verdiklerinde ise adaletsizliğe katkıda bulunmuyorlar mı sorusu haklı

[15] Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi (CMK. Madde 311) ile sanık veya hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesi (CMK. Madde 314) konularında Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünde bir veri tabanı oluşturulmalıdır. Ayrıca bkz. Güçlü Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, Seçkin, 3. Baskı, Haziran 2018.

olarak gündeme gelmektedir. Hâkimler bilinçli olarak bu yönelimde değilseler de sonuç olumsuz olabilmektedir. Hâkim kanıtları irdelerken nesnel bir bakış açısı sağlayabilmelidir. Ne var ki, CAS'ta süregelen iş yükü buna olanak vermemektedir. Onlara egemen olan düşünceler arasında birincisi derdest dosyanın bir an önce karara bağlanmasıdır. İkincisi, çoğu hâkimler benzer çok davaya baktıklarından bir sonraki dava daha önce baktığı 75 davanın benzeri gözüktüğünden eldeki davanın farklı olabileceğini düşünmeye pek yatkın olmadıkları; derdest davadaki sanık/sanıkların öteki davalardaki sanıklar kadar suçlu olmadıklarını görememeleridir. Üçüncü bir faktör de meslekte savcılık geçmişi olan hâkimlere özgü olmakta; savcılığı terk sonrası bilimsel gelişmeleri takip etmediklerinde yanlış içinde kamu davasını benimseme söz konusu olabilmektedir.

Özetle, bir ceza adalet sisteminin temel işlevinin genelde topluma ve özelde zanlı/sanık/ hükümlülere ceza usulünde yer alan de-jure ilkelere sadık kalınacağı sinyali vermesidir. Böyle bir algının tüketicilerde yer etmesi sisteme özgü tretman/tasarruflar/ kararların kısa ve uzun devrede kabullenilmesi; olumlu bir algı ve geri besinin toplumda dile getirilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Çıkarım olarak, hatalı mahkumiyetlere ilişkin tarihi bir belge olmadığı gibi CAS sistemi aktörlerinde duyarlı bir yaklaşıma da tanık olunamadı. **Pardon** filmi dışında kamuoyunda somut bir imaj da yer etmedi. Kuşkusuz adli hatalı mahkumiyetlerden öğrenilecek çok şey var. Sistemdeki bir aktörün hatası sonuçta sistemin başarısızlığı olarak gözükmektedir. Kuşkusuz, bu türden sosyal nitelikte bilimsel saptamalar yapıldığında öğrenilecek çok şeyler olduğu görülecektir. Sonuçta, sistemdeki aktörlerin mütevazı olmaları ve daha öğrenecek çok şeyleri olduğu bilincine varmaları gereklidir.

Ne var ki, adil yargılamanın en ciddi uygulaması dahi doğru bir hükmü

garanti edemeyecektir. Bu gerçeği kabullenmeliyiz. Hatalar/adli hatalar kaçınılmaz ise de ortaya çıkan adaletsizlikleri/ ızdırapları minimize etmek ve sınırlandırmak için gerekli tedbirlerin alındığının sergilenmesi gereklidir. Şöyle ki, süreçte sorgulama, kuşkuları giderme ve adil yargılama gereği taramalar, araştırmalar ve çapraz sorgulamalarla sürece dürüstlük ve saygının egemen olduğu sergilenmelidir. Başka alanlarla olduğu gibi siyasette de mevsimler, tohum ve toprak elvermedikçe hiçbir ürün elde edilemez. Bakım ve yetenekle elde edilecek ürün verimi artırılabilirse de incir ağacı çölde kök salamaz. Bu bağlamda adil yargılanma hakkı kutup yıldızı gibidir. Bu doğrultuda adli hata-karar kayıtlarından çıkarılan başlıca dersler ise şunlardır:

Birinci ders: Tamamen masum insanları korkunç suçlardan mahkûm ediyoruz.

İkinci ders: CAS hakikati bulma sistemi olmayıp, adil yargılama sistemidir.

Üçüncü ders: Çoğu hatalar müşterek ve kurumlaşmış uygulamalar sonucudur.

Dördüncü ders: Adli hatalı mahkumiyetler herkese dokunur.

Beşinci ders: CAS'in değiştirilmesi mümkündür.

Altıncı ders: Bir şeyden etkilendiğinizde, eyleme geçiniz.

Kuşkusuz, duruşma tutanakları, bir mahkumiyetin güvenli mi, adil mi olduğunu anlamak için temel bir araçtır. Ceza adaleti sistemimize tarihsel perspektifte bakıldığında hatalardan ders alınmama ötesinde bir bakıma veri yoksunluğu nedeniyle onların saklandığı dile getirilebilir. Kuşkusuz, şeffaflık eksikliği, adaletteki mayınların patlamasını engellemekte ve daha

etkili bir ceza adaleti sistemine doğru ilerlemeyi engellemektedir. CAS'ta, yalnızca iki örnek vermek gerekirse, görgü tanıklarının yanlış tanımlama riskini azaltmayı ve güvenilir cezaevi muhbirlerinin ifadesinin kullanımını sınırlamayı ve adli tıp kurumunu bağımsızlaştırmayı amaçlayan reformlar göz ardı edilmektedir. Aslında, ceza adalet sistemimiz sürekli düşen bir uçak gibidir, ancak kimse neyin yanlış gittiğini ve nedenini belirlemek için kara kutuyu açmaya yönelmemektedir. Diğer bir anlatımla, gerçekler değişirse, fikirlerin de değişebileceği yargısına karşılık gerçekleri saptamak konusunda ne yargıda ve ne de akademik dünyada henüz bir bilinç oluşmamıştır.

Özetle, ön yargı veya sapma nedeniyle adli hataların neden olduğu toplumsal zarar göz önüne alındığında, hükümlü, güvenliği konusunda şüphe uyandıran yeni kanıtlar ortaya çıkarsa/ortaya çıktığında veya yargılamanın sonucunu (potansiyel olarak) etkileyen ciddi prosedür başarısızlıkları olduğunda mahkumiyetlerine itiraz edebilmelidir. Duruşma salonları artık rasyonel müzakerenin daha belirgin şekilde bir yer aldığı mekanlar olmalıdır. Bu, belirsizlikle doğru bir şekilde başa çıkmak için yeterli olmasa da önemli bir adım olacaktır.

İdeal koşullar altında da CAS'ta hatalar olacaktır.^[16] CAS insanlar tarafından işletilen bir sistem- dir ve bu nedenle önyargılara (bilinçli ve bilinçsiz) ve insan hatasına açıktır. CAS'taki hataları düzeltmek üzere insani ön yargılar ele alınmalı; yalnız, fazlaca olan bu yargıların elimine edilmesi gerçekçi bir yaklaşım olmadığından bizlerin ancak onların etkilerini minimize edebileceğimiz unutulmamalıdır.^[17] Bu bağlamda davayı “kazanmak”

[16] EUREX, Avrupa'da sonuçta beraatle sonuçlanan adli yanlışların sicilidir. Amaç gelecekte bu tür hataların yapılmasını önlemektir. Leiden Üniversitesi, Maastricht Üniversitesi, Lucerne Uygulamalı Bilimler ve Sanat Üniversitesi ve Phillips-Universität Marburg'dan hukuk psikologlarının girişimidir.

[17] Almanya ve Birleşik Krallık'taki Kovuşturmanın Karşılaştırmalı Analizi: Gerçeği Aramak mı, Yoksa Mahkûmiyet Almak mı? (Yanlış Mahkumiyetten: Adaletin

savcının birinci önceliği olmak yerine adil kararların verilmesini sağlamak üzere mümkün olan her şeyin yapılması öncelikli olmalıdır.

“Kuşku hoş bir durum değil ise de kesinlik absürttür.” Voltaire

-

Kanunlar yanılma olasılığını azaltabilirse de yanılmayı ortadan kaldırmağa muktedir değildirler. Mustafa T. Yücel

Düşürülmesine İlişkin Uluslararası Perspektifler, 213-247, 2008, C. Ronald Huff ve Martin Killias, eds. NCJ-225376): Eleştirel değerlendirme ve araştırmalar nedeniyle, İngiltere ve Galler’de adaletin hatalı olması riskleri konusunda kamuoyunun farkındalığı yüksekken, Alman sistemi kendi bütünlüğüne fazlasıyla güveniyor gibi görünüyor. Alman ceza adaleti sistemi, tüm kıtasal veya medeni hukuk sistemlerinin soruşturmacı geleneğine dayanmaktadır. Bu, çekişmeli ilkelerle karakterize edilen Anglo-Sakson ortak hukuk ülkelerindeki usule aykırıdır. Savcılığın işlevi, soruşturmalar üzerindeki etkisi ve duruşma öncesi ve yargılama süreçlerindeki rolü iki sistem arasında önemli ölçüde farklılık göstermektedir. Bu bölümde adli hataların bazen savcılık performansı ile yakından bağlantılı olduğu tartışılmaktadır. Almanya ve Birleşik Krallık’ta savcılarının ilk soruşturmalardan duruşma işlemlerine kadar ilgili rollerindeki farklılıklar, “soruşturmacı” ve “çelişkili” adalet sistemlerinin örnekleri olarak tasvir ediliyor. Her iki sistemin de adaletsizlik yaratma konusundaki zayıf yönleri tartışılıyor. Ayrıca bkz. S. Poyser, A. Nurse, ve R. Milne. *Miscarriages of Justice: Causes, Consequences and Remedies*, Publisher: Bristol, UK; Chicago, IL: Policy Press, 2018: Adli hatalar tüm hukuk sistemlerinin kalıcı bir özelliği olmuştur ve soruşturma evresiyle ayrılmaz biçimde bağlantılıdır. Kaç kişinin veya masum bireylerin ne sıklıkta haksız yere mahkûm edildiğini bilemeyiz (127). İkincil mağduriyet, adli hataların aile üyelerine ve daha geniş anlamda topluma verdiği zarar nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Hatalı mahkûmiyet kararları vuku bulmaya; temyiz ve tazminat mekanizmalarının etkinliği konusunda endişeler de devam edecektir. Kuşkusuz, kolluk hem doğrudan hem de dolaylı olarak adaletteki başarısızlıkların merkezinde yer almaktadır. Bir şüphelinin soruşturmacı olarak polisle ilk karşılaşmasından, soruşturma sırasında ortaya çıkan delillerin ifşa edilmesine ve delillerin duruşmada sunulmasına kadar, soruşturma sürecinden kaynaklanan kolluk ve kovuşturma uygulamaları, adli hatalara neden olacak veya meydana gelmesini önleyecek bir kapsam sunmaktadır (133-134). Bibi Sangha, Robert Moles. *Miscarriages of Justice Criminal Appeals and the Rule of Law in Australia*, 2015.

Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Artırılması: Cezasızlık Hâline Cezai Popülizm Çare Olur Mu?

Ozan Ercan TAŞKIN*

ÖZET

Cezanın amacının ne olduğu, bu amaç veya amaçlara nasıl ulaşılabileceği konuları tartışmalıdır. Aynı şekilde ceza adalet sisteminin etkinliğinin nasıl sağlanacağı konusu da *Beccaria*'dan bu yana güncelliğini muhafaza etmektedir. Ceza adalet sisteminin etkinliğinin hangi hukuka aykırı fiillerin suç olarak kabul edileceğine ve hangi suça ne miktarda ceza verilmesi gerektiğine yönelik düşünsel tercihlerle yakın ilişkisi olduğu kuşkusuzdur. Söz konusu düşünsel tercihse “penalizasyon”, “suçlu genel teorisi”, “cezasızlık”, “cezaî popülizm”, “sembolik ceza hukuku” ve “mağdur ceza hukuku” gibi kavramlara verilen içeriklerle somutlaşmaktadır. Anılan kavramların Türk Ceza Hukuku mevzuat ve uygulaması kapsamında ele alınması yoluyla, kanun koyucunun suç siyaseti bağlamında yaptığı düşünsel tercihin ne olduğunun tespiti mümkün olacaktır. Bu tespitin yapılmasında kasten öldürme suçunun kadına karşı işlenmesinin, kasten öldürme suçunun nitelikli hâli olarak kabul edilmesi (TCK m. 82/1-f); cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar (TCK m. 102 vd.) dikkat çekici örneklerdir. 2005 tarihli TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, düzenleniş biçimiyle -kural olarak- gerek ceza siyasetinin dönüştürücü gücü bakımından, gerekse müspet anlamda sembolik ceza hukukunun olumlu örneğidir. Buna karşın 2022 tarihli ve 7406 Sayılı Kanun ile kasten öldürme suçunun kadına karşı işlenmesinin nitelikli hâl olarak kabulünün, başka bir ifadeyle salt cezanın artırılmasından ibaret düzenlemenin, önleme

amacı bakımından dahi beklenen neticeyi doğurması güçtür. Söz konusu düzenleme, suç siyaseti uygulaması bakımından cezaî popülizme örnektir.

Anahtar Kelimeler:

cezasızlık hali

cezai popülizm

penalizasyon

sembolik ceza hukuku

suç siyaseti

SUMMARY

Improvement the effectiveness of the criminal justice system: Could criminal populism be a solution to impunity?

The aim of the punishment and the way to achieve this aim is controversial. Besides the argument regarding how to ensure the effectiveness of the criminal justice system has remained up to date since Beccaria. It is clear that the effectiveness of the criminal justice system is highly related to intellectual preferences regarding which unlawful acts is considered as crime and how much punishment should be given for which crimes. The intellectual preference is clear in the contents regarding concepts such as “penalization”, “general theory of the criminal”, “impunity”, “criminal populism”, “symbolic criminal law” and “victim criminal law”. It is possible to determine the intellectual choice of the legislature regarding the crime policy by considering the above-mentioned concepts within the scope of Turkish Criminal Code. In making this determination, the crime of intentional murder against a woman is accepted as a qualified form of intentional murder (Turkish Criminal Code Article 82/1-f), the crimes against sexual immunity (Turkish Criminal Code Article 102 et seq.) are remarkable examples. On the other hand, it is difficult to produce the expected result by accepting the crime of deliberate murder against a woman as a qualified form of crime, in other words the regulation consisting solely of increasing the penalty by The Code No. 7406 dated 2022. The mentioned regulation is an example of criminal populism in terms of criminal policy practice.

Keywords:

impunity

criminal populism

penalization

symbolic criminal law

criminal policy

GİRİŞ

Ceza hukuku bütün sınırlılıklarına rağmen, bastırıcı işlevi itibarıyla; en önemli suçla mücadele araçlarından biridir. Bununla birlikte esas olarak suçu merkezine alan ceza hukukunun, yapısal sorunları çözmesi de beklenemez. Yapısal sorunları çözemesi de “ceza” bir yandan ilerletici/değiştirci/dönüştürücü işlev yerine getirirken diğeri yandan da gerek medya gerekse siyaset vasıtasıyla her geçen gün günlük yaşamın “vazgeçilemez” parçası hâline gelmektedir.

Ceza hukuku, korkuları ve kaygıları yatıştırma konusunda topluma en çok güven veren araçlardan biridir. Gündelik yaşamın parçası hâline gelen ceza hukuku bakımından esaslı sorunlarından birisi, ceza kanunlarının etkinliğine siyaseten duyarsızlıktır. Kanunun ne kadar uygulanmış veya uygulanabilir olduğu ve ne düzeyde amaca hasıl olduğu önemli değıldir; yalnızca ceza tehdidi olarak sembolik değeri yeterli görölmektedir. Diğeri bir esaslı sorunsal, suç olgusunun dramatize edilme düzeyinin yükseltilmesiyle, özgürlükleri sınırlandırıcı suç politikası tercihleri bakımından toplumsal fikir birliğinin/rızanın inşa edilmesidir.^[1] Ceza hukuku, bir yandan hukuksal değeri, salt sembolik olarak koruyarak özünden uzaklaşma; diğeri yandan da özgürlükleri sınırlandırmaktan ibaret bir içkinliğe sıkıştırılma riskiyle karşı karşıyadır.

Bu riski bertaraf etmek bakımından **“penalizasyon”, “suçlu genel teoris”, “cezasızlık”, “cezaî popölizm”, “sembolik ceza hukuku”** ve **“mağdur ceza hukuku”** gibi kavramlara verilen içeriklerin yeniden gözden geçirilmesinde fayda vardır. Anılan kavramların Türk Ceza Hukuku mevzuat ve uygulaması kapsamında ele alınması yoluyla, kanun koyucunun suç siyaseti bağlamında yaptığı düşünsel tercihin ne olduğunun tespiti

[1] Andrea Francesco **TRIPODI**, *“Dal Diritto Penale della Paura alla Paura del Diritto Penale Spunti per una Riflessione”*, Quaderno di Storia del Penale e della Giustizia, n. 1, 2019, s. 263-265.

mümkündür.

I. BASKICI CEZA HUKUKUNDAN ÖZGÜRLÜKÇÜ CEZA HUKUKUNA

Ceza hukuku, ilerleme, tekrarlama ve bazen de geriye gitme şeklinde ortaya çıkan insanlık tarihinin tasvir edici ve özel bir görünümünden ibarettir. Bu görünümde, toplumsal yaşamın onurlu ve insancıl biçimlerinden izler bulunduğu gibi adaletsizlikler haksızlıklar da bulunur. Söz konusu tarihsel izlekte ceza hukuku bir yandan örgütlü bir toplumda ortak yaşamın temel koşullarını savunma ihtiyacına hizmet ederken diğer yandan baskı ve ayrıcalıkların korunması işlevini de yerine getirmeye devam etmektedir. Bu kapsamda ceza hukuku türleri üç ana başlıkta ele alınabilir: 1) Baskıcı ceza hukuku, 2) Ayrıcalıkçı ceza hukuku, 3) Özgürlükçü ceza hukuku.^[2]

Baskıcı ceza hukukunun ilk örnekleri olan mutlak monarşilerde ceza hukuku, kral despotizminin ve kontrolsüz gücünün bir aracı rolündedir. Günümüzde totaliter veya otoriter devlet sistemlerinde, bireyin ideolojik çerçevelenmesini sağlamak üzere -bir anlamda rafine edilmiş- cezaî araçlardan yararlanılır.^[3] Devletin ön planda ve eleştirilemez olduğu bu sistemde suç tanımı belirsizdir. Monarkın ve onun ‘memur yargıcının’ yasal tanımda

[2] Ferrando **MANTOVANI**, *Diritto Penale Parte Generale*, Seconda Edizione, Padova 1988, s. 6 vd.; Ferrando **MANTOVANI**, “*Principi Fondamentali del Diritto Penale Della Liberta*”, *Derecho Penal y Criminologia*, vol. 14, no. 47-48, 1992, s. 13 vd.; Türkân **YALÇIN SANCAR**, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini” *Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları*, Ankara 2004, s. 34 vd.; Nevzat **TOROSLU**, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, V Yayınları, Ankara 1987, s. 1 vd.

[3] MANTOVANI, “*Principi Fondamentali*”, s. 14.

bulunmayan hareketleri dahi cezalandırabilmeleri mümkündür.^[4]

Liberal devletin ceza hukuku ayrıcalıkçı (imtiyaza dayalı) ceza hukukudur. Bilindiği üzere liberalizmin, temel hareket noktası birey ve haklarıdır. Bu kapsamda; özgürlük ve eşitlik, güçler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü gibi kavramlar güvence altına alınmıştır. Kural olarak olumlu değerlendirelebilecek bu özellikler; liberal devlet kuramının, ana hatlarıyla, özgürlüğü biçimsel olarak *‘devletten özgürlük’* olarak anlaması, eşitliği *‘yalnızca kanun önünde eşitlik’* olarak yorumlaması ve *‘mülkiyeti dokunulmaz’* kabul etmesi nedeniyle eleştiriye de açıktır. Bir yandan liberal devlet, mutlakiyetçi devletten uzaklaşarak hukuki güvenlik ilkesine vücut vermiş olsa da kişiler arasındaki eşitsizlik hâllerinde, menfaatlerin çatışması durumunda ekonomik yönden güçlü olanın çıkarını, zayıf olana tercih etmektedir. Dolayısıyla da bu devlet tipinde ceza hukuku *“liberal özgürlüğün gerçek alıcıları”* olanları, tehlikeli sınıflara karşı korumanın bir aracı hâline gelmiştir.^[5]

Özgürlükçü ceza hukukuna göre yasaklama kaçınılmazdır ama özgürlüklere hizmet etmelidir. **Topluma yönelik sosyal ve ekonomik sahalarda eşitlikçi bir perspektif olmadan, birey güvenliğini esas alan terminolojiyle inşa edilen ceza hukuku, sadece bu nedenle ‘adil bir ceza hukuku’ hâline gelmez, çünkü ‘ceza hukuku adaleti’ sadece adaletin kendisine değil, fakat aynı zamanda suçun ne olduğunun tespitine ve ona bağlı cezanın verildiği sosyal bağlama da bağlıdır.** Özgürlükçü ceza hukukuna göre ceza hukuku liberalleşmelidir ve birey özgürlüklerinden vazgeçilmesi mümkün değildir. Ancak aynı zamanda ceza hukuku **‘dinamik güvence’** işlevi yerine getirmelidir. Buna göre **ceza**

[4] Baskıcı ceza hukuku hakkında ayrıntılı okuma için bkz. YALÇIN SANCAR, s. 34 vd.

[5] MANTOVANI, “Principi Fondamentali”, s. 14; YALÇIN SANCAR, s. 38; MANTOVANI, “Parte Generale”, s. 16 vd.

hukuku kolektifin çıkarları söz konusu olduğunda da bir araç olarak da hareket etmeli; örneğin sağlık, ekonomi, üretim, devlet maliyesi, çevre, dezavantajlı gruplar gibi konularda sosyal hukuk devleti hedeflerinin gerçekleşmesinde dönüştürücü/itici bir güç olmalıdır. Devletin pozitif görevlerinin artmasıyla birlikte, hukukun, toplumsal olarak istenmeyeni “yasaklama” işlevi üzerine, toplumsal olarak arzu edilen davranışları “teşvik etme”, işlevi de eklenmiş, böylece hukuk sadece “toplumsal kontrol” aracı olmaktan çıkarak aynı zamanda bir “sosyal yönetim” aracı haline gelmiştir. **Ceza hukukunun özgürlükçü yorumu dahi aynı zamanda, baskıya dönüşme riskini taşır.** Bu nedenle ceza hukuku, koruma sahasına almış olduğu haklar bakımından uygun bir vasıta olmasına rağmen, toplumsal değişimin yönlendirilmesinde ancak ikincil bir işlev yerine getirebilir.^[6]

II. CEZA HUKUKU NEYE GÖRE SON ÇARE

Ceza hukukunun son çare (ultima ratio) olması konusunda geniş bir mutabakat vardır.^[7] Ceza hukuku kavramı olarak son çare (*ultima ratio*) ilkesi veya “*araç ilkesi*” devletin cezalandırma iktidarının sınırlandırılması gereğine işaret eder. Haksız fiil ancak zorunluluk bulunması durumunda suç haline getirilmeli; ceza hukukuna sadece barış ve güvenlik içinde bir yaşamın sürdürülmesine hizmet ettiği oranda başvurulmalıdır. Devlet, va-

[6] MANTOVANI, “Principi Fondamentali”, s. 14; YALÇIN SANCAR, s. 40; TOROSLU, s. 4; MANTOVANI, “Parte Generale”, s. 21 vd.

[7] Bu başlıkta ayrıntılı bilgi için bkz. Ozan Ercan TAŞKIN, “Son Çare (*Ultima Ratio*) Olarak Ceza Hukuku”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, 2016, s. 59 vd.

tandaşı ceza sisteminin tasarımı konusunda ikna etmelidir.^[8]

Bugün yaygın kabule göre ceza hukukunun, “sınırlar bilimi” veya “frenler mekanizması” olarak öncelikli işlevi, ortak yaşamın, toplum düzeninin muhafazasını sağlamak ve bireyler arası ilişkileri düzenlemektir. Bununla birlikte aynı zamanda özgürlükçü ceza hukuku ortak yaşamın gelişimini tetikler. Bu anlamda ceza hukuku değiştirici/dönüştürücü ve ilerletici bir işlevi yerine getirir. Devlet, sadece jandarma olarak kamu düzeninin koruyucusu değil, toplumun yönlendiricisidir.^[9]

Ceza hukukunun son çare olması konusunda kural olarak bir tereddüt yoktur. Bununla birlikte kolektifin menfaatleri söz konusu olduğu durumlarda, örneğin çevrenin korunması veyahut dezavantajlı süljelere yönelik ceza hukuku korunma alanının genişletilmesi gündeme getirildiğinde, ilk akla gelenin ceza hukukunun son çare olması veya ceza hukukunun sınırlarının tartışılması ve bu anlamda ceza hukuku sahasının aşırı genişlemesine yönelik tehlikelere işaret ediliyor olması -en azından- üzerinde durulması gereken bir mevzudur.

III. BİR TERCİH OLARAK KARANLIK ALAN: PENALİZASYON

Geleneksel kriminolojik yaklaşım temel bir yanlış (kusur) nedeniyle geçersizdir/sakattır: **Geleneksel kriminolojik yaklaşım, kısmidir, ön yar-**

[8] Jannemieke W. **OUWERKERK**, ‘*Criminalisation as a Last Resort: A National Principle Under the Pressure of Europeanisation?*’, New Journal of European Criminal Law, Vol. 3. No. 3-4, 2012, s. 230.

[9] Francesco **ANTOLISEI**, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, Edizione 14, Giuffrè, Milano 1997, s. 27.

gılıdır ve bu nedenle de hükümsüzdür.^[10] Suçu ve suçluyu tarif etmek istediği şekilde ele almaktadır. Kriminolojik çalışmaların tamamına yakını, genellikle ceza adaleti sistemleri tarafından hazırlanan istatistikler tarafından sağlanan verilere dayanmaktadırlar ve bu veriler çoğunlukla herhangi bir eleştirel değerlendirme olmaksızın kabul edilirler.^[11] Geleneksel adalet sistemlerinin ve daha ziyade yasama organlarının, hangi fiilleri/haksızlıkları suç olarak kabul ettiklerine; bu kabul edilişin nedenlerine ve sonuçlarına ayrıca bakılması gerekir.

Karanlık alan gerçek suçluluk ile resmi organlar tarafından tespit edilen ancak kayıt altına alınmayan suçlar arasındaki farka işaret eder.^[12] Karanlık alan, kendi içinde; işlenmiş olmakla birlikte herhangi bir kimse tarafından suçluluk olarak değerlendirilmeyen veya hatırlanmayan suçlar (*mutlak karanlık alan*), mağdur tarafından suçluluk olarak değil de özel alana ait olduğu kabul edilen suçlar (*çifte karanlık alan*), adli makamlara bildirilen ancak adli makamların pasif kaldığı suçlar (*nispî karanlık alan*) olarak gruplandırılır. Adli makamlara bildirilen ancak failinin yakalanamadığı veya ispat sorunları olan suçlarsa, *suçluğun gri alanı* denir.^[13] **Lakin penalizasyon boyutunda karanlık alan tartışmaları çok nadir olarak yapılır.**

[10] Edwin H. **SUTHERLAND**, “Beyaz Yaka Suçluluğu”, (Çeviren: Selman **DURSUN**) Suç Politikası içinde, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 296.

[11] Pierpaolo **MARTUCCI**, La Criminalità Economica Una guida per Capire, Editori Laterza, Roma-Bari 2006, s. 6.

[12] M. Emin **ARTUK**/M. Emin: **ALŞAHİN**, Kriminoloji, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 138; Timur **DEMİRBAŞ**, Kriminoloji, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 96.

[13] **DEMİRBAŞ**, s. 98.

Kasten öldürme, cinsel saldırı gibi her zaman ve her yerde suç sayılan ve bu nedenle “tabii suç” (*mala in se*) olarak kabul edilenler hariç olmak üzere hangi “haksızlığın” suç olarak kabul edileceği hususunda yasa koyma tekelini elinde bulunduranlarca tercihte bulunulduğu açıktır. **Bu bağlamda bir görüşe göre, yasama organları daha az ayrıcalıklı olan sınıfların sosyal normdan sapan davranışlarını düzenleme ve bastırma eğilimindedirler.**

Bu kabulden hareket edildiğinde henüz yasalastırma sürecinde, sosyal ve ekonomik statüsü düşük kişiler aleyhine suç hâline getirme (*penalizasyon*) süreçlerinden söz edilebilir. Nitekim bugün hâlâ yaygın kriminoloji kitaplarında ele alınan karanlık sayı (siyah rakamlı suçlar) açıklamalarında, henüz penalizasyon sürecinde ortaya çıkan (bizce **öze ilişkin karanlık alan** olarak tanımlanması gereken) suç olarak kabul etme(me) tercihlerine, neredeyse hiç yer verilmemektedir. Başka bir ifadeyle söylenecek olursa, tabii suçlar hariç olmak üzere hangi haksızlığın suç olarak kabul edildiği veya edilmediği hususu yeteri kadar tartışılmamaktadır.

IV. MAĞDURDA KUSUR ARAMA TERK EDİLEMELİDİR

Geleneksel viktimoloji temel olarak şu soruya cevap arar: Neden bu kişi mağdur hâline gelmiştir ve niye bir başkası mağdur olmamıştır.^[14] Bu sorunun altında yatan esas neden mağdurda bir anlamda faile karşılık arama çabasıdır. Diğer taraftan geleneksel ceza hukuku mağduru, “**pasif süje**” kavramlaştırması içine bir anlamda hapsederken, kriminolojik temelli mağdur çalışmalarının ağırlıklı kısmı, suçun işlenmesinde mağdurun ak-

[14] Ezzat A. **FATTAH**, “Victimology: Past, Present and Future”, *Criminologie*, Vol. 33, No. 1, 2000, s. 22.

tif bir rolünün olabileceğini; mağdurun “kırılganlık”, “zayıflık” gibi belirli özelliklerinin suçun işlenmesinde esaslı belirleyici olduğunu iddia ederler.

Söz konusu beraberinde “mağdur kusurluluğu” gibi bir sonuç ortaya çıkarabilir. Bu halinse ilk elden mağdurun uğradığı zararın giderilmesinde bazı zorlukları ortaya çıkarabilmesi mümkündür. Diğer taraftan mağdurda hata aramak ve bulmak örneğin “*iyi kızlara tecavüz edilmez*” düşüncesine götürür. Mağdurun özel yaşamı fiilden bağımsız olarak onu karalamak ve birçok farklı suçun ama özellikle mağdurun kadın olduğu cinsel saldırı suçunun ‘meşru’ hedefi haline getirmek için kullanılabilir^[15].

“Mağdur kusurluluğu” halinin bizzat mağdur tarafından içselleştirilmesinin önemli diğer bir sonucu da suçun bildirilmemesi şeklinde karşımıza çıkar. Bu içselleştirilmiş hâl, mağdurların eylemlerinin başkaları tarafından olumsuz olarak değerlendirilebileceğini düşündüklerinde, örneğin alkolün etkisi altındayken daha baskın hale gelmektedir^[16]. Kriminolojik/viktimo-lojik çalışmaların çoğu geleneksel olarak cinsel saldırıyı haklı kılan gerekçeler üretmiş ve bunu saldırıya uğramış kadını kendi hatasının kurbanı olarak göstermek yoluyla yapmışlardır^[17].

Mağdurun suçun işlenmesine katılması bir anlamda paradoks olarak görülebilir. Nitekim geleneksel ceza hukuku öğretisine ait tanımlamalarda mağdur yerine kullanılan “*pasif süje*”^[18] kavramlaştırmasına ne TCK ne de

[15] Diana **SCULLY**, *Cinsel Şiddeti Anlamak*, 3. Baskı, Metis, 2018, s. 123.

[16] Laura **FINKELSON**/Robert **OSWALT**, “*Collage Date Rape: Incidence and Reporting*”. *Psychological Reports*, 1995, Vol. 77, s. 526.

[17] **SCULLY**, s. 117.

[18] Kavram için bkz. Tuğrul **KATOĞLU**, “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, *AÜHFD*, 61/2, . 2012, s. 659.

CMK 'da rastlanır. Bu husus aslında suçu tek taraflı bir olgu gibi gören düşüncenin yansımasıdır. Bu bağlamda pasif süje “acı çeken” veya “hastalığın bulaştığı kişidir”. Ceza adaletinde devlet tekeli, bir anlamda mağdur yansızlaştırıldıkça ortaya çıkmıştır. Genelleştirmenin, eşitliğe ve sosyal düzene hizmet ettiği kabul edilir^[19]. Modern ceza hukuku düzenlemeleri faili referans alır ve fail mağdur ilişkisini açık, net tartışmasız biçimde karşılıklı ilişkisi olarak görür: Bir masum ve bir suçlu. Zamanla suçun işlenmesinde mağdurun rolü “*cezaî ikili*” (**coppia penale**) başlığında ele alınmaya başlanmıştır^[20]. Buna göre suç olgusu tek taraflı değil, dinamik bir olgu olarak ele alınmalıdır. Fail mağdur ilişkisine, suçun işlendiği zaman ve yere bakılmalıdır.

V. YENİ BİR SUÇLU GENEL TEORİSİ İNŞA EDİLMELİDİR

Sosyo ekonomik sahada işlenen haksızlıkların pek çoğu, esasında, korunan hak veya menfaat/korunan hukuksal değer olarak ceza kanunlarının kapsamında ele alınması gerekirken, idari komisyonlara ve özel hukuk alanına bırakılmıştır. Hâl böyle olunca da söz konusu hukuka aykırılıkların (bir anlamda faillerinin) davaları, ceza istatistiklerine dahil edilmezler. Sonuç olarak da **eksik olan suçlu genel teorisi** kapsamında değerlendirilmezler. Fiil suç değilse, kriminolojinin de ilgilenmesine gerek yoktur.^[21]

Özgürlükçü ceza hukuku perspektifinden hareketle “*Sutherland’in ‘suç’ kavramını nasıl kullandığına bakılmalıdır: Sutherland, suç, hukuki-biçim-*

[19] Silvia **CAGLI**, “*Condotta della Vittima ed Analisi del Reato*”, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Vol. 3, 2000, s. 1148-1150.

[20] **CAGLI**, s. 1151.

[21] “Bkz. MARTUCCI, s. 12.

sel bir perspektiften değil, sosyo-kriminolojik bir bakış açısıyla kavramlaştırır. Aslında hukuki açıdan bakıldığında, bir suçtan söz edebilmek için, ceza kanununun ihlalinin söz konusu olması gerekir. Sutherland, ortaya konulan davranışın, 'toplumsal zarara' (social demagel/danno sociale) neden olmasını ve bu davranışın cezaî, hukuki veya idari herhangi bir yasayı ihlal etmesini, o davranışı 'suç' olarak adlandırmak bakımından yeterli görmektedir. O hâlde herhangi bir hukuk sahasını ihlal eden ve toplumsal zarara yol açan davranışı içeren çok daha geniş bir ekonomik suç kavramı benimsenmelidir. Aslında, amaç, yöntem ve sonuç açısından ağır bir (cezaî) suçun tüm özelliklerine sahip olan pek çok vaka vardır: Farklı yasal muameleltanımlama, aslilesasa dair nedenlere değil, failin işgal ettiği güç ve ayrıcalık konumuna bağlıdır.^{22]}

VI. SEMBOLİK CEZA HUKUKUNUN OLUMLU YÖNÜ

Ceza hukuku, yasal ve yasadışı olanı ayırmak ve suç tipleri oluşturmak yoluyla, yalnızca **sembolik** düzeyde sosyal bir işlev yerine getirmekle kalmaz, söz konusu yasadışılığın önlenmesini, toplumsal anlamda da reddini amaçlar, bireyin ceza sorumluluğunun sınırını çizer.

Sembolik ceza hukuku, "varlığı henüz ispat edilmemiş veya gereğinden fazla abartılmış bir tehlike ile mücadele edilmesi" olarak tarif edilmekle birlikte,^[23] ceza hukuku vasıtasıyla bir soruna dikkat çekmek amacına karşılık gelmek üzere de kullanılmalıdır.

[22] MARTUCCI, s. 12.

[23] Bahri ÖZTÜRK/Mustafa Ruhan ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 21. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 31.

VII. CEZAİ POPÜLİZM

,Esas olarak toplumda ama tanımı itibariyle de seçmen rızasını üretmek bakımından cezaî popülizm, meşruiyet kaynağı olarak korkuyu referans alır ve hatta ve korkuyu besler. Suçun işlenmesinin engellenemeyeceği düşüncesinin yaygınlaşması, güvensizlik, güvencesizlik ve yaygın korku sosyal hayatın kurucu unsuru haline gelince, toplum açısından hak talebi de güvenlik, güvence, huzur, beklentisiyle sınırlanır.^[24]

Cezaî popülizm güvenlik (güvenlikçi) politikanın karakteristik özelliklerinden biridir. Cezaî popülizm bu anlamı itibariyle de siyasi popülizme içkindir. Tüm popülizmlerin ortak özelliğiye kazanılmış haklar bakımından güvence karşıtlığıdır.^[25] Ceza, bir nevi siyasal bir enstrüman olarak, güvenlik talebini karşılamak üzere, sıklıkta ve neredeyse zorunlu olarak kullanılır.

Cezaî popülizm, suçu azaltmak veya adaleti inşa etmeden ziyade oy kazanmak için bir dizi suç siyaseti izlemenin^[26] yanı sıra modern toplumlarda “ceza normunun” biçimlenmesinde ve kanunlaşmasında etki gruplarının gücüne işaret eder.^[27] Bu anlamda, geniş anlamda ceza hukukunun içeriğinin oluşturulmasında özeldeyse suç ihdasında söz konusu

[24] John **PRATT**, Penal Populism, Routledge, Taylor & Francis Group, New York 2007, s. 22.

[25] Luigi **FERRAJOLI**, “Il Populismo Penale nell’Età dei Populismi Politici”, *Questione Giustizia*, Vol. 1, 2019, s. 79.

[26] **PRATT**, s. 3.

[27] **PRATT**, s. 8.

etki grupları belirleyici hâle gelirler.^[28] Sapma veya belirli bir duruma yönelik sosyal alarm ve güvenlik ihtiyacına yönelik kolektif talep karşısında, sürekli olarak ceza siyasetinden çözüm beklenebilir.

Güvensizlik algısı “korku atölyelerinde” üretilir ve toplum bir çeşit ormanda yaşadığına ve dolayısıyla “orman kanunlarının” geçerli olması gerektiğine ikna edilir. Bu zeminde siyasi popülizm, zahmetsiz fikir birliği daha doğrusu rıza üretme kaynağı olarak bu korkuyu ve bunun sonucunda ortaya çıkan ceza talebini bir anlamda besler.^[29]

Modern ceza kanunlarının oluşumunda/ortaya çıkışında, güvenlik kaygısıyla popülizm etkisi seyrek örneklerde somut etkide bulunmuş olsa da günümüzde popülizm, sistematik olarak ceza mevzuatının tüm gelişiminde tayin edici olmaktadır. Ceza hukuku, her geçen gün sadece ‘güvenlik’ amacına yönelmektedir. Bu durum da “*ceza medeniyetinin karanlık zamanlarında olduğu üzere, ceza hukukunu fail tayininde “halkın düşmanları” kategorisine doğru sürüklemektedir.*”^[30]

Cezaî popülizmde, hukuk devletinin ve onun ayrılmaz bir parçası olan ceza yargılamasına ait hak kategorileri bağlamında güvenceler, kamuoyunun ortak kültürünün ve hatta sağduyunun bir parçası değildir. Sanık, şüpheli ve hatta bu sayılanların geniş çevreleri dahi masum değil, suçludurlar. Hâl böyle olunca da ceza yargılamasının temel ilklerinden olan ma-

[28] Magdalena **GRZYB**, “Penal Populism: Negotiating the Feminist Agenda. Evidence from Spain and Poland”, European Journal of Criminology, November 2019, s. 2.

[29] Bkz. FERRAJOLI, s. 79.

[30] Bkz. Enrico **MEZZETTI**, “Gli Eccessi del Legislatore e l’Irrelevanza Autoreferenziale della Dottrina Penalistica”, Archivio Penale, No. 2, 2019, s. 15-16.

sumiyet karinesinden değil, suçlu olmadığını ispat imkânsızlığından söz edilebilir. Cezaî popülizmde usule ait güvenceler lükstür.

Tüm popülizmler kendilerini düşman aracılığıyla, daha doğrusu birden fazla düşman aracılığıyla meşrulaştırırlar. Irkçılık, sokak suçlarından duyulan korku, muhaliflere karşı hoşgörüsüzlük hem siyasi hem de kurumsal çoğulculuktan rahatsızlık, sürekli mağduriyet, düşman mantığının bileşenleridir. Popülizm yurttaşı değil, yalnızca dostları ve düşmanları tanır. Ceza adaleti, kötülüğe karşı savaşın dramatiğe edildiği ve sergilendiği gündelik bir acil durum alanı olarak kabul edilir. Ceza, yargı pratiğinden ziyade, temel bir toplumsal talep, hatta çoğu siyasi soruna yanıt olarak yapılandırılmaktadır.^[31]

Bir yandan toplumun geniş kesimleri bir anlamda inşa edilen aşırı ceza hukuku uygulamalarını desteklerken diğer yandan da esasında parçası olmadığı/olamayacağı piyasacılık ve rekabetçilik gibi değerlerin taşıyıcısı durumuna gelmektedir. Örneğin beyaz yakalı fail, sıradan suçlunun aksine, parçası olduğu hegemonik kültürün ideallerini tam olarak paylaşır. Bu kültürel homojenlik ve hegemonya içerisinde beyaz yaka suçları, kamuoyu ve alt sosyal sınıflar tarafından hoşgörüyü karşılanır. Zira bu kesimler; rekabet, serbest girişim ve maddi refah değerlerini paylaşır hâle gelmişlerdir. Böylece beyaz yakalı suçlu, bir anlamda toplumsal saygınlığını kaybetmeden yasal olmayan ekonomik faydalar elde etmektedir. **Beyaz yakalı suçluya yönelik itibarsızlık atfetmeme ve yaptırım beklentisini büyük oranda azalmış olması bu suçun diğer bir kriminojen doğasını açıklar.**^[32]

[31] Bkz. FERRAJOLI, s. 81.

[32] Ozan Ercan TAŞKIN, “Beyaz Yaka Suçları Bağlamında Ekonomi ve Suç İlişkisi Üzerine Kriminolojik Bir Değerlendirme” Ekonomik Suçlarla Mücadele Sempozyumu (Editör: Veli Özer Özbek) içinde, Ankara 2023, s. 125 vd.

Kanun koyucuların, ceza hukukunu (kanununu), daha ziyade seçmen-den (vatandaştan) seçim/yönetim onayı almak veya toplum nezdinde meşruiyetini korumak ya da bunu elde etmek üzere, güvenlik ve sembolik taleplere göre biçimlendirmeleri, özellikle kadınlara yönelik işlenen suçlarda dikkat çeken bir tercih ve meseleyi güvenlikten ibaret olarak göstermenin kolaycılığıdır. Örneğin 2022 tarihli ve 7406 Sayılı Kanun ile kasten öldürme suçunun kadına karşı işlenmesinin nitelikli hâl olarak kabulü bu kolaycılığa işaret eder. Kadın cinayetinin ceza kanunlarında bağımsız bir suç olarak tanımlanmaması ve salt cezanın artırılmasıyla ceza hukuku, kadınları ezen sosyo/kültürel/yapısal eşitsizlik sorununu, faili ve mağduru belirli bir kişi olan şiddet eyleminden ibaret bir olguya dönüştürmüştür. Kanun koyucu, cinsiyetçi sosyo/kültürel yapıyı değiştirmek üzere etkili adımlar atmak yerine, popülist tarzda bir önlem (yani ceza) kullanmakla yetinmiştir. Halbuki kadına yönelik şiddet meselesini sadece hukuksal metinlerde yapılacak değişiklikler ve hatta ceza miktarı sorunu olarak görmek, mesele-nin esasına ve bütününe yönelik tespitlerin yapılmasını engeller.

VIII. MAĞDUR CEZA HUKUKU

Güvenlik ve korunma merkezli toplumsal talep, mağdura ve hatta potansiyel mağdurlara bakılması zorunluluğu ortaya çıkarır ve böylece ceza hukukunun ağırlık merkezi, failden mağdura doğru taşınır. Bu taşınma, mağduru geleneksel ceza hukukunda hak veya menfaatin sahibi olmakla sınırlandıran veya klasik kriminolojide (viktimolojide) suçun faille birlikte ortak nedeni olarak gören anlayışlardan farklıdır.

Mağdurun ceza hukukunun merkezine taşınmasının olumlu sonuçları olmakla birlikte, mağdur merkezli olduğu iddia edilen bazı yaklaşımlarda pasif süjenin güven içinde yaşamaya yönelik ortaya çıkan haklı beklentisi, kanun koyucu tarafından sadece suçun cezasının ağırlaştırılması yoluyla

giderilmeye çalışılabilir.^[33] Ceza hukuku bu durumda toplumdan ve medyadan, meşrebine göre sivil toplum örgütlerinden gelen intikamcı talepleri karşılama tekniğine indirgenebilir.

Örneğin kasten öldürmenin kadına karşı işlenmesinde, kamuoyunun ağır ceza beklentisi karşılanmak yoluyla, aslı sorunu çözmeyen ve hatta çözümünü öteleyen sembolik ve popülist tercihler söz konusu olabilir. Ceza Hukukunun araç olma işlevi arka plana alınır ve ceza hukuku giderek (daha) sembolik görev yerine getirmeye başlar. Böylece suç(ceza), ceza siyasetinin sınırı değil, temeli (özü) durumuna gelir.^[34]

IX. CEZASIZLIK

İşlenen bir suçta karşı sistematik/kurumsal kayıtsız kalma tercihi olarak tanımlanabilecek cezasızlık hâli, kadına yönelik şiddet söz konusu olduğunda ayrıca ele alınmalıdır. Özellikle kadın cinayeti veya kırım kavramının Latin Amerika ülkelerinde ortaya çıkış nedenlerinden olan, sistematik/kurumsal kayıtsızlık tercihinin yönelik eleştiriler/itirazlar, olgunun suç olarak kabulüne yönelik taleplerin ortaya çıkmasının da bir parçası olmuştur.^[35]

[33] Marco **PELISSERO**, *Pericolosità Sociale e Doppio Binario, Vecchi e Nuovi Modelli di Incapacitazione*, Giappichelli Editore, Torino 2008, s. 16.

[34] Farid Samir Benavides **VANEGAS**, “*Femicide and Criminal Law*”, *Criterio Jurídico Garantista*, 2015, V.8, N. 13, s. 82.

[35] Kadına yönelik suçlarda cezasızlığa tepkinin kağıt üzerinde cezanın artırılması sonucunu doğurması, meselenin özünün unutturulması anlamına geleceği tespiti hakkında bkz. Eylem Ümit **ATILGAN**, “*Cezasızlık, Erkeklik İndirimi ve Kadın Cinayetleri*”, *Kadına Yönelik Erk’ek Şiddeti ile Mücadele Sorunlar ve Çareler* içinde, (Yayına Hazırlayanlar: Buket **SOYGÜT**/Aras **TÜRAY**), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Türk Ceza Hukuku Derneği, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, s. 109.

Çerçeve bir kavram olarak cezasızlık^[36] belirli bir fiile, mevzuatta hiç yer verilmemesinin sonucu olarak ortaya çıkabilmekle birlikte, daha ziyade yürürlükte bulunan mevzuatın uygulanmaması veya eşit uygulanmamasından kaynaklanır.^[37] **Bir suçun cezasının ağır olması, o suç bakımından cezasızlık hâlinin olmadığı anlamına gelmez.**^[38]

Cezasızlık hâliyle mücadele, salt sosyolojik/politik veya kriminolojik bir mesele olmaktan çıkmış, günümüzde insan hakları ve eşitlik gibi ceza hukukunun temel ilkeleri başlığında ele alınır bir konu olmuştur. **Suç işleyen kişinin ceza hukuku anlamında hesap verebilirliğini savunmak insan haklarını da savunmak anlamına gelir.**^[39] **İnsan hakları, esasen ceza**

[36] Öznur **SEVDİREN**, Türkiye'nin Cezasızlık Mevzuatı, Hafıza Merkezi, Sena Ofset, İstanbul (tarihsiz), s. 19.

[37] Kadınların mağdur oldukları suçlara yönelik adli makamlara bildirimde bulunmamalarının nedenleri arasında yaşadıkları travmalar, suçun ispatına yönelik süreçte yaşayacakları sorunlar gösterilebilir. Bkz. Meryem **ERDAL**, “Kadınlara Yönelik Devlet Kaynaklı Cinsel Şiddet”, 2006 Ankara Barosu Hukuk Kurultayı C. 3 içinde, Ustaoglu Basım Yayın, Ankara 2006, s. 206 vd.

[38] *Cesare Beccaria* “cezasızlık” kavramını kullanmadan, 250 yıldan fazla bir zaman öncesinden soruna işaret eder: “Suçları önleyen en önemli frenlerden biri, cezaların ağırlığı değil, cezaların kaçınılmaz olmalarıdır... Kaçınılmaz ceza insanın ruhunu her zaman ürpertir.” Cesare **BECCARIA**, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çeviren: Sami **SELÇUK**), İmge Kitabevi, Ankara 2004, s. 129.

[39] Tolga **ŞİRİN**, “Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş **TEZCAN**’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 1578. “Kavramın tarifi nispeten kolay, kapsamının belirlenmesi o derece kolay değildir.” Bkz. Kerem **ALTIPARMAK** (Hazırlayan), Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, İnsan Hakları Ortak Platformu, İHOP, Ankara (tarihsiz), s. 5.

hukuku araçlarının etkin, hukuka uygun ve herkese eşit bir şekilde uygulanması durumunda, salt retorik olmaktan çıkar.

Dolayısıyla bazen kadınları, bazen çalışan sınıfları ötekileştiren ve hatta kurumsal uygulamaların/kabullerin varlığı söz konusu olduğunda, bu kesimlerle ilgili kanunlar ya hiç uygulanmaz ya da gereği gibi uygulanmaz ve hatta bazı durumlarda bizzat mağdurun kendisi kanunun sağladığı imkânlardan yararlan(a)maz. Bir anlamda mağdur kendi eliyle cezasızlık hâline yol açabilir. *“Cezaî müdahale, topyekûn sorunu içselleştirme ve sorunla mücadele azmi değil, mevcudu korumak üzere, bir taktik araç hâline gelmiş olabilir. Bazı hak savunucuları hukuk alanında yapılacak reformların, çok sınırlı düzeyde olumlu etki yapacağını, hukuki tedbirlerin çoğunun hayal kırıklığı yarattığı görüşündedirler ve hukuk reformlarını ‘zaman kaybı’ olarak değerlendirirler.”* **Sonuç olarak cezasızlık hâlinde anlaşılmaması gereken, kurumsal eylemsizlik, tepkisizlik ve hoşgörüdür; mağdurların adalete erişim hakkının engellenmesidir.**^[40]

SONUÇ

1) Son çare veyahut ceza hukukunun ikincilliği bir ezber doğru olmaktan çıkarılmalıdır. Ceza hukukunun minimize edilmesi, kullananın amacına bağlı olarak değiştirici/dönüştürücü/ilerletici özgürlük sahasını genişletici, bir işlev yerine getirebileceği gibi; bazı olasılıklarda da mevcut verili durumun/kabullerin devamının sağlanmasına yönelik araç işlevi görebilir. O halde, **ceza hukukunun son çare olması, özgürlükçü ceza hukuku perspektifinden hareketle kolektifin çıkarları doğrultusunda mevcut olgunun/filin ağırlığına göre ele alınması gereken bir konu-**

[40] Bkz. Ozan Ercan TAŞKIN, Kadın Cinayeti Suçu, (Kriminoloji ve Ceza Hukuku Boyutuyla), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s.

dur.

2) Ceza hukukundan karanlık saha tartışmaları, hangi fiillerin suç olarak kabul edildiğine yönelik penalizasyon tercihlerinden itibaren başlatılmalıdır. **Suç olarak kabul edilme ölçütleri arasına maddi eşitlik ve yapısal ayrımcılık bağlamında korunan hukuksal değerler eklenmelidir.** Ayrımcılığa uğrayanlar bakımından mevcut zemini muhafaza edilmemeli; ceza hukuku biçimsel tarafsızlık iddiasını terk etmelidir. *“Ceza hukuku ‘güçlü’ süjeden gelecek her türlü haksızlığa karşı ‘zayıf’ süjenin koruyucusu olmalıdır.* İşyeri kazalarından, kadın cinayetlerine kadar temel hareket noktası bu olmalıdır.

3) Genel olarak hukuk, özeldeyse ceza hukuku siyasetine yön verenler, kamu güvenliğiyle ilgili sorunlara çözüm üretmek yerine, bu sorunları ötelemek veya görünürlüğünü azaltmak ve mücadele ediyormuş izlenimi oluşturmak amacıyla, bir davranışı suç hâline getirme, mevcut suçların cezalarını artırma veya bunları yapabileceği tehdidine başvurabilir. Devletin cezalandırıcı popülizminin yanına, sivil toplum örgütlerinin ve hatta ceza hukukçularının benzer bir cezalandırıcı bir popülizmle hareket etmeleri de eklenmiş, **ceza kanunları siyasal düzenlerin temel yönetim aracı haline gelmişlerdir.** Böyle olunca sorunların çözümü, yanlış olarak daha fazla yeni suç tipinde/hapis cezasında aranır olmuştur. **Cezaî müdahale, (sanki her derde deva sihirli bir formülasyon gibi) ağır toplumsal sorunlarda bireylerin tepkisini bastırarak ve siyasal sistemin kendisini meşrulaştırma/temize çekme vasıtası hâline gelmektedir.**

4) Kanun koyucuların, ceza hukukunu (kanununu), daha ziyade seçmenden seçim/yönetim onayı almak üzere güvenlik ve sembolik taleplere göre biçimlendirmeleri, özellikle kadınlara karşı işlenen suçlarda dikkat çeken bir tercih ve meseleyi güvenlikten ibaret olarak göstermenin kolaycılığıdır. Nitekim kadına yönelik şiddet sorununda

daimi surette rol oynayan sosyo/kültürel boyutun ötesinde, ceza hukukunun sembolik kullanımı, “soruna” dikkat çekmekten ibarettir.

5) **2005 tarihli TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, düzenleniş biçimiyle -kural olarak- gerek ceza siyasetinin dönüştürücü gücü bakımından, gerekse müspet anlamda sembolik ceza hukukunun olumlu örneğidir.** Buna karşın 2022 tarihli ve 7406 Sayılı Kanun ile kasten öldürme suçunun kadına karşı işlenmesinin nitelikli hâl olarak kabulünün, başka bir ifadeyle salt cezanın artırılmasından ibaret düzenlemenin, önleme amacı bakımından dahi beklenen neticeyi doğurması güçtür. Söz konusu düzenleme, suç siyaseti uygulaması bakımından cezaî popülizme örnektir.

6) **Cezaî popülizm ve sembolik ceza hukuku uygulamalarında ilki olumsuz, ikincisi olumlu iki örnek verilebilir:** Kasten öldürme suçunun kadına karşı işlenmesinin, kasten öldürme suçunun nitelikli hâli olarak kabul edilmesi (TCK m. 82/1-f) olumsuz örnekken; cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar (TCK m. 102 vd.) olumlu örnek olarak dikkat çeker. 2005 tarihli TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, düzenleniş biçimiyle -kural olarak- gerek ceza siyasetinin dönüştürücü gücü bakımından, gerekse müspet anlamda sembolik ceza hukukunun olumlu örneğidir. Buna karşın 2022 tarihli ve 7406 Sayılı Kanun ile kasten öldürme suçunun kadına karşı işlenmesinin nitelikli hâl olarak kabulünün, başka bir ifadeyle salt cezanın artırılmasından ibaret düzenlemenin, önleme amacı bakımından dahi beklenen neticeyi doğurması güçtür. Söz konusu düzenleme, suç siyaseti uygulaması bakımından cezaî popülizme örnektir.

7) Meseleyi suça uygulanacak cezanın azlığına ve dolayısıyla cezaların artırılmasına indirmek; arkasındaki yapısal nedenlerin üzerine ceza hukuku perdesi çekmek anlamına gelir. **Meselenin salt ceza miktarı azlığı/ yetersizliği sorunundan ibaret görülmesi ve çözüm olarak kadın öldür-**

melerinde cezanın artırılmasından ibaret yasama müdahalesinin, tipik cezaî popülizm uygulama örneği olarak, önleme amacına dahi hizmet etmesi ancak çok sınırlı düzeyde olabilir. Kural olarak suç, salt cezası artırılıyor diye daha az işlenmez. Diğer taraftan kişiyi suçtan caydıran husus, ceza miktarının ağırlığından ziyade cezanın etkili bir şekilde uygulanıyor olmasıdır.

8) Bir suçun cezasının ağır olması, o suç bakımından cezasızlık hâlinin olmadığı anlamına gelmez.

KAYNAKÇA

ALTIPARMAK Kerem: (Hazırlayan), Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, İnsan Hakları Ortak Platformu, İHOP, Ankara (tarihsiz).

ANTOLISEI Francesco: Manuale di Diritto Penale Parte Generale, Edizione 14, Giuffrè, Milano 1997.

ARTUK M. Emin/ALŞAHİN M. Emin: Kriminoloji, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

ATILGAN Eylem Ümit : “*Cezasızlık, Erkeklik İndirimi ve Kadın Cınayimleri*”, Kadına Yönelik Erkek Şiddeti ile Mücadele Sorunlar ve Çareler içinde, (Yayına Hazırlayanlar: Buket **SOYGÜT**/Aras **TÜRAY**), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Türk Ceza Hukuku Derneği, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.

BECCARIA Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çeviren: Sami **SELÇUK**), İmge Kitabevi, Ankara 2004.

CAGLI Silvia: “*Condotta della Vittima ed Analisi del Reato*”, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Vol. 3, 2000.

DEMİRBAŞ Timur: Kriminoloji, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

ERDAL Meryem: “*Kadınlara Yönelik Devlet Kaynaklı Cinsel Şiddet*”, 2006 Ankara Barosu Hukuk Kurultayı C. 3 içinde, Ustaoglu Basım Yayın, Ankara 2006.

FATTAH Ezzat A.: “*Victimology: Past, Present and Future*”, Criminologie, Vol. 33, No. 1, 2000.

FERRAJOLI Luigi: “*Il Populismo Penale nell’Età dei Populismi Politici*”, Questione Giustizia, Vol. 1, 2019.

FINKELSON Laura/OSWALT Robert: “*Collage Date Rape: Incidence and Reporting*”. *Psychological Reports*, 1995.

GRZYB Magdalena: “*Penal Populism: Negotiating the Feminist Agenda. Evidence from Spain and Poland*”, *European Journal of Criminology*, November 2019, s. 1-19.

KATOĞLU Tuğrul: “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, *AÜHFD*, 61/2, 2012.

MANTOVANI Ferrando: “*Principi Fondamentali del Diritto Penale Della Liberta*”, *Derecho Penal y Criminologia*, vol. 14, no. 47-48, 1992.

MANTOVANI Ferrando: *Diritto Penale Parte Generale*, CEDAM, Seconda Edizione, Padova 1988.

MARTUCCI Pierpaolo: *La Criminalità Economica Una guida per Capire*, Editori Laterza, Roma-Bari 2006.

MEZZETTI Enrico: “*Gli Eccessi del Legislatore e l'Irrelevanza Autoreferenziale della Dottrina Penalistica*”, *Archivio Penale*, N. 2, 2019.

OUWERKERK Jannemieke W.: “*Criminalisation as a Last Resort: A National Principle Under the Pressure of Europeanisation?*”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3. No. 3-4, 2012.

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 21. Baskı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

PELISSERO, Marco: *Pericolosità Sociale e Doppio Binario, Vecchi e Nuovi Modelli di Incapacitazione*, Giappichelli Editore, Torino 2008.

PRATT John: *Penal Populism*, Routledge, Taylor & Francis Group, New York 2007.

SCULLY Diana: *Cinsel Şiddeti Anlamak*, 3. Baskı, Metis, 2018.

SEVDİREN Öznur: Türkiye'nin Cezasızlık Mevzuatı, Hafıza Merkezi, Sena Ofset, İstanbul (tarihsiz).

SUTHERLAND Edwin H.: “*Beyaz Yaka Suçluluğu*”, (Çeviren: Selman DURSUN) Suç Politikası içinde, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

ŞİRİN Tolga: “*Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019.

TAŞKIN Ozan Ercan: “*Beyaz Yaka Suçları Bağlamında Ekonomi ve Suç İlişkisi Üzerine Kriminolojik Bir Değerlendirme*” Ekonomik Suçlarla Mücadele Sempozyumu (Editör: Veli Özer Özbek) içinde, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

TAŞKIN Ozan Ercan: “*Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, 2016.

TAŞKIN Ozan Ercan: Kadın Cinayeti Suçu, (Kriminoloji ve Ceza Hukuku Boyutuyla), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022.

TOROSLU Nevzat: Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Ankara 1987.

TRIPODI Andrea Francesco: “*Dal Diritto Penale della Paura alla Paura del Diritto Penale Spunti per una Riflessione*”, Quaderno di Storia del Penale e della Giustizia, n. 1, 2019.

VANEGAS Farid Samir Benavides: “*Femicide and Criminal Law*”, Criterio Jurídico Garantista, V.8, N. 13, 2015.

YALÇIN SANCAR Türkân: “Türklüğü, Cumhuriyeti , Meclisi, Hükümeti, Adliyyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini” Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

**3. GÜN
13 OCAK 2024**



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Birinci Oturum

**ALTERNATİF ÇÖZÜM
YOLLARINDA ARABULUCULUK**

Türk Hukuku Açısından Arabuluculuk Özel Oturumlarında Gizlilik

Özlem BORA^[1]

ÖZ

7 Haziran 2012 tarihinde kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) uyuşmazlıkların çözümü noktasında devlet yargısı ve tahkimin yanında bir alternatif uyuşmazlık yöntemi olarak arabuluculuğu getiren ilk kapsamlı düzenlemedir. HUAK m. 2/ (b)'de arabuluculuk tanımı yapılmış olup, sistematik teknikler kullanılması suretiyle uyuşmazlık tarafları arasında görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen ihtiyari uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder. Bu tanımda da görüldüğü üzere arabuluculuk taraflar arasındaki iletişim ve müzakere sürecine dayanan dostane ve özgün bir çözüm yoludur.

Arabulucu alet çantasında yer alan sistematik teknikleri taraflarla yapacağı ortak ve özel oturumlarda kullanacaktır. Tarafların uyuşmazlık konusunda kendilerini rahat hissetmeleri ile menfaatlerini, zayıf ve güçlü yanlarını rahatlıkla ifade edebilmeleri için arabuluculuk ortamına ve sürecine güven duymaları gerekir. Arabulucunun mesleki yeterliliği, süreci yönetim şekli gibi faktörlerin yanı sıra sürecin gizli olması da güveni tesis etmeye hizmet eder. Gizlilik sayesinde taraflar kaygı ve endişeden uzak bir şekilde

[1] Arabulucu, Doktora Adayı. Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Ana Bilim Dalı. bora.ozlem@student.atilim.edu.tr

kendilerini, karşı tarafı ve uyuşmazlığı ifade edebilir. Gizlilik (*confidentiality, privilege*) tarafların uyuşmazlığı her yönüyle değerlendirebilmeleri ve kendi handikaplarının farkında olmalarını da sağlayan önemli bir ilkedir.

Gizlilik HUAK 4. maddesinde bir temel ilke olarak yer almış ve HUAK'ta ceza hükmü içeren tek madde olan 33. maddesi ile soruşturması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan bir zarar suçu olarak kurgulanmıştır. Hem bir temel ilke olması hem de ceza hükmü içeren tek ilke olması yönünden Türk kanun koyucunun arabuluculuk sürecinde gizliliğe çok önem verdiğinin tespitini yapmamız mümkündür. Türk arabuluculuk mevzuatına göre gizlilik mutlak bir ilke değildir. Arabuluculukta genel kural sürecin aleni olmamasıdır ancak taraflar dilerlerse aksini kararlaştırabileceklerdir. Taraflar sözleşme serbestisi sınırları içinde gizliliği kısmen ya da tamamen kaldırma özgürlüğüne sahiptirler.

Her ne kadar HUAK'da gizliliğin kaldırılması konusunda herhangi bir şekil ya da yöntem önerilmemiş ise de tarafların gizliliği şifai kaldırması uygulamada son derece büyük problemlerin oluşmasına yol açacaktır. Bu bağlamda gizliliğin kaldırılmasının yazılı olarak yapılması ve gizliliğin kaldırıldığı sınırların açıkça belirtilmesi ispat açısından yerinde olacaktır. Taraflar sadece ortak oturumda paylaşılan bilgi ve belgeler konusunda gizliliği kaldırdıklarını kararlaştırabilirler. Gizliliği kaldırmak konusunu bir zaman aralığına bağlayabilirler. Taraflar hem özel oturumlarda hem de ortak oturumlarda paylaşılan konularda gizliliğin kaldırıldığına dair sözleşme yapabilirler. Taraflar gizliliği kaldırmış olsalar dahi açıkça kararlaştırmamışlarsa özel oturumlar kural olarak gizlidir. Tarafların aralarında anlaşarak süreçteki gizliliği kaldırmaları halinde eğer özel oturumlarla ilgili açık bir düzenleme yapılmamışsa özel oturumlardaki gizliliği devam edeceği şeklindeki yorumun kanunun ruhuna ve kanun koyucunun amacına daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz. Kazuistik bir yaklaşımla her

detayın kanunla düzenlenmesi gerektiği şeklinde bir iddiamız olmamakla beraber gizlilik konusu uygulamada potansiyel sıkıntıları barındırabilecek bir temel ilke olduğundan başta gizliliğin kaldırılması şekli ve usulü ile özel oturumlarda gizlilik konusunun yasal olarak açıklığa kavuşturulmasında fayda bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

arabuluculuk

HUAK

gizlilik

ortak oturum

özel oturum

ABSTRACT

Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes (HUAK), adopted on 7 June 2012, is the first comprehensive regulation introducing mediation as an alternative dispute resolution method in addition to the state judiciary and arbitration. Mediation, as defined in Article 2/(b) of the HUAK, refers to the voluntary dispute resolution method carried out with the participation of a neutral and independent third party who has received specialized training, who realizes the establishment of a communication process between the parties to the dispute in order to negotiate and negotiate by using systematic techniques, and who can also propose a solution in case the parties cannot reach to a solution. As seen in this definition, mediation is an amicable and inventive solution based on the communication and negotiation process between the parties.

The mediator will use the systematic techniques in his/her toolkit in joint and caucus sessions with the parties. In order for the parties to feel comfortable with the dispute and to express their interests, weaknesses and strengths, they need to have confidence in the mediation environment and process. In addition to factors such as the mediator's professional competence and process management style, the confidentiality of the process also serves to establish trust. Confidentiality allows the parties to express themselves, the other party and the dispute without worry and anxiety. Confidentiality, privilege is an important principle that enables the parties to evaluate the dispute from all aspects and to be aware of their own handicaps.

Confidentiality is included as a fundamental principle in the 4th article of the HUAK. In the 33rd article of the HUAK, it is regulated as the crime of causing harm, the investigation and prosecution of which depends on the complaint. This is the only article in HUAK that contains a criminal provision. It is possible to conclude that the Turkish legislator attaches great importance to confidentiality in the mediation process, both as a

fundamental principle and as the only principle that includes a criminal provision. According to the Turkish mediation legislation, confidentiality is not an absolute principle. The general rule in mediation is that the process is not public, but the parties may decide otherwise if they wish. The parties have the freedom to partially or completely remove confidentiality within the limits of freedom of contract.

Although no form or method has been suggested in HUAK for the removal of confidentiality, the parties' lifting the confidentiality verbally will lead to major problems in practice. In this context, it would be appropriate in terms of proof to make the lifting of confidentiality in writing and to clearly state the limits within which confidentiality is lifted. The parties may agree to lift the confidentiality only with respect to the information and documents shared in a joint session. They may tie the issue of lifting the confidentiality to a time period. They may agree to declassify information and documents shared both in joint and caucus sessions. Even if the parties have lifted confidentiality, caucuses are, as a rule, confidential unless the parties have explicitly agreed otherwise. In the event that the parties agree to lift the confidentiality in the process, we consider that the interpretation that the confidentiality in the caucuses will continue if there is no explicit arrangement regarding caucuses will be more in line with the spirit of the law and the purpose of the legislator. Although we do not claim that every detail should be regulated by law with a casuistic approach, since the issue of confidentiality is a basic principle that may have potential problems in practice, it would be beneficial to clarify legally the manner and procedure of lifting confidentiality and the issue of confidentiality in the caucuses.

Keywords:

mediation

HUAK

caucus

joint session

confidentiality

GİRİŞ

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK), taraflar arasındaki uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözüm yolu olarak Türk hukukuna dostane çözüm yolu olan arabuluculuğu kazandıran ilk kapsamlı yasadır. Genel olarak arabuluculuk üzerinde tasarruf edilebilen özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla bağlayıcı karar verme yetkisi bulunmayan tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin katılımı ile gerçekleşen dostane bir uyuşmazlık çözüm yoludur.^[2] HUAK'a göre tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi konumundaki arabulucu bir takım sistematik teknikler uygulayarak tarafların müzakere ortamında çözüm üretmesini sağlayacaktır.

Arabuluculuk basit bir prosedür olmayıp, aksine tarafların düşüncelerinin yanı sıra duygularının da ifade edildiği karmaşık ve öngörülemeyen bir süreçtir. Sadece taraflarla arabulucu arasında değil, tarafların kendi aralarında da sağlıklı ve dengeli bir iletişim sürecinin kurulması için güven unsurunun tesisi gerekir. Zira alternatif uyuşmazlık çözümü birbirlerine karşı güvensizliği yenen tarafların verimli bir sonuca ulaşacakları varsayımına dayanan bir süreç olup, kısaca bir güven tasarımı olduğu belirtilebilir.^[3] Arabulucunun tarafsız ve bağımsızlığı, arabulucunun süreci yönetirken tutumu ve deneyimi gibi etkenler güven duygusunun oluşuma hizmet ettiği

[2] Ahmet M. Kılıçoğlu, *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, 3. baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 13 vd.; Andrew Goodman, *Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği - Uygulayıcı Rehberi*, ed. Aşıyan Süleymanoğlu, çev. Adnan Bıçaksız ve Zeynep Alkın, 3. Baskı (Ankara: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Temmuz 2017), 8 vd.; Betül Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 26 vd.; Doğa Elçin, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Sulh* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 14 vd.; Güven Yazar, *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk*, (İstanbul: Onikilevha, Ekim 2019), 7; Yasemin Durak, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi olan Arabuluculuk ve Medeni Hukuktaki Görünümü," *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2013): 58.

[3] Şule Şahin Ceylan, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (İstanbul: Onikilevha, Ağustos 2009), 333.

gibi, gizlilik de doğrudan güven duygusuna hizmet eden bir ilkedir. Gizlilik, uyuşmazlık taraflarının arabuluculuk sürecine olan güveni sağlamak için olmazsa olmaz bir ilkedir.^[4] Gizlilik HUAKE 4. maddesinde bir temel ilke olarak yer almış ve HUAKE'ta ceza hükmü içeren tek madde olan 33. maddesi ile soruşturması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan bir zarar suçu olarak düzenlenmiştir.

Uyuşmazlık tarafları kişisel, ticari ve teknolojik sırlarının paylaşılmasını istemezler. Gizlilik ilkesi tarafların bu isteğine hizmet eder. Gizlilik, uyuşmazlık taraflarının gerçek ihtiyaç ve menfaatlerini ortaya koymalarını kolaylaştırdığından arabuluculuk sürecini daha etkili kılmaktadır.^[5] Arabulucuların arabuluculuk ile ilgili açıklama yapmaları konusunda üzerlerindeki baskıyı kaldırdığından, tarafsızlıklarını güçlendirmekte ve itibarlarını korumaktadır.^[6]

Arabuluculuk sürecindeki gizliliği, iç ilişkide gizlilik ve dış ilişkide gizlilik olarak ikili bir ayrıma tabi tutmak mümkündür. Dış ilişkide gizlilik, bilgi ve belgelerin üçüncü kişilere ifşasının yasak olmasıdır.^[7] İç ilişkide gizlilik, arabuluculuk sürecine katılan arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları

[4] Şamil Demir, *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, 2. baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 18.

[5] Ronán Feehily, "Confidentiality in Commercial Mediation: A Fine Balance (Part 1)," *Journal of South African Law*, no. 3 (2015): 517.

[6] Feehily, "Confidentiality in Commercial Mediation, A Fine Balance (Part 1)," 517.

[7] Çiğdem Yazıcı Tıktık, "Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri," içinde *Temel Arabuluculuk Eğitimi: Katılımcı Kitabı*, ed. Ali Yeşilırmak, Elif Kısmet Kekeç ve Alper Bulur, 3. baskı, (Ankara: Arcs Matbaacılık, Aralık 2021) 51; Yasemin Işıktaç, "Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İlkeler," içinde *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, yayına hazırlayan: Yasemin Işıktaç, ed. İrem Burcu Özkan ve Osman Vahdet İşsevenler (İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014), 66.

bakımından gizliliği kapsar.^[8] **Özel oturumlarda** gizlilik doğrultusunda paylaşılan bilgiler genel olarak iç gizlilik olarak değerlendirilmektedir.^[9] Taraflarca aksi yönde bir düzenleme yapılmamışsa gizliliğin kapsamına daha önce aleniyet kazanmamış ve taraflarca ortak ya da özel oturumlarda paylaşılan tüm bilgi ve belgeler girmektedir.

I. ORTAK OTURUM VE ÖZEL OTURUM İLE GİZLİLİK

Arabulucu, alet çantasında yer alan sistematik teknikleri taraflarla yapacağı ortak ve özel oturumlar kanalıyla kullanacaktır. Başlıca sistematik teknikler olarak müzakere teknikleri, menfaat araştırması ve ihtiyaçların keşfedilmesi, sessizliğin gücü, beyin fırtınası (*brainstorming*), zihin haritası (*mind mapping*) ve yansıtma ile aktif dinleme gibi iletişim teknikleri sayılabilir.

Arabuluculuk menfaat temelli bir süreç olup, tarafların menfaatlerinin ortaya konması herkesçe bilinmeyen bir takım olguların, bazen ortak oturumlarda bazen de arabulucunun tarafların her biri ile ayrı yaptığı özel oturumlarda (*caucus-private meeting*) ortaya konmasını gerekli kılabilir.^[10] Ortak oturum, hem arabulucunun tarafların beden dilini analiz etmesi hem de tarafların hem sözlü iletişim hem de sessiz iletişim yoluyla birbirini anlaması konusunda faydalı bir oturumdur. Hızlı aksiyon alabilme ve beyin fırtınası gibi sistematik tekniklerin uygulanması için de son derece verimlidir.

Tarafların kendilerini rahat hissetmedikleri ya da paylaşmaktan çekindikleri konuları paylaşmalarına fırsat verdiği için özel oturumun sayısız

[8] Tıktık, “Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri,” 51; Işıқтаç, “Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkilemler,” 66.

[9] Tıktık, “Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri,” 51; Işıқтаç, “Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkilemler,” 66.

[10] Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (İstanbul: Onikilevha, Haziran 2013), 55-56.

faidesi bulunmaktadır. Arabulucunun taraflar ile bire bir (yüz yüze–mekik arabuluculuğu) yaptığı görüşmeler tarafların duygularını serbest bırakmasını ve karşı tarafı anlamasını sağlaması açısından arabulucu ile taraflar arasında bir ilişkinin kurulmasına olanak verir.^[11] Arabulucu, her bir tarafla baş başa yaptığı görüşmelerde uyuşmazlığı ve uyuşmazlığın temellerini anlar ve taraflar arasında anlaşma aralığının olup olmadığını tespit eder.^[12] Özellikle özel oturum gizlilik ve iletişim engellerinin kaldırılması açısından tarafları rahatlatıcıdır.

Özel toplantılarda arabulucunun edindiği bilgileri diğer tarafa iletme yükümlülüğü bulunmamaktadır.^[13] Arabuluculuk sırasında herhangi bir kişiyle özel oturumda görüşen arabulucu, elde ettiği hiçbir bilgiyi kişinin rızası olmaksızın başka bir kişiye doğrudan veya dolaylı olarak aktarmayacaktır.^[14]

Bir başka önemli konu da arabulucunun özel oturum yapıp yapmayacağı ve eğer yapacaksa hangi aşamada yapacağı veya görüşmelerin tamamını özel oturumlar şeklinde mi planlayacağı konusudur. Arabulucunun taraflar ile hangi aşamada özel oturumlar yapacağı konusunda stratejik bir karar vermesi yerinde olacaktır.^[15] Hiç kuşkusuz bu kararda uyuşmazlığın niteliği, tarafların yapısı, tarafların istekleri, arabulucunun deneyimi ile yetenekleri ve uygulanan arabuluculuğun türü de etkili bir rol oynayacaktır.

[11] Ali Yeşilırmak, “Arabulucu Kimdir?,” içinde *Temel Arabuluculuk Eğitimi: Katılımcı Kitabı*, ed. Ali Yeşilırmak, Elif Kısmet Kekeç ve Alper Bulur, 3. Baskı (Ankara: Arcs Matbaacılık, Aralık 2021), 74.

[12] Yeşilırmak, “Arabulucu Kimdir?,” 30.

[13] Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, 119.

[14] Christopher W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 4th ed. (San Francisco: Jossey-Bass, 2014) 420; Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, 119; Özlem Bora, *Arabuluculuk Sözleşmesi* (Ankara: Türhan Kitabevi, 2020) 105-106.

[15] Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, 116.

Örneğin, taraflar arasında med-arb (*mediation-arbitration*, arabuluculuk-tahkim) gibi hibrit yöntemler tercih edilmişse ve özellikle arabulucu sonraki süreçte hakem olarak görev alacaksa^[16] taraflar kendi aleyhlerine olan konuları gerek ortak oturum gerekse özel oturumda paylaşmak istemeyeceklerdir. Ayrıca *med-arb same* usulü tercih edilmişse arabulucunun özel oturumlarda eşitliği gözeterek süreci yönetmesi ve tarafsızlığını koruması ayrı bir özeni gerektirebilir.

Arabuluculuk sürecinde ortak oturumların yanında özel oturum yapılmasının ana nedenleri bir taraftan tarafların menfaat ve ihtiyaçlarını daha kolay gün yüzüne çıkarabilme diğer taraftan da gizliliğin tesisidir. Literatürde arabuluculukta gizliliğin içinde barındırdığı potansiyel sıkıntılardan dolayı “iki ucu keskin kılıç - *double edged sword*” şeklinde bir metafor kullanılmıştır.^[17] Bir başka yazar da gizliliğin arabuluculuğun “temel taşı - *cornerstone*” olduğunu savunmuştur.^[18] Yanılma, aldatma ve korkutma gibi irade bozuklukları durumları ile ehliyet eksikliği gibi sözleşme hukuku savunmalarının çoğu büyük ölçüde arabuluculukta ne olduğuna göre belirlenmektedir.^[19] Hem mahkemelerin hem de politika yapımcıların, taraf-

[16] med-arb same; med: mediation (arabuluculuk), arb: arbitration (tahkim) usullerinin uygulandığı hibrit model. Arabulucunun daha sonra tarafların yazılı ve açık onayı ile “hakem” olarak görev alması şeklindeki model ise “med-arb same” olarak adlandırılır. Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları 4/(6) maddesinde düzenlenmiştir: “*arabulucu, taraflar açık ve yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakemlik yapabilir.*”; Arabuluculuk-Tahkim yöntemi konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Gülgin Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü: Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003) 100 vd.

[17] Dorcas Quek Anderson, “Piercing the veil of confidentiality in mediation to ensure good faith participation: an untenable position?,” *Singapore Academy of Law Journal* 31, no. Special Issue (2019), 715.

[18] Rainer Kulms, “Privatising Civil Justice and the Day in Court,” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, eds. Klaus J. Hopt and Felix Steffek (Oxford United Kingdom: Oxford University Press, 2013), 228.

[19] Ronán Feehily, *International Commercial Mediation: Law and Regulation in Comparative Context* (Cambridge United Kingdom: Cambridge University Press, 2022): 248.

ların iddialarını anlamak için arabuluculuk sırasında neler yaşandığını değerlendirmek ile arabuluculuğun gizliliğini korumak arasında denge kurmakta zorlandıkları bir gerçektir.^[20] Sonuç olarak arabuluculukta gizlilik konusunda arabuluculuğu desteklemek ile hukuka aykırılığı onaylamamak arasında bir ince bir denge (*fine balance*) kurulması yerinde olacaktır.^[21]

II. TÜRK HUKUKUNDA ARABULUCULUK SÜRECİNDE GİZLİLİK VE ÖZEL OTURUM

A) 6325 SAYILI HUAK VE HUAK YÖNETMELİĞİ YÖNÜNDEN GİZLİLİK VE ÖZEL OTURUM

1- 6325 Sayılı HUAK Yönünden Değerlendirme

HUAK 4.maddesi uyarınca “Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.” Görüldüğü üzere HUAK’ta genel kural gizlilik olup, gizlilik sadece taraflar ve arabulucu için değil, taraf vekilleri, kanuni temsilciler, uzmanlar ve arabulucu asistanları dahil görüşmelerde hazır bulunan tüm kişiler için uyulması gereken emredici nitelikte bir hükümdür.

HUAK’ın genel gerekçesinde arabuluculuk faaliyeti sırasında tarafların ve arabulucunun edindiği bilgilerin gizli tutulması gerektiği vurgulanmıştır. HUAK 4. maddesinin gerekçesinde gizliliğin aksini kararlaştırmanın açık şekilde olması gerektiği, eğer açık bir irade yoksa, yorumla bu sonuca varılamayacağı bildirilmiştir. Gerekçede, arabulucunun, tarafların sırdaşı olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca, bu yükümlülüğe uyulmaması durumunda, arabulucunun sicilden silinme dışında hukukî ve cezai sorumluluğunun da

[20] Feehily, *International Commercial Mediation*, 248.

[21] Ronán Feehily, “Confidentiality in Commercial Mediation: A Fine Balance (Part 2),” *Journal of South African Law*, no. 4 (2015): 734-735.

olabileceği belirtilmiştir.^[22]

HUAK 5/(1) maddesi uyarınca;

Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında ya-hut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği. b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler. c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü. ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

Görüldüğü üzere HUAK'ta gizlilik kapsamı son derece geniş ele alınmış olup, tarafların arabuluculukla ilgili daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği dahi gizlilik kapsamındadır.^[23] Gizlilik sadece anlaşma halinde değil, anlaşamama ya da sürecin herhangi bir şekilde sona ermesi durumlarında da önem arz eder.

Gizliliğin kapsamını da belirlemekte de fayda vardır. Arabuluculuk sürecindeki her türlü bilgi ve beyan gizlilik kapsamında değildir. Zaten aleniyet kazanmış bir bilgi ve belge varsa gizlilik kapsamında olmayacaktır. HUAK 5/(3) maddesi gereğince bilgilerin açıklanmasını mahkeme, hakem veya idari bir makam da talep edemeyecek ve delil olarak sunulmuş olsa dahi

[22] Gizliliği kasten ihlal eden bir arabulucunun hem hukuki hem de cezai yönden sorumlu olacağına dair görüş için bkz.: Şamil Demir, "Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu," içinde *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Yayına hazırlayan: Yasemin Işıktaç, ed. İrem Burcu Özkan ve Osman Vahdet İşsevenler (İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014), 134; Arabulucunun gizliliği ihmalen ihlal etmesi hukuki sorumluluğunu doğurmakla beraber, HUAK 33. maddesinde düzenlenen "gizliliğin ihlali" suçunu oluşturmayacağına dair görüş için bkz.: Şamil Demir, "Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu," 134.

[23] Bora, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, 104.

hükme esas alamayacaktır^[24]. Ancak, bu düzenlemeye kanun iki istisna getirmiştir.^[25] Emredici bir kanun hükmünün varlığı ve arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası aşamasında gizlilik perdesi kaldırılmıştır. Roma hukukundan günümüze gelmiş ve latince *singularia non sunt extendenda* olarak ifade edilen “istisnalar dar yorumlanır” kuralı Türk hukukunda da kullanılmaktadır.^[26] Özel hukuk alanında doğrudan bir düzenleme olmasa dahi HUAK’ta gizlilik ilkesinin istisnalarının geniş yorumunun yapılamayacağı kanaatindeyiz.

HUAK 5. maddesinin gerekçesinde tarafların karşılıklı açık iradeleri ile beyan ve belgelerin delil olarak kullanılabilmesi belirtilmiştir. Ayrıca, yasağın geçerli olması için arabuluculuk konusu olan uyuşmazlıkla, daha sonra ortaya çıkan hukuk davaları ve tahkimdeki uyuşmazlık konusunun aynı olmasının şart olmadığı ve bu şekilde “yasağı dolaylı olarak delme” yönünde kötü niyetli davranışların önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

HUAK’ta ceza hükmü içeren tek madde olan 33. maddede gizliliğin

[24] Arabuluculuğun dava şartı olduğu uyuşmazlıklarda arabuluculuk son tutanağın aslının yahut arabulucu tarafından onaylanmış bir suretinin mahkemeye sunulmasının dava şartı olduğu, son tutanağın kendisinin gizlilik yasağı yahut arabuluculuk faaliyetine ilişkin beyan ve belge sunulma yasağı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ve temerrüt tarihi açısından son tutanak tarihinin esas alınabileceği şeklindeki Yargıtay’ın kararı için bkz.: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2022/3222, K. 2022/3813, 21.03.2022, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2022-3222-k-2022-3813-t-21-3-2022>. Erişim 26 Aralık 2023.

[25] Işıқтаç’a göre arabulucunun belge ve bilgileri paylaşmamasının istisnaları arasında yargılama sürecinin bu tür açıklamayı zorunlu kıldığı durumlar, tanımlayıcı bilgi içermeyecek biçimde araştırmalar veya eğitim ile bilginin saklanması, insan yaşamı veya güvenliği için tehdit oluşturacağı durumlar da yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Işıқтаç, “Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İlkeler,” 64.

[26] Aynur Yongalık, “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi - The Rule on Restrictive Interpretation of Exceptions and its Evaluation,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 1 (2011): 3.

ihlali konusu düzenleme altına alınmıştır.^[27] İlgili maddeye göre gizlilik yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. HUAK'ta gizliliğin ihlali soruşturması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan bir zarar suçu olarak kurgulanmıştır.

6325 sayılı HUAK'a göre arabulucu mesleği gereği uyuşmazlık taraflarına ait bilgileri başkalarıyla paylaşmayacaktır.^[28] Arabulucunun gizliliği, avukatın sır saklama yükümlülüğüne benzer şekilde kurgulanmıştır.^[29] Arabulucunun tanıklık yapamayacağına dair düzenleme de gizlilik ilkesine hizmet eden bir düzenlemedir.

Uyuşmazlık tarafları gizlilik konusunda aralarında sözleşme yapabilirler.^[30] Ancak HUAK'da gizliliğin nasıl kaldırılacağı, şekli ve usulü konusunda bir düzenleme yer almamaktadır. Sözleşme serbestisi sınırları içinde taraflar serbestçe gizliliğin kaldırılması konusu ve detayını belirleyebileceklerdir. Gizliliğin kısmen ya da tamamen kaldırılması konusunda da sözleşme yapabilirler.

HUAK 8/(1) maddesinde arabulucunun, taraflar ile ayrı ayrı veya birlikte görüşme yapabileceği düzenlenmiş olup, kanun koyucu “toplantı”, “görüşme” gibi kavramları tercih etmiş olup, buradaki düzenleme ile özel ve ortak oturum kastedilmektedir. HUAK 2/(1)(b) maddesinde arabuluculuk tanımı yapılırken “görüşmek” ve “müzakerelerde bulunmak” terim-

[27] 33. madde konusunda bir kısım milletvekili tarafından madde gerekçesine muhalefet şerhi konmuştur. Arabuluculuk faaliyetlerinin gizlilik içinde değil, şeffaf bir şekilde yürütülmesi ve yargı denetimine de açık olması, aksi takdirde arabuluculuk faaliyetinin töre, mafya, cemaat etkilenmesine açık olacağı yönündeki görüş sunulmuştur. Ayrıca muhalefet şerhinde gücünün zayıfı ezmesi sonucunu ve çok hukukluluğu ortaya çıkarabilecek şekilde bir endişe de dile getirilmiştir.

[28] Durak, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi,” 60.

[29] Durak, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi,” 60.

[30] Durak, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi,” 67.

leri tercih edilmiştir.

İlk toplantının ne zaman yapılacağı sonucunda HUAK 15/(1) maddesi ile arabulucunun, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet edeceği düzenlenmiştir. HUAK 15/(3) maddesine göre taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürüteceğinden, ortak ve özel oturumların sayısı, süresi ve içeriğini de bu maddeye göre arabulucu belirleyebilecektir. HUAK 9/(3) maddesi uyarınca arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Bu durumda yapılacak özel oturumların sayısı ve süresinde de arabulucu eşitliği gözetmek durumundadır. Arabulucunun her türlü iletişimi kullanabileceği düzenlenmiş olup, bu bağlamda toplantıların fiziki değil, online olarak da yapılması mümkündür.

Dava şartı (zorunlu) arabuluculuk düzenlemesinde ilk oturuma tarafların katılma zorunluluğu ve mazeretsiz katılmayan taraf için de yargılama giderinden sorumlu olmak ve lehine vekalet ücreti hükmedilmemesi gibi bir yaptırım bulunmaktadır. Dava şartı ya da ihtiyari arabuluculukta ortak ve özel oturum konusunda zorunluluk ve yaptırım dışında farklı bir düzenleme bulunmamaktadır. Dava şartı arabuluculukta kanun koyucunun ilk oturumu ortak oturum olarak kurguladığını değerlendirmek mümkündür. Gerek dava şartı gerekse ihtiyari arabuluculukta ortak ve özel oturumun esasları, süreci ve sonuçları hakkında HUAK'ta kapsamlı bir düzenleme bulunmamaktadır.

2- HUAK Yönetmeliği Yönünden Gizlilik ve Özel Oturum

26 Ocak 2013 tarihli ve 28540 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren yönetmelik HUAK'ın ilk uygulama yönetmeliğiydi.^[31] 2018 yılında yapılan dava şartı arabuluculuk dahil bir kısım yeni yasal düzen-

[31] <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130126-20.htm>, Erişim 09 Aralık 2023, 07:48.

lemeler nedeniyle yönetmelik revize edilmiş ve 2 Haziran 2018 tarih ve 30439 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.^[32]

HUAK Yönetmeliği gizlilik konusunda kanunun maddelerini tekrarlamakla beraber, bazı konularda açıklık getirmiştir. HUAK Yönetmeliği 6/(2) ve 6/(3) fıkralarına göre kanuni temsilciler, avukatlar ve görüşmelere katılan diğer kişiler ile arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, Bakanlık ve Kurul görevlileri de gizliliğe uymak zorundadır.

Gizliliğe aykırı davranması halinde arabulucuya uygulanacak yaptırım da HUAK Yönetmeliğinde belirlenmiş olup, Yönetmeliğin 6/(4) maddesine göre gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun hukuki ve cezai sorumluluğu olabileceği gibi sicilden silinmesi şeklinde idari bir yaptırım da uygulanabilecektir.

HUAK Yönetmeliği 7.maddesi beyan veya belgelerin kullanılamaması konusunda HUAK’a paralel bir düzenleme getirmiştir. HUAK Yönetmeliği 10/(1) maddesi uyarınca “Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir. Bu amaçla her türlü iletişim aracını kullanabilir.” Yönetmeliğin bu hükmü ortak ve özel oturumu düzenleyen tek maddedir. Ortak ve özel oturumun esasları, süreci ve sonuçları hakkında Yönetmelikte de kapsamlı bir düzenleme yer almamaktadır.

B) ARABULUCULUK SONUCUNDA YAPILAN MİLLETLERARASI SULH ANLAŞMALARI HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SİNGAPUR SÖZLEŞMESİ YÖNÜNDEN GİZLİLİK VE ÖZEL OTURUM

Türkiye, Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ni (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Medi-

[32] <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=24638&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeliği&mevzuatTertip=5>, Erişim 09 Aralık 2013, 08:10.

ation) imzaya açıldığı ilk gün olan 7 Ağustos 2019 tarihinde imzalayan ülkeler arasındadır. Birleşmiş Milletler'in^[33] ilgili sözleşmesi Singapur'da imza merasimine açıldığı için kısaca "Singapur Sözleşmesi" olarak adlandırılmaktadır.^[34] Türkiye, 7282 sayılı Kanun'la^[35] Singapur Sözleşmesi'nin onaylanmasını uygun bulmuş ve 3866 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'yla onaylamıştır. Anayasa 90. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler milletlerarası hukuk kaynaklarından-^[36] dır. Sözleşmenin yürürlük tarihi olan 11 Nisan 2022 tarihinden itibaren Singapur Sözleşmesi mevzuatımızın bir parçası olmuştur.

Singapur Sözleşmesi'nin amacı dibacesinde de belirtildiği üzere ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmaları için farklı hukuki, sosyal ve ekonomik sisteme sahip devletler tarafından kabul edilebilir bir çerçevenin oluşturulmasıdır. Sözleşmenin 2/(3) maddesinde arabuluculuk konusunda son derece esnek ve kapsayıcı bir tanım yapılmış olup, bu tanıma göre "arabuluculuk, kullanılan ibarelere veya yürütülen usule bakılmaksızın, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı, uyuşmazlığın taraflarına bir çözüm dayatma yetkisine sahip olmayan üçüncü kişi veya kişilerin yardımıyla dostane bir çözüme kavuşturmaya çalıştıkları bir usuldür." Singapur Sözleşmesi çerçeve bir milletlerarası sözleşme olduğundan gizlilik, arabuluculuk usulü ve toplantılar gibi detaylar konusunda özel bir düzenlemenin içerikte yer almadığını görmekteyiz.

Singapur Sözleşmesi'nin 4/(1) maddesinde Sözleşme uyarınca sulh anlaşmasına dayanmak isteyen tarafın, hukuki yollara başvurduğu diğer Akit Devletin yetkili makamına arabuluculuk sulh anlaşmasını ve sulh anlaşma-

[33] <https://www.un.org/en/>

[34] İşbu çalışmamızda da "Singapur Sözleşmesi" şeklindeki kullanım tercih edilmiştir.

[35] RG 11.03.2021, S.31420.

[36] Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 2. bası, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 24.

sının arabuluculuk sonucu yapıldığını gösteren delilleri ibraz edebileceği düzenlenmiştir. Sözleşmede bir kısım delil örnek mahiyetinde belirtilmiştir. Bu bağlamda sulh anlaşması üzerindeki arabulucunun imzası, arabuluculuğun yapıldığına ilişkin arabulucu tarafından imzalanan belge ve eğer kurumsal bir arabuluculuk söz konusu ise arabuluculuğun bünyesinde yapıldığı kurum tarafından düzenlenen belge delil olarak kullanılabilir. Hatta bu tür delillerin yokluğu halinde, yetkili makamca kabul edilebilir herhangi bir delilin de sunulabileceği kararlaştırılmıştır. Görüldüğü üzere arabuluculuk konusunda taraflar gizliliği kaldırmamış olsalar dahi Singapur Sözleşmesi uygulama alanına giren sınır ötesi ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk süreciyle ilgili bazı delillerin kullanılabilmesi konusunda tereddüt yoktur.

Singapur Sözleşmesi'nin 5. maddesinde hukuki yola başvurunun reddi sebepleri düzenlenmiş olup, söz konusu ret sebepleri açısından da gizlilik perdesinin kaldırılabilmesini değerlendirmekteyiz. Örneğin m. 5/(1) (e)'de arabuluculuk standartlarının arabulucu tarafından ciddi şekilde ihlal edilmesi ve bu ihlal olmasaydı söz konusu tarafın sulh anlaşmasını yapmayacak olması başvurunun reddi sebebidir. Benzer şekilde Sözleşme'nin m. 5/(1)(f)'de arabulucunun tarafsızlığına veya bağımsızlığına ilişkin haklı şüphe uyandıracak durumları arabulucunun, taraflara ifşa etmemesi ve bu ifşayı yapmamasının taraf üzerinde önemli veya haksız bir etki oluşturması öyle ki, bu kusur olmasaydı söz konusu tarafın sulh anlaşmasını yapmayacak olması halinde de başvuru reddedilebilecektir. Bu bağlamda, söz konusu ret sebepleri yönünden gizlilik perdesinin kaldırıldığını değerlendirmekteyiz.

C) TÜRKİYE ARABULUCULUK ETİK KURALLARI YÖNÜNDEN GİZLİLİK VE ÖZEL OTURUM

Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları karşılaştırmalı hukuktaki etik kurallardan esinlenmiş olup eşitlikten tarafsızlığa, gizlilikten mesleki yeterliliğe birçok konuyu ele alan bir kurallar silsilesidir. Adalet Bakanlığı Hu-

kuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanmış ve Arabuluculuk Kurulu tarafından kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Etik konusunda temel kuralları içeren ve on maddeden oluşan çerçeve kurallar bütünü olarak kurgulanan Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları arasında hiyerarşik bir sıralama yer almamaktadır.^[37] Etik ilkeler ile mevzuat arasında bir çatışma olması halinde ise mevzuat öncelikle uygulanacaktır.^[38] Şu anki mevzuatımız ile arabuluculuk etik ilkelerin genel olarak birbiriyle uyumlu olduğu söylenebilir.

Türkiye Arabuluculuk Etik Kurallarının 6/(1) maddesine göre arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile kayıtları gizli tutmak yükümlülüğü altındadır. Ancak ilgili kuralın aksinin taraflarca kararlaştırılması mümkündür. Kuralların 6/(2) maddesinde dış ilişkide gizlilik düzenlenmiş olup, arabulucu, tarafların arabuluculuk sürecinde nasıl hareket ettiği hakkında, sürece katılmayan üçüncü kişilere bilgi vermemek yükümlülüğü altındadır.

Mevzuatımızda özel oturumlarda gizlilik konusunda ayrıca bir düzenleme yer almamasına karşın, Türkiye Arabuluculuk Etik Kurallarının 6/(3) maddesinde bu durum özel olarak düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre arabulucu, özel oturumlarda edindiği hiçbir bilgiyi, bilgiyi veren tarafın rızası olmadan, doğrudan ya da dolaylı şekilde diğer tarafa iletmeme yükümlülüğü altındadır. Arabulucu, bir arabuluculuk sürecine eğitim veya araştırma amacıyla katılım sağlarsa, tarafların kimlik bilgileri de dahil olmak üzere gizliliğe ilişkin haklı beklentilerine uygun davranmalıdır.

SONUÇ

Devlet yargısı dışındaki uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tercih edilmesinin belki de en önemli sebebi uyuşmazlık taraflarının ticari sırlarının ve gizliliğin korunmasıdır. Zira devlet yargısında temel ilke aleniyet, gizlilik

[37] Işıқтаç, “Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkilemler,” 54.

[38] Işıқтаç, “Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkilemler,” 54.

istisna iken, arabuluculukta gizlilik temel ilke, aleniyet istisnadır. Güvenli müzakere ortamı için de gizlilik önem arz eder. Taraflar sunacakları bilgi ve belgelerin uyuşmazlığın diğer tarafı ve 3. kişilerle paylaşılmayacağından emin olmalılardır ki, ortamda kendilerini rahat ifade edebilsinler. Özel oturumun başında arabulucu tarafından gizlilik hatırlatılmalı ve oturum sonunda da bu konu üzerinde durulmalıdır. Arabulucunun paylaşacağı bilgi ve belge olacaksa ilgili taraftan yazılı onay almasında ve diğer tarafa iletirken de yazılı olarak iletmesinde fayda bulunmaktadır.

Gizliliğin kaldırılmasının istisnalarından olan taraflarca aksinin kararlaştırılması konusunda kanunda herhangi bir şekil ve usul düzenlenmemiştir. Taraflar gizliliği her zaman kaldırabilirler. Arabuluculuk sürecinden önce, süreç sırasında ve hatta süreç sonunda da gizliliği kaldırabileceklerdir. Bir hukuki işlemde geçerlilik şekli taraf iradelerinin belli bir şekle uygun olarak açıklanmasının zorunlu olmasıdır^[39]. Bu bağlamda HUAK'ta gizliliğin kaldırılması herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir. Ancak, kararlaştırmanın hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde açık ve net olması önem arz eder. Bu konunun potansiyel sorunlar yaratabileceği endişesiyle gerek özel gerekse ortak oturumlarda gizliliğin kaldırılmasının yazılı geçerlilik şartına bağlanması ve bu konuda yasal bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

[39] Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. bası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 149.

KAYNAKÇA

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Arabuluculuk Sözleşmeleri*. 3. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.

Goodman, Andrew. *Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği - Uygulayıcı Rehberi*. ed. Aşıyan Süleymanoğlu. Çeviren Adnan Bıçaksız ve Zeynep Alkın. 3. Baskı. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Temmuz 2017.

Arslan, Betül Azaklı. *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.

Elçin Doğa. *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Sulh*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.

Yarar, Güven. *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk*. İstanbul: Onikilevha, Ekim 2019.

Durak, Yasemin. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi olan Arabuluculuk ve Medeni Hukuktaki Görünümü.” *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2013): 55-76.

Ceylan, Şule Şahin. *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. İstanbul: Onikilevha, Ağustos 2009.

Demir, Şamil Demir. *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

Feehily, Ronán. “Confidentiality in Commercial Mediation: A Fine Balance (Part 1).” *Journal of South African Law* 2015, no. 3 (2015): 516-36.

Tıktık, Çiğdem Yazıcı. “Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri.” içinde *Temel Arabuluculuk Eğitimi: Katılımcı Kitabı*, Editörler Ali Yeşilırmak, Elif Kısmet Kekeç ve Alper Bulur, 46-52. 3. Baskı. Ankara: Arcs Matbaacılık, Aralık 2021.

Işıқтаç, Yasemin. “Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İlkeler,” içinde *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Yayına hazırlayan: Yasemin Işıқтаç, Editörler İrem Burcu Özkan ve Osman Vahdet İşsevenler, 53-76. İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014.

Tıktık, Çiğdem Yazıcı. *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: Onikilevha, Haziran 2013.

Yeşilirmak, Ali. “Arabulucu Kimdir?,” içinde *Temel Arabuluculuk Eğitimi: Katılımcı Kitabı*, Editörler Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç ve Alper Bulur, 64-79. 3. Baskı. Ankara: Arcs Matbaacılık, Aralık 2021.

Moore, Christopher W. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. 4th ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2014.

Bora, Özlem. *Arabuluculuk Sözleşmesi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.

Ildır, Gülgün. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü: Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

Anderson, Dorcas Quek. “Piercing the veil of confidentiality in mediation to ensure good faith participation: an untenable position?,” *Singapore Academy of Law Journal* 31, no. Special Issue (2019): 713-46.

Kulms, Rainer. “Privatising Civil Justice and the Day in Court.” In *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, eds. Klaus J. Hopt and Felix Steffek, 205-43. Oxford United Kingdom: Oxford University Press, 2013.

Feehily, Ronán. *International Commercial Mediation: Law and Regulation in Comparative Context*. Cambridge United Kingdom: Cambridge University Press, 2022.

Feehily, Ronán. “Confidentiality in Commercial Mediation: A Fine Balance (Part 2).” *Journal of South African Law* 2015, no. 4 (2015): 719–37.

Demir, Şamil. “Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu.” içinde *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Yayına hazırlayan: Yasemin Işıktaç, Editörler İrem Burcu Özkan ve Osman Vahdet İşsevenler, 115-46. İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014.

Yongalık, Aynur. “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi - The Rule on Restrictive Interpretation of Exceptions and its Evaluation.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 1 (2011): 1-15.

Güngör, Gülin. *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*. 2. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 26. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.resmigazete.gov.tr>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.un.org/en/>

Ortaklığın Giderilmesi Davasında Arabuluculuk

Hasan Ali GÜÇLÜ^[1]

Miras kalan malların çok olması, tarafların çok olması ve taraflar arasındaki iletişimsizlik sebebiyle bir anlaşma olmaması sebebi ile malların bölünemediği gerçeği hepimizin malumudur. Malların bölünememesi olgusu taraflar arasında çatışmaya sebebiyet vermekte ve taraflar arasındaki bu çatışma “ ortaklığın giderilmesi” davası ile neticelenmektedir. Ortaklığın giderilmesi davasında ortaklığa konu malların aynen paylaşılmasına ya da açık artırma yoluyla satılmasına ve bedelin ortaklar arasında paylaşılmasına karar verilir. Satışa karar verilmesi durumunda dava ve satış masraflarının bir hayli yüksek tuttuğu aşikârdır. Üstelik satış sonunda elde edilen bedel tarafları tatmin etmeyebilir. Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurmak taraflar açısından yüksek yargılama gideri nedeniyle oluşacak zararı asgariye indirir. 05.04. 2023 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7745 Sayılı kanun ile ortaklığın giderilmesi davasında zorunlu arabuluculuk şartı getirilmiştir. Bu ilgili madde 01.09. 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Aile bireylerinin aile yadigarı olarak gördükleri malların ortaklığın giderilmesi davası ile satılması hem maddi hem de manevi kayıplara neden olabilir. Ortaklar, dava yoluna başvurmadan arabuluculuğa başvurduklarında taraf sayısı ne kadar çok olursa olsun iletişim kurabilmeleri ortak arzularına en uygun kararı vermelerinde çok önemlidir.

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlığının dava yolu ile çözülmeye çalışılması uyuşmazlığın çözüm sürecini oldukça uzatır. Ortaklığın giderilmesi ile ilgili uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözülmek istendiğinde elbette ki

[1] Araştırma Görevlisi Hasan Ali Güçlü, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hasanaliguclu93@gmail.com, ORCID ID : 0000-0003-0501-7912

çözüm süreci kısa olmayacaktır. Arabuluculuk süreci açısından ortaklığın giderilmesi ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü uzun bir süre alsa da yargılama süreci ile kıyaslandığında süreler hala çok kısadır.

Ortaklığın giderilmesinde arabuluculuğa menkuller, gayrimenkuller, alacaklar, tahviller ve markalar konu edilebilir. Arabuluculuğun esnek bir süreç olması sebebi ile sürecin başında gündeme dâhil edilmeyen hak ve mallar sonradan sürece dâhil edilebilir. Arabuluculuk sürecinin başında gündeme dâhil edilen hak ve mallar gündemden çıkarılabilir. Arabuluculuk süreci bir yargılama olmaması sebebi ile taleple bağıllık kuralı söz konusu değildir. Ortaklığın giderilmesi ile ilgili arabuluculuk sürecinde de taleple bağıllık söz konusu olmayacaktır. Ortaklığın giderilmesi davasında olduğu gibi öncelikle paylaşırma olmazsa satış yapma gibi bir terdit sıralamasına gerek yoktur. Bu durum kanaatimizce tarafların lehinedir. Ortaklığın giderilmesi ile ilgili uyuşmazlıkla ilgili hem dava öncesinde hem de dava sırasında arabuluculuğa başvurulabilir.

Ortaklığın giderilmesi ile ilgili arabuluculuk sürecinde geçerli bir anlaşmaya varmak için bazı hususlara dikkat etmek gerekecektir. Öncelikle anlaşmanın imar ve tarım arazilerine ilişkin mevzuata uygun olması gerekmektedir. Paylı mülkiyet söz konusu ise paydaşların bazılarının anlaşması bazılarının ise anlaşmaması mümkündür. Böyle bir durum söz konusu olduğunda anlaşan taraflar arasında arabuluculuğun tamamlanması söz konusu olabilir.

Bu tebliğ ile bir reform niteliğinde gördüğümüz ortaklığın giderilmesi davasında zorunlu arabuluculuk süreci ile ilgili açıklamalarda bulunulacaktır. Ortaklığın giderilmesi ile ilgili arabuluculuk sürecinin, yargının iş yükü üzerine etkisine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Ortaklığın Giderilmesi, Zorunlu Arabuluculuk, Aynen Paylaşma, Açık Artırma Yolu İle Satış

Mediatin In The Dissolution Of Partnership Case

We all know that the property cannot be divided due to the large number of inherited properties, the number of parties, and the lack of an agreement due to lack of communication between the parties. The fact that the goods cannot be divided causes conflict between the parties, and this conflict between the parties results in the “dissolution of partnership” lawsuit. In the case of dissolving the partnership, it is decided that the assets subject to the partnership will be shared as they are or sold through auction and the price will be shared between the partners. If a decision is made to sell, it is obvious that the litigation and sales costs are quite high. Moreover, the price obtained at the end of the sale may not satisfy the parties. Applying to mediation in partnership dissolution disputes minimizes the damage to the parties due to high litigation costs. 05.04. With the Law No. 7745 published in the Official Gazette dated 2023, compulsory mediation was introduced in the case of dissolution of partnership. This relevant article is 01.09. It entered into force in 2023.

Selling the property that family members consider as family heirlooms through a dissolution of partnership case may cause both material and moral losses. When partners resort to mediation without resorting to litigation, it is very important for them to be able to communicate, regardless of the number of parties, in making the decision that best suits their common desires.

Trying to resolve the partnership dissolution dispute through litigation will prolong the resolution process of the dispute considerably. When disputes regarding the dissolution of the partnership are wanted to be resolved through mediation, the resolution process will of course not be short. Although it takes a long time to resolve disputes regarding the dissolution of partnership in terms of the mediation process, the times are still very short compared to the trial process.

Movables, real estate, receivables, bonds and trademarks may be the subject of mediation in dissolving the partnership. Since mediation is a fle-

xible process, rights and goods that were not included in the agenda at the beginning of the process can be included in the process later. Rights and goods that were included in the agenda at the beginning of the mediation process can be removed from the agenda. Since the mediation process is not a trial, the rule of adherence by request is not applicable. There will be no commitment by demand during the mediation process regarding the dissolution of the partnership. If there is no partition first, as in the case of dissolving the partnership, there is no need for a territorial order such as selling. In our opinion, this situation is in favor of the parties. Mediation can be used both before and during the lawsuit regarding the dispute regarding the dissolution of the partnership.

It will be necessary to pay attention to some issues in order to reach a valid agreement during the mediation process regarding the dissolution of the partnership. First of all, the agreement must comply with the legislation regarding zoning and agricultural lands. In case of shared ownership, it is possible for some stakeholders to agree and others not to agree. In such a situation, it may be possible to complete mediation between the agreeing parties.

With this notification, explanations will be made regarding the compulsory mediation process in the case of dissolution of partnership, which we see as a reform. The impact of the mediation process regarding the dissolution of the partnership on the workload of the judiciary will be discussed.

Keywords: Mediation, Dissolution of Partnership, Compulsory Mediation, Share in Kind, Sale by Auction

GİRİŞ

7445 sayılı Kanun'un 37. maddesi ile Hukuk Uyuşmazlıkları Kanunu'na 18/b maddesi eklenmiştir. Bu hükümle getirilen en büyük yenilik, taşınır ve taşınmaz mallarda ve ortaklığın giderilmesi davası ile ilgili uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa başvurma zorunlu hale gelmesidir.

1.09. 2023 tarihi ile birlikte ortaklığın giderilmesi davalarında arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmiştir. Bu tarihten önce açılan davalarla ilgili bir muafiyet tanınmıştır. Taşınır ve taşınmaz mallar ve ortaklığın giderilmesinde arabuluculuğa başvurma noktasında bir zorunluluk bulunmaktadır. Başvuruyu devam ettirme ve sonlandırma noktasında bir zorunluluk söz konusu değildir.

Uygulamada ortaklığın giderilmesi davası için “izale-i şüyu”, “paydaşlığın giderilmesi” gibi adlandırmalar söz konusudur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise “ortaklığın giderilmesi” tabiri kullanılmaktadır. Ortaklığın giderilmesi dar anlamda eşya üzerindeki birlikte mülkiyeti sona erdirmeyi ifade eder. Geniş anlamda ise hem ortaklığın sona ermesini hem de paylaşmayı ifade eder^[2]. Ortaklığın giderilmesi davası esasen çifte etki yaratan bir dava niteliğindedir. Bu dava, taraflar bakımından benzer sonuçlar doğurur. Bu davada kazanan veya kaybeden taraf bulunmamaktadır^[3]. Mahkeme kararı, birlikte mülkiyeti sonlandırma açısından bozucu bir nitelik taşımaktadır. Birlikte mülkiyete tâbi mallar üzerinde bireysel mülkiyet sağlamak açısından ise yenilik doğurucu bir nitelik taşımaktadır.

TMK m.698, paylı mülkiyette, her paydaşın, ortaklığın giderilmesini ve paylaşmayı isteme hakkını düzenler. Paylaşmayı talep hakkı, paya bağlı bir hak olarak karşımıza çıkar. Türk Medeni Kanunu (TMK) m.698-700, paylı mülkiyetin sona ermesi hâlinde, TMK m.703 ise, elbirliği mülkiyetinde ortaklığın giderilmesini düzenler. Taraflar aynen veya nakden pay-

[2] Önder Topal, *Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davası*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s.34.

[3] Erhan Günay, *Ortaklığın Giderilmesi Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.19-20.

laşma yollarından birini seçebilir. TMK m. 699 paylaşma şeklini düzenler. Paydaşlar, paylaşma yöntemi üzerinde bir anlaşmaya varamazlarsa veya aralarından biri paylaşmayı istemezse dava açılması gerekecektir. Bir paydaş, diğerlerine teklifte bulunmadan dahi bu davayı açabilir. Paydaşlar, davayı ayrı ayrı veya birlikte açabilirler. Davacı paydaşlar arasında mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur^[4].

Elbirliği mülkiyetinde ise, her ortak, taşınmazının aynen veya satış sureti ile giderilmesini tek başına isteyebilir. Paylı mülkiyetten farklı olarak; el birliği mülkiyetinde her zaman ortaklığın giderilmesi istenemez. Miras ortaklığında ise, mirasçıların devam etme yükümlülükleri olmadığı müddetçe, mirasın paylaşılmasını her zaman isteyebilir. Elbirliği mülkiyetinde, sözleşmeden doğan topluluk devam ettiği sürece paylaşma yapılamaz. Pay üzerinde tasarruf edilemez.

Pay veya elbirliği mülkiyetinde paylaşım, paydaşların birlikte yapacakları sözleşme, mahkeme kararıyla olur. Mahkemenin burada yapacağı işlem, paylaşmanın mevzuata uygun olup olmadığını belirlemektir. Paylaşmada, pay miktarı ve paydaş sayısının uygun olup olmadığını incelemekle yükümlüdür.

Ortaklığın giderilmesine dair uyuşmazlıklarda, taraflar, öncelikle, mevzuatın izin verdiği ölçüde, yapılar için kat mülkiyeti tesisi, arazi bakımından ise ifraz yoluyla aynen paylaşma yönünde anlaşırlar. Taraflar anlaşamadıkları takdirde dava açılacaktır. Paydaşlar, kural olarak herhangi bir süreye tâbî olmaksızın her zaman paylaşmayı isteyebilirler^[5].

Daha önce konusu ve tarafı aynı olan bir ortaklığın giderilmesi davası açılmışsa, yeni açılacak dava kesin hüküm sebebi ile reddedilmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda feragat kesin hüküm olarak kabul edilir. Ortaklığın giderilmesi davası bu açıdan farklı bir özelliğe sahiptir. Ortaklı-

[4] M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Baskı*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s.390-391.

[5] Topal, *op. cit.*, s.62.

ğın giderilmesi davasında feragat kesin hüküm teşkil etmez. Dava açıldıktan sonra yeni paydaş da davaya devam edebilir.

I. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASINA KONU OLABİLECEK ŞEYLER

Uygulamada görüleceği üzere ortaklığın giderilmesine konu olabilecek en önemli şey tapuya kayıtlı taşınmazdır. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz hakkında ortaklığın giderilmesine karar verilemez.

Kamu malı niteliğindeki taşınmazlar ortaklığın giderilmesine konu oluşturmazlar. Taşınmazın bir kısmı kamulaştırılmışsa ifrazın mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Taşınmaz üzerindeki muhdesat arazinin bütünleyici parçası olarak kabul edildiği için araziden ayrı davaya konu olamaz.

Kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümler ayrı bir taşınmaz olarak kabul edilmektedir. Kat irtifakı ve kat mülkiyetine tâbi taşınmazın ortaklığının giderilmesi istenemez. Gece kondular kuralı olarak ortaklığın giderilmesine tâbi olmaz.

Bağımsız ve sürekli hak olma niteliğine tâbi olmayan sınırlı ayni haklar tek başına bu davaya konu oluşturmaz. Nakit para için de ortaklığın giderilmesi davası açılması söz konusu olmaz. Nakit para, ortakları arasında payları oranında paylaşılır.

II. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ ŞEKİLLERİ

A. AYNEN PAYLAŞMA

Paylı mülkiyette ortaklığın giderilmesi, aynen paylaşma veya pazarlık yahut artırmayla satış suretiyle gerçekleşir. (TMK m.699/1). Bu, anlaşmayla yahut mahkeme kararıyla olur. Ortaklığın giderilmesi talebi hem paylaşmayı hem de paylı mülkiyeti sona erdirmeyi kapsar. Paydaşlar arasındaki paylaşmaya ilişkin sözleşmeye “ taksim sözleşmesi” adı verilmektedir. İradi ya da sözleşmesel paylaşma için tüm paydaşların anlaşmaları gerekmektedir. Bir paydaş dahi paylaşma kararına uymazsa anlaşmadan

söz edilemez^[6].

Paydaşlar aynen paylaşma yolunu seçerlerse, paylı mülkiyete konu taşınmazla ilgili paydaşlara özgülenen parçalar, tapu kütüğüne kaydedildiğinde ve hak sahipliğine ilişkin tescil yapıldığında, paylı mülkiyetten bireysel mülkiyete geçilir^[7].

Elbirliği mülkiyeti ise ortakların oy birliği anlaşmaları ya da mahkeme kararı ile sona erer. Mirasçılar, yapacakları paylaşım sözleşmesinde ortaklığın aynen paylaşım yolu ile sona ermesine karar verebilirler. Türk Medeni Kanunu madde 676 uyarınca bu sözleşmenin geçerliliği yazılı şekle tâbidir.

Paydaşlar, ortaklığın giderilmesi hususunda anlaşamazlarsa bu durumda hâkim, paydaşlardan birinin talebi üzerine malın aynen paylaşılması hususunu değerlendirir. Hem paylı mülkiyet hem de elbirliği mülkiyetinde esas olan aynen paylaşmadır^[8].

Hâkimin aynen paylaşmaya karar verebilmesi için bu talebin imar mevzuatına uygun olması gerekmektedir. Paydaşların paylaşma talebi sonrasında taşınmazın değerinde önemli bir azalmanın da meydana gelmemesi gerekmektedir^[9].

Aynen paylaşma sebebi ile bölünen parçalar birbirine denk değilse, hâkim eksik değeri olan parçaya ivaz ekleyerek yani denkleştirme yaparak paylaştırmaya karar verir. Bölme talebi, somut olay koşullarına uygun değilse yani paylı mal öneml bir değer kaybına uğramaksızın parçalara bölünemiyorsa aynen paylaşmaya karar verilemez.

Ortaklığın giderilmesi davasında, hâkimin aynen paylaşmaya karar verebilmesi için taşınmazın yüzölçümüne, taşınmazın niteliğine, pay ve paydaş

[6] Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021,s.367.

[7] *Ibid*, s.361.

[8] Özge Yenice Ceylan, “Ortaklığın Giderilmesi Davasında Dava Şartı Arabuluculuk”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2003 S. 14, s. 515.

[9] *Ibid*, s.515.

sayısına bakması gerekmektedir^[10]. Öncelikle taşınmaz yüzölçümü açısından bölünebilir olmalıdır. Pay ve paydaş sayısı itibarıyla her bir paydaşa ekonomik değer içeren bir pay isabet etmiyorsa, aynen paylaşma yoluna gidilemez. Yine mevzuattan kaynaklı kısıtlamalar söz konusu ise aynen paylaşmaya gidilmesi söz konusu olmaz.

Türk Medeni Kanunu 698/2 hükmü uyarınca, paydaşlar anlaşma yaparak paylaşmanın sınırlandırılmasını yani paylaşmayı isteme hakkının belli sınırlara tabi olmasını kararlaştırabilirler. İdame-i şüyu anlaşması olarak adlandırılan bu anlaşma en çok on yıl için yapılabilir. Paylı mal taşınmazsa paylı mülkiyetin devamı hususundaki anlaşmalar resmi şekilde yapılmalıdır. Yine söz konusu anlaşmanın tapuya şerh verilmesi mümkündür. Burada kişisel bir hakkın şerhi söz konusu olmaktadır.

Türk Medeni Kanunu 698 maddesinin 3. fıkrası uyarınca paydaşlar uygun olmayan bir zamanda paylaşmayı talep edemezler. Zamanın uygun olup olmadığı hususunu hâkim takdir edecektir. Davaya konu taşınmazın aynen paylaşılabilir olması için ifraz edilebilir olması gerekmektedir. İfraz edilme, tapuya kayıtlı taşınmazların belli bir plan doğrultusunda paylara bölünebilmesidir. İfraz yapılabilmesi için bu hususun imar mevzuatına uygun olması gerekmektedir.

Uygulamada taşınmazlara kıyasla daha az görülse de taşınır malların ortaklığının da giderilmesi söz konusu olabilir. Taşınır mallar üzerindeki ortaklığın giderilmesi talebi aynen paylaşma yoluyla, bu mümkün olmadığı takdirde satış yoluyla giderilir.

Taşınır malların aynen paylaşılabilmesi için her paydaşa aynı nitelikteki bir taşınırın verilmesi gerekmektedir. Aynen paylaşma mümkün değilse ortaklığa konu malın satışı sureti ile ortaklık giderilir.

B. KAT MÜLKİYETİNE GEÇİŞ

Ortaklığın giderilmesi davası, üzerinde kat mülkiyeti kurulması mümkün bir taşınmaza ilişkin açılmış olabilir. Bu davalarda paydaş ya da ortaklardan biri kat mülkiyeti tesis edilmesi sureti ile ortaklığın giderilmesini

[10] *Ibid*, s.515.

talep edebilir.

Kat Mülkiyeti Kanunu 10. maddenin 6. fıkrası uyarınca taşınmaz mülkiyetinin kat mülkiyetine dönüştürülmesine karar verilebilir. Taşınmaz üzerinde elbirliği mülkiyeti olduğu hallerde ana taşınmaz üzerinde doğrudan kat mülkiyeti kurulamaz. Öncelikle bu durumda elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülür^[11].

C. SATIŞ YOLUYLA PAYLAŞMA

Ortaklığın giderilmesi davasında esas olan aynen paylaşma hususudur. Aynen paylaşmanın mümkün olmadığı hallerde ise satış yolu ile paylaşma söz konusu olmaktadır. Taraflar, aynen paylaşmayı arzu etseler de bu her zaman mümkün olmayabilir. Kanun, arazinin belli bir büyüklüğün altına düşmesini yasaklamış olabilir. Bazı durumlarda ise malın fiziksel olarak bölünmesi önemli değer kaybına sebebiyet verebilir.

TMK m.699 paylı mülkiyet, TMK m.703 elbirliği mülkiyeti için bu imkânı sağlar. Ortaklık, aynen paylaşma veya kat mülkiyetine geçiş suretiyle giderilemiyorsa, satış yoluyla giderilir^[12].

Paydaşlar, nakden paylaşma yolunu istemişlerse, paylı mülkiyete konu olan mal pazarlık veya artırma yolu ile paraya çevrilerek satış bedeli paydaşlar arasında dağıtılır. Artırma yalnızca paydaşlar arasında veya herkese açık bir şekilde yapılabilir^[13]. Satışın paydaşlar arasında yapılabilmesi için bütün paydaşların rızasının olması şarttır. Taraflar arasında böyle bir anlaşmanın varlığı halinde hâkim pazarlık usulü ile satışa karar veremez.

Ortaklığın giderilmesi davası çift taraflı etki doğuran bir dava olduğu için davacının olduğu kadar davalının da talebine bakılır. Davacı, davasını açarken paylaşma sureti ile ortaklığın giderilmesini istemiş olabilir. Davacı aynen paylaşmayı, bu söz konusu olmadığı takdirde ise satış sureti ile ortaklığın giderilmesi talebini ileri sürebilir. Bu durumda terditli bir dava

[11] *Ibid*, s. 516.

[12] *Ibid*, s.516.

[13] Topal, Op. cit ,s .67.

açmış olur.

Uygulamada davalar daha çok terditli açılmaktadır. Dava aynen paylaşma talepli açılrsa bile, dava esnasında ıslah yoluyla ortaklığın satış suretiyle giderilmesi istenebilir^[14]. Ortaklığın giderilmesi talep edilen taşınmaz üzerinde bir muhdesat bulunduğu takdirde bunların taşınmazla birlikte satılması gerekmektedir. Muhdesat, hukuki niteliği itibari ile bütünüleyici parça niteliğindedir.

Bütünüleyici parçalar, tek başına ortaklığın giderilmesi davasının konusunu oluşturmazlar. Muhdesat, paydaşların tümüne ait olabileceği gibi, birkaçına da ait olabilir. Arazide ek değer artışına sebebiyet vermeyen muhdesat için ayrı bir kıymet takdirine gerek yoktur^[15].

Muhdesat, kişisel bir hak olup, arazi mülkiyetinden bağımsız olarak bir ayni hak sağlamaz. Ortaklığın giderilmesi istenen taşınmaz üzerinde intifa hakkı varsa bu durumda, taşınmaz bu yükümlülük ile birlikte satılır. TMK m.700'e göre, bir paydaş kendi payı üstünde intifa hakkı kurmuşsa, diğer paydaşlardan herhangi biri, intifa hakkı kurulduğunun kendisine tebliğinden itibaren üç ay içinde paylaşma isterse; nakden paylaşmada intifa hakkı, buna ilişkin paya düşecek bedel üzerinde devam eder.

D. ALACAKLI TARAFINDAN AÇILAN ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI

Ortaklığın giderilmesini isteme hakkı kural olarak paydaş veya ortağa aittir. Bazı şartların varlığı halinde ise, ortaklığın giderilmesini talep etme hakkı alacaklıya ait olur. Mirasçının alacaklısı, alacağını tahsil etmek için, terekedeki taşınır veya taşınmaz mallar üzerindeki ortaklığın giderilmesini isteyebilir.

Alacaklının bu talebinin kabul görmesi için öncelikle hukuken geçerli bir alacak bulunmalı ve elbirliği mülkiyeti söz konusu olmalıdır. Alacak-

[14] Yenice Ceylan, op. cit, s.516.

[15] *Ibid*, s.517.

lı bu durumda bir yetki belgesi almakla yükümlüdür. Yetki belgesini ise, İcra mahkemesinden alması gerekmektedir. Yetki belgesinin alınması özel bir dava şartı niteliğindedir^[16]. Borca yetecek kadar kısmın satışına karar verilecektir^[17].

Paylı mülkiyette pay haczi ve satışı mümkün olduğundan, paydaşın alacaklısı ortaklığın giderilmesi davasını açamaz. Açsa bile hukuki yarar bulunmadığından dava reddedilmelidir^[18].

E. MİRAS SEBEBİ İLE PAYLAŞMA

Mirasbırakan öldüğünde, geride birden fazla mirasçısı bulunmaktaysa, bunlar arasında adına miras ortaklığı dediğimiz elbirliği mülkiyeti kurulmaktadır. Mirasçılar, paylaşma sözleşmesi yaparak malları kendi aralarında bölüşmüşlerse, artık elbirliği mülkiyeti sona ereceğinden ortaklığın giderilmesi davası açılmaz^[19].

Türk Medeni Kanunu'nun 676. maddesi, mirasın anlaşma sureti le paylaşılmasını düzenler. Buna göre paylaşma iki surette olabilir. Bunlardan ilkinin elden paylaşma oluşturur. Elden paylaşmada, mirasçılar ellerindeki malvarlığı değerlerini aralarındaki anlaşmaya uygun olarak birbirlerine devrederler. Elden paylaşma sözleşmesi, şekil şartına tâbi değildir^[20].

Bir diğer paylaşma yöntemini ise yazılı paylaşma yöntemi oluşturur. Bu sözleşmenin geçerliliği yazılı olmasına ve tüm mirasçıların katılımına bağlıdır. Her mirasçı, sözleşme veya kanun gereği ortaklığı sürdürme yükümlülüğü bulunmadıkça, mirasın paylaşılmasını her zaman isteyebilir.

III. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE ARABULUCULUK

Ülkemizde, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında, özellikle taraf

[16] Mehmet Fatih İçer, *İzale-İ Şüyu (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s.892.

[17] Yenice Ceylan, op. cit, s.516.

[18] Ibid, s.518.

[19] Ibid, s. 518.

[20] Topal, Op. cit, s.87.

çokluğu ve iletişimin eksikliği sebebi ile tarafların anlaşarak karar almaları oldukça zorlaşmaktadır. Taraflar, anlaşamadıkları takdirde mahkemeye başvururlar. Malın aynen ya da nakden paylaşımına karar verilir.

Uygulamada çoğunlukla malın satışı sureti ile ortaklığın giderildiği gözlemlenmektedir. Mahkeme özellikle açık artırma yolu ile satışa karar verdiği için, dava ve satış masrafları sebebi ile satış bedelinin önemli bir kısmı harcanmış olur. Satıştan elde edilen bedel tarafları tatmin etmez.

Özellikle miras ortaklığından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, terekenin aile içinde paylaşılma şekli, aile fertleri arasındaki ilişkiyi kötüleştirebilir^[21].

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözülmesinde, taraflar pek çok konuyu aydınlığa kavuşturabilirler. Ortaklığın giderilmesi istenen maldan mevcut durumda en çok kimin yararlandığı, malın taraflar arasında manevi bir değerinin olup olmadığı hususlarında arabuluculuk süreci taraflara yol gösterebilir.

Tarafların anlaşabilmeleri ihtimali açısından taraflara uygun bir ortam sağlanır. Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda gerek elbirliği mülkiyetinde gerekse paylı mülkiyette dava şartı arabuluculuğa başvuru yapıldığında, arabulucu, taraf teşkili konusuna özellikle dikkat etmelidir. Taraflar arasında mecburi dava arkadaşlığının olduğu durumlarda, arabulucu, tüm tarafların sürece dâhil olmasına özen göstermelidir^[22].

Ortaklığın giderilmesi hususunda özellikle taraflara ulaşma noktasında hem mahkemeler hem de arabulucular büyük zorluklar yaşamaktadırlar. Taraf öldüğü takdirde bu sefer mirasçılara ulaşmakta bir hayli güç olmaktadır.

Taraflar arasında mecburi dava arkadaşlığı olduğu takdirde arabulucunun tüm taraflar ulaşma yükümlülüğü söz konusudur.

[21] Yenice Ceylan, op. cit, s.518.

[22] Ibid, s. 521.

SONUÇ

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk uygulaması olumlu yönleri ve olumsuz yönleri ile birlikte değerlendirilmelidir. Olumlu yönlerine gösterilebilecek en iyi örnek taraflar arasında iyi bir iletişim sağlanmasına zemin hazırlamasıdır.

Olumsuz yönlerine örnek ise taraf teşkilinin bir hayli zor olmasıdır. Mahkeme sürecinde de aynı zorluk söz konusudur.

Kanaatimizce her ne kadar olumsuz yönleri bulunsa da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına gereken önem verilmeli ve arabuluculuk uygulamaları herkes tarafından desteklenmelidir.

KAYNAKÇA

Akçaal, Mehmet, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Günay, Erhan, *Ortaklığın Giderilmesi Davaları, Seçkin Yayıncılık*, Ankara 2023.

İçer, Mehmet Fatih, *İzale-İ Şüyu (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Baskı*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.

Topal, Önder, *Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-İ Şüyu) Davası*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Yenice Ceylan, Özge, “Ortaklığın Giderilmesi Davasında Dava Şartı Arabuluculuk”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003 S. 14

Davaların Yığılması Şeklinde İleri Sürülen Ve Aralarında Bağlantı Bulunan Talepler Bakımından Dava Şartı Arabuluculuğun Uygulanabilirliği^[1]

Betül Azaklı ARSLAN^[2]

Öz

Birbirinden bağımsız ancak aralarında bağlantı bulunan taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi mümkündür. Davaların yığılması şeklinde ileri sürülen bağlantılı taleplerden biri, dava şartı arabuluculuk kapsamında olabilir. Bu halde taleplerin tamamına dair arabuluculuğa başvuru zorunluluğu dava şartına ilişkin mahkemece ne şekilde karar verileceği belirsizdir. Davaların yığılmasında dava şartları, her bir talep bakımından ayrı ayrı incelenmeli ve eksiklik halinde o talep bakımından dava tefrik edilerek usûlden reddedilmelidir. Ancak bu kabulün, bağlantılı taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi halinde, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu dava şartı bakımından uygulanabilirliği tartışmalıdır. Söz konusu meseleye ilişkin hem öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş hem de uygulamada farklı yönde kararlar verilmiştir. Bu

[1] Bu çalışma, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde savunulan “Sınai Mülkiyet Hukukunda Tespit Davası ve Delillerin Tespiti” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

[2] Öğr. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku, e-posta adresi: betul.azakli@hbv.edu.tr, Orcid No: 0000-0003-0949-9525.

tebliğde, aralarında bağlantı bulunan ve davaların yığılması şeklinde ileri sürülen taleplere ilişkin arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun uygulanabilirliği, yargı kararları ve öğretideki görüşler ışığında değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler:

davaların yığılması

dava şartı

bağlantılı talepler

arabuluculuk

arabuluculuğa başvurma
zorunluluğu

The Applicability Of Mediation As Cause Of Action In Terms Of The Claims That Are Put Forward In The Form Of Accumulation Of Cases And Are Related To Each Other

Abstrackt

It is possible to assert independent but related claims in the form of an agglomeration of claims. One of the related claims asserted in the form of an accumulation of cases may be within the scope of mediation as a condition of litigation. In this case, it is unclear how the court will decide on the court's obligation to apply for mediation for all of the claims. In the case of an accumulation of cases, the conditions of action should be examined separately for each claim, and in case of deficiency, the case should be separated for that claim and dismissed procedurally. However, the applicability of this acceptance in terms of the litigation condition of the obligation to apply for mediation before filing a lawsuit, in the event that the related claims are asserted in the form of an accumulation of cases, is controversial. Different opinions have been put forward in the doctrine and different decisions have been rendered in practice. In this paper, the applicability of the obligation to apply for mediation in relation to the claims that are interconnected and asserted in the form of an accumulation of cases is evaluated in the light of judicial decisions and the opinions in the doctrine.

Keywords:

Accumulation of Cases

Mediation

Related Claims

Litigation Condition

Obligation to Apply to
Mediation

I. GİRİŞ

Birden fazla talebin birlikte ileri sürülmesi mümkün olup hukukumuzda ileri sürülüş şekli bakımından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)’nda farklı düzenlenmiştir (m. 110: davaların yığılması; m. 111: terditli dava; m. 112: seçimlik dava). Davaların yığılması,^[3] davacının birden fazla bağımsız talebini aynı davalıya karşı, aralarında aslilik ve fer’ilik ilişkisi ya da seçimlik ilişki kurmadan, aynı dava dilekçesinde ileri sürmesini ifade etmektedir.^[4] Ancak birden fazla talebin davaların yığılması şeklinde ileri sürülebilmesi birtakım şartlara bağlanmıştır. HMK m. 110’un gerekçesinde bu şartlar; davacının aynı davalıya karşı birden fazla ileri sürebileceği talebinin olması, taleplerin tümünün aynı yargı çeşidi içinde yer alması, talepler arasında aslilik-fer’ilik ilişkisi kurulmamış olması ve taleplerin tümüne ilişkin ortak yetkili mahkemenin bulunması şeklinde belirlenmiştir.^[5] Birlikte ileri sürülen taleplerin arasında aslilik-fer’ilik ilişkisinin kurulmamış olması, taleplerin birinden bağımsız ve asli nitelikte olmasını gerektirir. Bu şart ise konumuz açısından önem arz etmektedir.

[3] Davaların yığılmasına dair detaylı bilgi için bkz. Elif Aksoy, “Objektif Dava Birleşmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S. 117, (Mart, Nisan, 2015): 201-232; Uğur Bulut, *Medeni Usûl Hukukunda Davaların Yığılması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017); Serhat Kırtıloğlu, “Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. XVIII, S. 3-4, (Aralık, 2014): 133-172.

[4] Bulut, *Davaları Yığılması*, 13. Diğer tanımlamalar için bkz. Aksoy, “Objektif Dava Birleşmesi”, Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medeni Usûl Hukuku El Kitabı*, Cilt I, 2. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 423; Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, Cilt II (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 1092; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usûl Hukuku*, 7. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2019), 227; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usûl Hukuku*, 12. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 250; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usûl Hukuku*, 9. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 318; Süha Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku*, Cilt I (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 669.

[5] HMK m. 110 madde gerekçesi. www.lexpera.com.tr, e.t.: 05.05.2024.

Zira talepler arasındaki bağlantının taleplerin bağımsızlığını etkileyip etkilemeyeceği meselesi, dava şartlarının incelenmesine de etki etmektedir.

Davaların yığılması şeklinde açılan bir davada, talep sayısı kadar dava bulunmakta olup talepler, mahkemece birlikte incelenerek karara bağlanmaktadır.^[6] Ayrıca davaların yığılmasında dava şartları, her bir talep bakımından ayrı ayrı incelenmektedir.^[7] Hukukumuzda belirli uyuşmazlıklar^[8]

[6] Aksoy, “Objektif Dava Birleşmesi”, 204; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usûl Hukuku*, 318; Cansu Korkmaz, “Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi. Cilt: Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, Y. 7, S. 2 (Eylül, 2022): 1377-1378; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt II (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 2523; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usûl Hukuku*, 251; İlhan Postacioğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usûl Hukuku Dersleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 269; Kırtıloğlu, “Objektif Dava Birleşmesi”, 162, 163; Kuru ve Aydın, *El Kitabı*, 423, 424; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, 1092; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usûl Hukuku*, 228; Sevda Yaşar Coşkun ve Munise Seray Göncü Döner, “Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından Ticarî Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. XXIV*, S. 1-4, (Aralık, 2020), 106; Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku*, 669; Ufuk Tekin ve Hakan Hasırcı, “Ticarî Davalarda Dava Yığılması Halinde Arabuluculuğa Başvurulmasının Dava Şartı Olmadığına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Hakkında.” İçinde *Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin’in Anısında Armağan*. Ed. İbrahim Çağrı Zengin, Ahmet Özsoy, Arslan Kaya, Mustafa Halil Çonkar, Abuzer Kendigelen (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021), 641.

[7] Bulut, *Davaların Yığılması*, 27; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usûl Hukuku*, 251; Korkmaz, “Dava Şartı Arabuluculuk”, 1378; Kırtıloğlu, “Objektif Dava Birleşmesi”, 152; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, 1093; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usûl Hukuku*, 228; Postacioğlu ve Altay, *Medeni Usûl Hukuku*, 269; Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku*, 670; Tekin ve Hasırcı, “Ticarî Davalar”, 641.

[8] Dava şartı arabuluculuğun kabul edildiği uyuşmazlık türleri, iş uyuşmazlıklarına dair 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3’te, ticarî uyuşmazlıklara dair 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5/A’da, tüketici uyuşmazlıklarına dair 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A’da, diğer uyuşmazlıklara dair 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/B’de düzenlenmiştir.

bakımından dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 18/A'da dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede, davaların yığılması halinde dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulama alanı bulup bulmayacağı, her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Ancak bu sonucun uygulanabilirliği, bağlantılı talepler bakımından tartışmalıdır. Bu bağlamda tebliğde öncelikle aralarında bağlantı bulunan talepler incelenerek bu taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi ele alınmıştır. Daha sonra bağlantılı taleplerin konu edildiği davaların yığılması şeklinde açılan davalarda, arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak aranıp aranmayacağı meselesi, öğretideki farklı görüşler ve yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir.

II. BAĞLANTILI TALEPLERİN DAVALARIN YIĞILMASI ŞEKLİNDE İLERİ SÜRÜLMESİ

Davaların yığılmasına ilişkin HMK m. 110'da bağlantılı talep kavramına yer verilmemiştir. Ancak madde gerekçesinde, taleplerin birlikte davaların yığılması şeklinde ileri sürülebilmesi için birbirleri ile ekonomik ve hukukî anlamda bağlantılı olması şartının aranmayacağı belirtilmiştir.^[9] Bu ifadeden birlikte ileri sürülen taleplerin aralarında her zaman bağlantı bulunmayacağı sonucuna ulaşılmamalıdır. Gerekçede belirtilen davaların yığılması müessesesi ile delil ikamesi ve tahkikatın ortak yürütülecek olması nedeniyle usûl ekonomisine katkı sağlanacağına ilişkin sonucun, özel-

[9] HMK m. 110 madde gerekçesi. Öğretide aynı yönde bkz. Aksoy, “Objektif Dava Birleşmesi”, 204; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usûl Hukuku*, 318; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usûl Hukuku*, 345; Bulut, *Davaların Yığılması*, 182; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usûl Hukuku*, 251; Kırtıloğlu, “Objektif Dava Birleşmesi”, 140; Kuru ve Aydın, *El Kitabı*, 424; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, 1094; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usûl Hukuku*, 228; Postacioğlu ve Altay, *Medeni Usûl Hukuku*, 269; Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku*, 670; Tekin ve Hasırcı, “Ticari Davalar”, 640-641; Yaşar Coşgun ve Göncü Döner, “Ticari Dava Şartı Arabuluculuk”, 107; Yılmaz, Şerh, 2521.

likle bağlantılı talepler bakımından doğacağını söylemek mümkündür.^[10]

Bağlantılı taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülebilmesi için taleplerin birbirinden bağımsız ve asli olması gerekir. Taleplerin asli talep olması, her birinin diğerlerine eş değer ve aynı derecede öneme sahip olmasını gerektirir.^[11] Taleplerin birbirinden bağımsız olmalarını belirleyen ise, tarafın dava dilekçesinde taleplerini ayrı ayrı ileri sürmüş olması ve bu talepler ile birden fazla hukukî sonuç elde etmeyi amaçlamasıdır.^[12]

[10] Öğretide her ne kadar davaların yığılması şeklinde açılan davada talepler arasında ekonomik veya hukukî bağlantı olması şartı aranmayacağı kabul edilecek olsa da özellikle talepler arasında hiçbir bağlantının bulunmadığı ve bu taleplerin birlikte incelenmesi gerekmeyen hallerde, mahkemece taleplerin ayrılmasına karar verilebileceği ileri sürülmektedir. Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, 1094-1095. Aynı yönde bkz. Aksoy, “Objektif Dava Birleşmesi”, 229; Bulut, *Davaların Yığılması*, 49; ; Kırtıloğlu, “Objektif Dava Birleşmesi”, 141; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usûl Hukuku*, 228. Öğretide ileri sürülen başka bir görüşe göre ise, farklı hukukî ilişkilerden kaynaklanan taleplerin aynı davada birleştirilerek görülmesi, usûl ekonomisi açısından faydadan ziyade sakınca getirecek, vakıaların, delillerin ve hukukî sebeplerin tamamen birbirinden ayrı olduğu taleplerin incelenmesinin aynı tahkikatta yapılması ancak tebligat bakımından küçük fayda sağlayacak ve bu nedenle davanın gereksiz yere uzamasına neden olacaktır. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usûl Hukuku*, 345. Benzer yönde ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise, madde gerekçesinde ifade edilen davaların yığılması müessesesi ile delillerin ikamesi ve tahkikat aşamasının ortak bir şekilde yürütülmesinin usûl ekonomisine sağlayacağı yarar, ancak birbirleri ile bağlantısı olan talepler bakımından mümkün olup, taleplerin aynı veya benzer vakıalara dayanmaması halinde davaların birlikte görülmesinde usûlî bir menfaat bulunmamakta, ayrıca birlikte yapılacak delil ikamesi ve tahkikat mahkemenin işini kolaylaştırmayacak, bilakis daha karmaşık hale getirecektir. Ayrıca yazar, madde metninden çıkartılması mümkün olmayan, örneğin iş sözleşmesinden kaynaklanan alacak ile satış sözleşmesinden doğan bedelin ödenmesi talebinin birlikte ileri sürülebileceğine ilişkin görüşün doğru olmadığını ileri sürmektedir. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usûl Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), 164.

[11] Aksoy, “Objektif Dava Birleşmesi”, 211; Bulut, *Davaların Yığılması*, 30; Kırtıloğlu, “Objektif Dava Birleşmesi”, 137; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, 1093; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usûl Hukuku*, 227; Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku*, 670.

[12] Bulut, *Davaların Yığılması*, 311.

Öte yandan davaların yığılmasına konu edilen bu talepler, ayrı davalarda ileri sürülebilir durumda olmalıdır.^[13] Bu çerçevede, taleplerin aralarında bağlantı bulunsu dahi ayrı ayrı ileri sürülebilir durumda olmaları ve birden fazla hukukî sonuç elde etmeyi amaçlamaları halinde, birbirinden bağımsız oldukları kabul edilmelidir.

Bağlantılı talep kavramından ne anlaşılması gerektiği ise, HMK'nın bağlantılı davalara ilişkin ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanması ile ifade edilebilir. Bu noktada davaların birleştirilmesi için aranan bağlantılı davanın varsayılacağı hallerin düzenlendiği HMK m. 166/f. 4 hükmü dikkate değerdir.^[14] Düzenlemede, taleplerin aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğmuş olması veya taleplerden biri hakkında verilecek kararın diğeri etkileyecek nitelikte olması halinde bağlantının varsayılacağı ifade edilmektedir.^[15] Bu çerçevede, davaların yığılması şeklinde ileri sürülen talepler, aynı veya benzer vakıalardan doğmuş olmaları halinde, bağlantılı kabul edilecektir. Örneğin, kişilik haklarına tecavüzden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talepleri, aynı haksız fiil vakıasından kaynaklanan talepler olmaları nedeniyle birbirleri ile bağlantılıdır. Öte yandan davaların yığılması şeklinde ileri sürülen taleplerden biri hakkında verilecek ret veya kabul kararının, diğeri hakkında verilecek kararı etkileyecek nitelikte olması halinde de talepler bağlantılı sayılacaktır. Örneğin, fikri mülkiyet haklarına tecavüzden kaynaklanan haksız rekabetin tespiti ve tazminat ta-

[13] Bulut, *Davaların Yığılması*, 31; Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, 8. Baskı (İstanbul: Beta, 2011), 129.

[14] Korkmaz, "Dava Şartı Arabuluculuk", 1395. Öğretide HMK m. 110'da gerçek olmayan bir kanun boşluğu bulunduğu ve ihtiyari dava arkadaşlığında (m. 57), karşı davada (m. 132/1-b) ve davaların birleştirilmesinde (m. 166/f. 4) aranan bağlantının davaların yığılması bakımından da kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Budak ve Karaaslan, *Medeni Usûl Hukuku*, 164.

[15] Aralarında bağlantı bulunan davalara dair ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Ermenek, *Medeni Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 142 vd.

leplerinin aynı anda ileri sürülmesi halinde, haksız rekabetin tespiti hakkında verilecek ret veya kabul kararı, tazminat taleplerini etkileyebilecek nitelikte olduğundan, işaret edilen talepler birbirleri bağlantılıdır.

III. DAVALARIN YIĞILMASI ŞEKLİNDE İLERİ SÜRÜLEN BAĞLANTILI TALEPLERE İLİŞKİN DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN İNCELENMESİNE DAİR ÖĞRETİ GÖRÜŞLERİ

Öğretide davaların yığılması şeklinde birlikte ileri sürülen ve bağlantılı taleplere ilişkin arabuluculuğa başvuru zorunluluğu dava şartının aranıp aranmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Öğretideki bir görüşe göre,^[16] aralarında bağlantı bulunan talepler bakımından Alman hukukunda ileri sürülen gerçek olmayan terditli dava (*uneigentliche/unechte Eventualhäufung*) kabul edilebilir. Gerçek olmayan terditli dava, terditli davanın bir türü olup tarafın talep sonucundan asıl talebin kabul edilmesi halinde, yardımcı talep hakkında karar verilebileceğinin anlaşıldığı hallerde söz konusu olmaktadır.^[17] Yazara göre, gerçek olmayan terditli davanın hukukumuzda düzenlemesi bulunmasa da uygulamada bu dava türüne rastlanmaktadır. Örneğin,^[18] boşanma davasında boşanma, nafaka ve tazminat taleplerinin birlikte ileri sürülmesi halinde, nafaka ve tazminata ilişkin karar verilmesi boşanmanın sonucuna bağlanmıştır. Bu hallerde bağlantılı taleplerin dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadıkları asli talebe bağlı olarak değerlendirilmelidir. Asli talebin arabuluculuk dava şartına tabi olması halinde, sadece bu talep bakımından

[16] Uğur Bulut, “Birden Fazla Talebin Yer Aldığı Dava Çeşitlerinde Arabuluculuk Dava Şartının İncelenmesi”, *Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu: Bildiri Özeti Kitabı* (İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2020), 363-380.

[17] Holger Wendland, *Verbindung von Haupt- und Hilfsantrag im Zivilprozeß* (Berlin: Springer, 2001), 106-107; Werner Merle, “Zur eventuellen Klagenhäufung”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 83. Band, Heft 4 (1970): 454-456.

[18] Bulut, *Arabuluculuk Dava Şartının İncelenmesi*, 380.

arabuluculuğa başvurulmuş olması yeterli görülmektedir. Buna karşılık asli talebin arabuluculuk dava şartına tabi olmaması halinde ise, asli talebin kabulüne karar verildiği takdirde, fer'i talep arabuluculuk dava şartına tabi olsa dahi, bu talep bakımından arabuluculuğa başvuru zorunluluğu ortadan kalkmaktadır.

Öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe göre,^[19] aralarında bağlantı bulunan taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi halinde, talepler birlikte değerlendirilmelidir. Aksi halde, taleplerin bir kısmı için yargılamaya gidilirken diğer kısmı için arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun kabul edilmesi amaca aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu sonucun doğmaması için dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alan talepler için zorunlu, diğerleri için ise ihtiyari arabuluculuğa başvurulması gerektiği önerilmektedir. Ayrıca yazarlara göre, davaların yığılmasını meydana getiren ve dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayan talepler bakımından arabuluculuğa başvurulmayıp dava açılması halinde, dava şartı arabuluculuk kapsamında olan talepler bakımından arabuluculuk sonucunun bekletici mesele yapılmasına karar verilebilir.^[20] Zira tarafların arabuluculuk faaliyetinde anlaşmaya varıp varmamaları ve varacakları anlaşma, diğer talepleri de etkileyebilecek nitelikte görülmektedir.

Öğretide ileri sürülen bir başka görüş ise,^[21] birbirileri ile bağlantısı

[19] Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 193.

[20] Aynı yönde bkz. Ali Paslı, “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesinin Yorumu”, içinde *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, ed. Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 25; M. Ertan Yardım, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, içinde *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, ed. Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 101.

[21] Tekin ve Hasırcı, “Ticari Davalar”, 647 vd.

bulunan talepler bakımından dava şartı arabuluculuk hükümlerinin nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin açık bir kanun düzenlenmesinin bulunmamasının, mevcut hükümlere göre karar verilemeyeceği ve bu konuda bir kanun boşluğunun bulunduğu anlamına gelmediğine yöneliktir. Yazara göre, mevcut hükümler gereği yapılması gereken, davaların yığılmasında, dava şartlarının her bir talep bakımından ayrı ayrı incelenecek olması kabulün, dava şartı arabuluculuk bakımından da uygulanmasıdır. Öte yandan uygulamada talepler arasındaki bağlantı nedeniyle yargılamanın birlikte yürütülebilmesi için başvurulabilecek çeşitli yöntemler olduğu ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki, dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi olmayan talepler bakımından derhal dava açılmasını gerektiren bir durum söz konusu değilse, tüm taleplerin birlikte dava konusu edilmesi yerine, öncelikle dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi talep bakımından arabuluculuk yolunun tüketilmesi, bu yola başvurudan bir sonuç alınamadığı takdirde taleplerin tamamı için davaların yığılması şeklinde dava açılmasıdır. Dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi olmayan talep bakımından derhal dava açılmasının zorunlu olduğu hallerde ise, HMK m. 165'in mevcut halinin arabuluculuğa başvurulmuş olunması nedeniyle bekletici sorun yapılmasını engelleyeceğine, ancak olması gereken hukuk bakımından düzenlemeye arabuluculuğa başvurulmuş olması şartının eklenebileceğine işaret edilmiştir. Yazara göre, bu konuda kullanılabilecek bir başka yöntem ise, dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi olmayan talep bakımından, ihtiyati tedbir kararı alınarak dava açmayı gerektirecek zorunluluğun ortadan kaldırılmasına imkân sağlanmasıdır. Dava şartı arabuluculuğa tabi talep bakımından anlaşma sağlanamadığı takdirde, dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan talep bakımından ihtiyati tedbir kararı üzerine açılacak davada, HMK m. 141 düzenlemesine uygun olarak cevaba cevap dilekçesi ile dava şartı arabuluculuğa tabi talebin diğer talebe eklenmesi mümkün görülmektedir. İfade edilen bu yöntemler arabuluculuk sürecinden bir sonuç çıkmayacağı varsayımına bağlanmış olup, arabuluculuk sürecinde anlaşma sağlanmış olması halinde, anlaşma sağlanan talep bakımından zaten dava

açılmayacağı, ancak bu sonucun bir işin yapılmamasına ilişkin borçlar bakımından söz konusu olmadığı kabul edilmektedir.

Nihayet diğer bir görüşe göre ise, aralarında bağlantı bulunan taleplerin dava şartı arabuluculuk açısından farklı değerlendirilmesi, pratikte fayda sağlamayacak olup, bu nedenle bağlantılı taleplerin dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmama yönünden aynı kapsamda değerlendirilmesi ve bu hususun açık bir kanun hükmü ile düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.^[22] Bu yöndeki görüşlerden bir diğerine göre de, aralarında bağlantı bulunan taleplerin tamamına ilişkin arabuluculuğa başvuru zorunluluğu açık kanun hükmü ile öngörülmalıdır.^[23] Öğretide bekletici mesele yapılabileceğine ilişkin ileri sürülen görüşü değerlendiren yazar, arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılacak anlaşmanın bir mahkeme veya idari makam kararı olarak değerlendirilemeyecek olmasının yanı sıra, arabuluculuğa tabi olmayan taleplere ilişkin mahkemece verilecek kararın dava şartı arabuluculuğa tabi olan taleplere ilişkin arabuluculuk sonucuna da bağlı olmaması nedeniyle bekletici mesele yapılmasına karar verilemeyeceği sonucuna ulaşmaktadır. Arabuluculuk yolu tüketildikten sonra açılan davanın diğer davalar ile birleştirilebileceğine ilişkin görüşü de değerlendiren yazar,^[24] bu halde davaların birleştirilmesine karar verilmemesi ihtimalinin söz konusu olduğuna işaret etmektedir. Davaların birleştirilmesine karar verilmemesi halinde ise, davaların yığılmasına konu olabilecek bağlantılı taleplerin ayrı davalarda ele alınabileceğini ve bu durumun usûl ekonomisi ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi çelişkili kararlar verilmesine de neden olabileceğini ileri

[22] Cafer Eminoglu ve Ersin Erdogan, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 164, dn. 178.

[23] Korkmaz, “Dava Şartı Arabuluculuk”, 1397.

[24] Öğretide bir görüşe göre, davaların yığılması şeklinde ileri sürülen bağlantılı taleplerden biri hakkında dava şartı arabuluculuğa tabi olması nedeniyle verilecek ret kararı üzerine, arabuluculuğa başvurulup yeniden dava açılması ihtimalinde, mahkemece yargılamanın her aşamasında birleştirme kararı verilebilecektir. Yaşar Coşkun ve Göncü Döner, “Dava Şartı Arabuluculuk”, 113.

sürmektedir.

IV. DAVALARIN YIĞILMASI ŞEKLİNDE İLERİ SÜRÜLEN BAĞLANTILI TALEPLERE İLİŞKİN DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN İNCELENMESİNE DAİR UYGULAMADAKİ DURUM

Uygulamada aralarında bağlantı bulunan talepler bakımından arabuluculuğa başvuru zorunluluğuna ilişkin Yargıtay kararları aynı yönde olup, bu kararlarda, aralarında bağlantı bulunan talepler bakımından arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun birlikte değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Birlikte değerlendirilen talepler arasında arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunmayan bir talebin yer alması halinde, diğer talepler bakımından da bu zorunluluğun ortadan kalkması ve davanın esası hakkında incelemeye geçilmesi gerektiği kabul edilmektedir. İşaret edilen yönde verilen kararlar kronolojik olarak sıralandığında şu şekilde gelişim göstermiştir:

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) kapsamında, çek istirdadı ve dava konusu çek nedeniyle davalıya borçlu olunmadığının tespiti istemiyle açılan bir davada, ilk derece mahkemesi tarafından davanın arabuluculuğa başvurunun dava şartı olduğu ve bu husus yerine getirilmeden dava açılması nedeniyle tüm talepler bakımından davanın usûlden reddine karar verilmiştir. Karara karşı davacı tarafından istinaf istemi, bölge adliye mahkemesince aynı gerekçe ile esastan reddedilmiştir. Kararın davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmede, TTK'nın 792. maddesi kapsamında açılan çek istirdadı davasında arabulucuya başvurmanın dava şartı olmadığına, ancak davacının çek nedeniyle borçlu olmadığına tespiti talebinin bir menfi tespit davası ve bu davanın konusunun da bir miktar alacağa ilişkin olması nedeniyle arabulucuya başvurmanın dava şartı olduğuna *işaret edilmiştir. Ancak* menfi tespit

davasının çek istirdadı davası ile birlikte açıldığı gerekçesiyle taleplerin tamamının arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağına hükmedilmiştir.^[25] Söz konusu karara daha sonra aynı daire tarafından verilen kararlarda atıf yapılmıştır.

Geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespiti ve bu amaçla verilen paranın tahsiline ilişkin açılan başka bir davada, ilk derece mahkemesince dava şartı arabuluculuğa başvurulmaması nedeniyle tüm talepler bakımından davanın usûlden reddine karar verilmiş, karara karşı davacı tarafın istinaf istemi bölge adliye mahkemesince aynı gerekçe ile esastan reddedilmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmede, taleplerin bir arada ileri sürülmesi nedeniyle HMK m. 110'da düzenlenen davaların yığılmasının söz konusu olduğuna dikkat çekilerek, ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespiti talebinin dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığına, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tazminat talebinin ise arabuluculuğa tabi olmasına rağmen, taleplerin birlikte ileri sürülmeleri nedeniyle tamamı bakımından arabuluculuk dava şartının aranmayacağına karar verilmiştir.^[26] Yargıtay tarafından daha sonra aynı dairede verilen kararlarda bu karara atıf yapılmıştır.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) kapsamında marka hakkına istinaden unvan terkinini, markaya tecavüzün tespiti, men'i ve buna bağlı olarak maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davada, ilk derece mahkemesince davacının taleplerinin aynı iddiadan kaynaklanması nedeniyle uyuşmazlığın bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğine ve davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usûlden reddine karar verilmiştir. Karara karşı yapılan istinaf istemi, bölge adliye mahkemesince de aynı ge-

[25] Yargıtay 11. HD. E. 2019/3048, K. 2020/1093, 10.02.2020. www.legalbank.com.tr, e.t.: 12.05.2024.

[26] Yargıtay 11. HD. E. 2020/197, K. 2020/1578, 17.02.2020. www.legalbank.com.tr, e.t.: 03.05.2024.

rekçeyle esastan reddedilmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmede, dava konusunun birden fazla olması nedeniyle HMK m. 110 anlamında davaların yığılmasının söz konusu olduğuna, marka hakkına istinaden unvan terkinin, markaya tecavüzün tespiti, men'ine ilişkin taleplerin dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığına, bu talepler ile birlikte ileri sürülen ve konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tazminat taleplerinin dava şartı arabuluculuğa tabi olduğuna ancak bu taleplerin birlikte ileri sürülmüş olması nedeniyle tamamına ilişkin arabuluculuk dava şartının söz konusu olmayacağına, bu nedenle işin esasına girilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.^[27]

Görüldüğü üzere Yargıtay tarafından verilen yukarıda işaret edilen kararlarda, dava konusunun birden fazla olması nedeniyle davaların yığılmasına işaret edilmekte ancak talepler arasındaki ilişki ortaya konulmadan dava şartına ilişkin kararlar verilmektedir. Ancak aşağıda belirtilen kararda ve sonrasında verilen kararlarda talepler arasındaki bağlantının HMK m. 166'ya göre belirlenebileceğine işaret edilmiş ve dava şartı arabuluculuğa ilişkin karar verilirken talepler arasındaki bağlantı göz önünde bulundurulmuştur.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kapsamında maddi ve manevi tazminat talepleri ile eser sahipliğinin tespiti, tecavüzün ortadan kaldırılması taleplerinin bir arada sürüldüğü davada, ilk derece mahkemesince dava konusu uyuşmazlığın usûlî nitelikte olması nedeniyle arabuluculuk dava şartına tabi olduğu, ancak arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşıldığı gerekçesiyle, davanın usûlden reddine karar verilmiştir. Karara karşı yapılan istinaf başvurusunda bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesince verilen usûlden ret kararının usûl ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle istinaf başvurusunu reddetmiştir. Kararın temiz

[27] Yargıtay 11. HD. E. 2019/4851, K. 2020/2732, 10.06.2020. www.legalbank.com.tr. e.t.:12.05.2024.

edilmesi üzerine Yargıtay tarafından dava konusunun birden fazla olması ve bunlardan bir kısmının bir miktar para alacağına, bir kısmının ise miktara tabi olmaması halinde talepler arasında HMK m. 166 anlamında bir bağlantı bulunduğu ve birlikte ileri sürülen bağlantılı taleplerin HMK m. 110 anlamında bir dava yığılması olduğuna dikkat çekmiştir. Bu halde arabuluculuğa başvuru zorunluluğuna ilişkin mahkemece ne şekilde karar verilebileceğine ilişkin hüküm bulunmadığına, ancak Anayasa uyarınca uyuşmazlığın çözümünde asıl olanın mahkeme yargısı olduğu dikkate alındığında davaların yığılması şeklinde ileri sürülen taleplerin aralarındaki bağlantı nedeniyle arabuluculuğa başvuru zorunluluğuna ilişkin kararın, talepler bir arada değerlendirilerek kaldırılması ve mahkemece esasa ilişkin inceleme yapılması gerektiğine hükmedilmiştir.^[28]

Yargıtay tarafından FSEK kapsamında açılan maddi manevi tazminat, haksız rekabetin tespiti ve tecavüzün ortadan kaldırılması istemli başka bir davada *işaret edilen bir önceki karar ile* aynı gerekçelerle taleplerin bir arada değerlendirilmesi gerektiğine ve tüm talepler bakımından arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun kalkacağına karar verilmiştir.^[29] Ancak bu karar öncekilerden farklı olarak oy birliği yerine oy çokluğu ile alınmış olup, kararda karşı görüş bulunmaktadır.^[30] Yazılan karşı oyda, taleplerden birinin dava şartı arabuluculuğa tabi olması halinde arabuluculuğa başvurulmadan önce hem taleplerin aynı yargı çeşidi içerisinde bulunmaması nedeniyle HMK m. 110 gereğince davaların yığılmasından hem de

[28] Yargıtay 11. HD. E. 2019/3611, K. 2020/4734, 04.11.2020. www.lexpera.com.tr. e.t.: 12.05.2024.

[29] Yargıtay 11. HD. E. 2020/933, K. 2020/5776, 9.12.2020. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2021/6724, K. 2022/13, 10.01.2022; Yargıtay 11. HD. E. 2021/1101, K. 2022/4798, 13.06.2022; Yargıtay 11. HD. E. 2021/7144, K. 2020/5039, 20.06.2022; Yargıtay 11. HD. E. 2022/1129, K. 2023/4285, 10.07.2023. www.lexpera.com.tr, e.t.: 04.05.2024.

[30] Aynı Daire'nin oybirliği ile alınan aynı yönde kararları için bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2020/7524, K. 2022/2040, 17.03.2022. www.lexpera.com.tr, e.t.: 12.05.2024.

taleplerin aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemesinde ileri sürülemeyeceği gerekçesiyle HMK m. 166 gereğince davaların birleştirilmesinden söz edilmesinin mümkün olmadığına işaret edilmiştir. Bu nedenle dava şartı arabuluculuğa tabi talebin tefrik edilerek usûlden reddedilmesi, diğer taleplere ilişkin esasa geçilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay'ın başka bir dairesinde de aynı yönde kararlar verilmiştir. Kira sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta verilen başka bir kararda, sözleşmeye uygun olarak bodrum katı dışında yer alan ve halen davalı tarafından kullanılan alanın tesliminin ve teslim edilmeyen alan dikkate alınarak fazladan ödenen kira bedellerine karşılık olmak üzere belli bir miktar bedelin ödenmesine ilişkin davaların yığılması şeklinde açılan bir davada, davanın konusunun birden fazla olması nedeniyle HMK m. 110 anlamında bir dava yığılması ve talepler arasında HMK m. 166 anlamında bağlantı bulunduğu hükmedilmiştir. Söz konusu kararda, ayrıca taleplerden bir kısmının bir miktar para alacağına ilişkin olmasına rağmen bir kısmının miktara tabi olmaması halinde, dava şartı arabuluculuğun ne şekilde çözümleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığına ve Anayasa uyarınca uyuşmazlığın çözümünde asıl olanın mahkeme yargısı olduğuna dikkat çekilmiştir. Tüm bu hususlar dikkate alınarak aralarında bağlantı bulunan taleplerin bir arada değerlendirilmesi gerektiğine ve taleplerin arabuluculuğa tabi olmaksızın mahkemece çözüme kavuşturulması gerektiğine karar verilmiştir.^[31]

Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararları da^[32] aynı yönde olup, kararlar oy çokluğu ile verilmiş olup, aynı yönde karşı oy görüşü bulunmaktadır.

[31] Yargıtay 3. HD. E. 2022/4456, K. 2022/6115, 7.12.2022. www.lexpera.com.tr, e.t.: 04.05.2024.

[32] Yargıtay 11. HD., E. 2022/1129, K. 2023/4285, 10.07.2023. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2020/7524, K. 2022/2040, 17.03.2022. www.lexpera.com.tr, e.t.: 04.05.2024.

Ancak Yargıtay'ın vermiş olduğu yakın tarihli başka bir kararda,^[33] haksız rekabetin tespiti, önlenmesi ve tazminat talebiyle açılan davada ilk derece mahkemesince arabuluculuğa başvuruda bulunulmamış olması nedeniyle taleplerin tamamına ilişkin usûlden ret kararı verilmiştir. Ancak kararın istinaf başvurusu üzerine bölge adliye mahkemesince Yargıtay'ın yerleşik içtihadı haline gelen kararı dikkate alınarak aralarında bağlantı bulunan ve miktara tabi olan ve olmayan taleplerin bir arada davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi halinde, uyuşmazlığın arabuluculuğa tabi olmaksızın mahkemece çözüme kavuşturulması gerektiğine ve bu nedenle ilk derece mahkemesince verilen kararın kaldırılmasına hükmedilmiştir. Bu karar, temyiz başvurusu üzerine Yargıtay tarafından oybirliği ile onanmıştır.

Yakın tarihte verilen kararlarda tespit edildiği üzere,^[34] Bölge Adliye Mahkemesince yukarıda işaret edilen karara benzer şekilde bağlantılı taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi halinde, dava şartı arabuluculuğa ilişkin Yargıtay'ın yerleşik içtihadı kabul edilmektedir.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Öğretide ve uygulamada bağlantılı talepler bakımından dava şartı arabuluculuğun uygulanabilirliğine ilişkin ileri sürülen farklı yaklaşımlar değerlendirilirken öncelikle vurgulanması gereken mesele, davaların yığılması şeklinde birlikte ileri sürülebilecek talepler arasında bağlantının bulunması gerekliliğidir. Aralarında bağlantı bulunmayan taleplerin birlikte ileri sürülmesi, davaların yığılmasında delil ikamesi ve tahkikatın ortak yü-

[33] 11. HD. E. 2021/6300, K. 2023/1795, 23.03.2023. www.lexpera.com.tr, e.t.: 04.05.2024.

[34] Konya Bölge Adliye Mahkemesi, 6. HD. E. 2024/36, K. 2024/614, 12.03.2024; Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, 11. HD. E. 2021/2188, K. 2023/1654, 17.10.2023; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 12. HD. E. 2023/1915, K. 2023/1509, 6.10.2023; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 16. HD. E. 2021/2013, K. 2023/1359, 04.10.2023; Adana Bölge Adliye Mahkemesi, 9. HD. E. 2023/2871, K. 2023/628, 25.09.2023. www.lexpera.com.tr, e.t.: 12.05.2024.

rütülmesi nedeniyle davaların uzamasına neden olabilecektir. Bu durum, davaların yığılması müessesesi ile sağlanacak olan usûl ekonomisi ilkesine uygun yargılamanın sürdürülmesi amacına aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Öte yandan bağlantılı taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi, birlikte ileri sürülen taleplerin bağımsızlığı şartına aykırılık oluşturmaz. Zira taleplerin bağımsız olarak ileri sürülmesinin gerekliliği, davacının talep sonucunu kaleme alınış şekline göre değerlendirilmelidir. Davacının talep sonucunda, istemlerini ayrı ayrı usûlî talepler şeklinde ileri sürdüğü takdirde, taleplerin aralarında bağlantı bulunsada dahi birbirinden bağımsız ve davaların yığılmasının söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Bu sonuç, talepler arasındaki bağlantının taleplerden birinin diğerinden önce incelenmesini gerektiren haller bakımından da kabul edilmelidir. Bu çerçevede, öğretide bağlantılı taleplere ilişkin ileri sürülen gerçek olmayan terditli dava ve bu davada, dava şartı arabuluculuğa ilişkin ileri sürülen görüşe katılmamaktayız. Zira HMK m. 111’de terditli dava, aralarında aslilik-fer’ilik ilişkisi kurularak ileri sürülen taleplerden asli talebin esastan reddedilmesi halinde fer’i talebin incelenebileceği davayı ifade edecek şekilde düzenlenmiştir. Yürürlükteki hukuk bakımından gerçek olmayan terditli davanın Türk hukukunda uygulanabilirliğinin söz konusu olmayacağını söylemek mümkündür. Davacının aralarında bağlantı bulunan birden fazla talebini asli talep olarak hüküm altına aldirmek istemesi halinde başvuracağı hukukî imkân, davaların yığılması şeklinde dava açmak olmalıdır.

Bağlantılı taleplerin davaların yığılmasına konu edilmesi halinde ortaya çıkabilecek dava şartı arabuluculuğa ilişkin sorunlar ise, kendi özellikleri içerisinde ayrıca değerlendirilmelidir. Bağlantılı taleplerin tamamı dava şartı arabuluculuğa tabi ise, dava açmadan önce tüm talepler bakımından arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun dava şartı olarak aranmasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu halde, arabuluculuğa başvurulmadan dava açıldığı takdirde, mahkemece tüm taleplere ilişkin usûlden ret kararı verilmelidir. Davaların yığılması şeklinde ileri sürülen bağlantılı taleplerin

tamamı dava şartı arabuluculuğa tabi değilse, dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu, dava şartı olarak aranmayacaktır. Bu halde taraf, taleplerin tamamını davaların yığılması şeklinde ileri sürebileceği gibi taleplerin arabuluculuğa elverişli olması halinde, ihtiyari olarak da arabuluculuğa başvurabilecektir.

Çalışmanın konusunu oluşturan asıl mesele ise, birlikte davaların yığılması şeklinde ileri sürülen bağlantılı taleplerden birinin dava şartı arabuluculuğa tabi olmasıdır. Taleplerden birinin dava şartı arabuluculuğa tabi olması halinde, mahkemece ne şekilde karar verileceğine ilişkin kanunî bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide davaların yığılmasının genel özellikleri içerisinde bu dava türünde talep sayısı kadar dava olduğu ve bu nedenle her bir talep bakımından dava şartlarının ayrı ayrı incelenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu kabulün arabuluculuğa başvuru zorunluluğu dava şartı bakımından uygulanması, dava şartının her bir talep bakımından ayrı ayrı incelenmesini ve arabuluculuk dava şartına tabi olan taleplerin her biri için arabuluculuğa başvurulmuş olmasını gerektirir. Arabuluculuğa başvurulmadan dava açılmış olması halinde ise, arabuluculuğa başvuru zorunluluğuna tabi olan talep bakımından davanın tefrik edilerek usûlden reddedilmesi ve diğer talep bakımından davanın esastan incelenmesi gerekir. Ancak işaret edilen bu sonucun aralarında bağlantı bulunan talepler bakımından uygulanamayacağını söylemek mümkündür. Zira aksinin kabulü, aralarında bağlantı bulunan taleplerden bir kısmı için yargılamaya, aynı anda diğeri için arabuluculuk görüşmelerine devam edilmesine neden olacağından arabuluculuktan beklenen fayda sağlanamayacaktır.

Öğretide ileri sürülen bağlantılı taleplerden dava şartı arabuluculuğa tabi talep bakımından arabuluculuk görüşmesinin sonucunun, dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan talep bakımından yürütülen yargılamada bekletici sorun yapılabileceğine ilişkin görüş değerlendirildiğinde ise, öncelikle yürürlükteki hukukun buna engel teşkil edeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira HMK m. 165/f. 1'e göre, bekletici sorun kararı verilebilmesi, bir

davada hüküm verilmesinin başka bir davanın sonuçlanmasına ya da idari makamın kararına bağlı olan hallerde mümkündür. *İlgili* düzenlemeden yola çıkıldığında, öncelikle arabuluculuk görüşmelerinin idari makam ya da mahkeme kararı ile sonuçlanmadığına dikkat çekilmelidir. Öte yandan bekletici sorun kararı verilmesi için gerekli olan tarafların arabuluculuk faaliyetinde anlaşmaya varıp varmamaları ve varacakları anlaşmanın diğer talepleri etkilemesi de her zaman mümkün görülmemektedir. Zira arabuluculuk görüşmeleri neticesinde anlaşma sağlanmış olması, arabuluculuğa tabi olmayan talep bakımından yürütülen yargılamayı her zaman doğrudan etkilemeyecektir. Bu noktada arabuluculuk görüşmelerinde anlaşılan hususlarda dava açılmayacağına ilişkin düzenleme nedeniyle yargılaması yürütülen talepler bakımından hukukî yararın söz konusu olmayacağı ileri sürülebilir. Ancak bu sonuç, tamamen arabuluculuk anlaşma tutanağına yazılan hususlara bağlı olacaktır. Nitekim bu kabulümüz, öğretide ileri sürülen arabuluculuğa tabi olmayan talep bakımından dava açılmadan önce fiili olarak arabuluculuğa başvurulmuş talebin sonucunun beklenmesine ilişkin görüşe katılmama gerekçemizi de oluşturmaktadır.

Mevcut düzenlemede yapılacak değişiklik ile arabuluculuğa başvurulmuş olunmasının bekletici sorun yapılabileceği görüşü değerlendirildiğinde ise, arabuluculuğa başvuru zorunluluğu nedeniyle tefrik edilen talep hakkında arabuluculuğa başvurulmuş ancak anlaşma sağlanamamış olabileceği ihtimali dikkate alınmalıdır. Bu halde, dava açılabilmesine ve bu davanın bağlantılı talebe ilişkin dava ile birleştirilebilmesine ilişkin görüşe karşılık öğretide ileri sürülen davaların birleştirilmesine karar verilmediği takdirde, bağlantılı taleplere ilişkin ayrı yargılamaların yürütülmesi sonucunun doğabileceği ve bunun usûl ekonomisi ilkesine aykırı sonuçları olduğu kadar çelişki kararlar verilmesine de neden olabileceğine ilişkin görüşe katılmaktayız.

Gelinen bu noktada aralarında bağlantı bulunan taleplerin birlikte ileri sürülmesi halinde taleplerin tamamına ilişkin ortak bir değerlendirme ya-

pılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu halde, iki ihtimal karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, arabuluculuğa elverişli olduğu takdirde taleplerin tamamına ilişkin dava açmadan önce arabuluculuğa başvurunun dava şartı olmasıdır. Bir diğeri ise, arabuluculuğa elverişli olduğu takdirde taleplerin tamamı bakımından arabuluculuğa başvurunun dava şartı olmaktan çıkarılmasıdır.

Uyuşmazlıkların çözümü bakımından esas olanın devlet yargılaması olması nedeniyle istisnai bazı uyuşmazlıklar bakımından kabul edilen dava şartı arabuluculuğun kapsamının genişletilmemesi gerekir. Aksinin kabulü, mahkemeye erişim hakkına (Anayasa m. 36) aykırı sonuçlar doğuracaktır. Bu halde dava şartı arabuluculuğa tabi olan taleple tabi olmayan talebin birlikte davaların yığılması şeklinde ileri sürülerek dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin uygulanamaz hale getirilmesi de talepler arasındaki bağlantı nedeniyle söz konusu olamaz. Zira çoğu halde bağlantılı taleplerin birlikte değerlendirilmesi, çelişkili kararların önüne geçilmesi bakımından zorunluluk arz etmektedir. O halde, Yargıtay'ın tüm talepler bakımından arabuluculuğa başvuru dava şartının kaldırılması ve esasa ilişkin değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin vermiş olduğu kararların hukuka uygun olduğunu söylemek mümkündür. Buna karşılık Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında karşı oy olarak ileri sürülen görüşe ise katılmamaktayız. Davaların yığılması şeklinde birden fazla talebin ileri sürülmesi halinde, davaların yığılmasına ilişkin aranan şartlarda eksiklik olabileceği gibi her dava için aranan genel şartlarda da eksiklik olabilir. Karşı oy görüşünde bu ayrım dikkate alınarak arabuluculuğa tabi olan bir talebin davaların yığılması şeklinde diğer taleplerle birlikte ileri sürülmesi, davaların yığılmasına ilişkin “ileri sürülen birden fazla talebin aynı yargı çeşidi içerisinde yer alması” şartında eksiklik olarak görülmüştür. Bir talebe ilişkin dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunması, dava şartlarından biri olup, davaların yığılmasının şartlarından biri değildir. Zira ileri sürülen talebin aynı yargı çeşidi içerisinde yer alması, taleplere ilişkin

yürütülecek yargılama faaliyeti içerisinde değerlendirilmesi gereken bir şarttır. Öğretide çoğunluğun kabul ettiği üzere aynı yargı çeşidi içerisinde bulunma, taleplere ilişkin ortak yargılama usulünün varlığını gerektirir^[35]. Başka bir ifadeyle davaların yığılması şeklinde ileri sürülen taleplerin tamamının adli yargının alt kolu olan medeni yargı içerisinde yer alması ve bu yargı çeşidi içinde de basit ve yazılı yargılama usullerinden aynı usule tabi olmasına bağlıdır. Bu çerçevede, öncelikle mahkeme yargısı ile arabuluculuk faaliyeti farklı yargılama usulleri olarak değerlendirilemez. Ayrıca dava şartı arabuluculuğun kabul edildiği uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulmamış olması, dava açılmasına engel olmamakta; açılan davada arabuluculuğa başvuru zorunluluğu dava şartı olarak incelenmektedir. Bu nedenle davaların yığılmasına ilişkin işaret edilen şartın, arabuluculuk görüşmelerinde anlaşma sağlanamaması halinde açılacak davadaki yargılama usulü dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.

Meseleyi bu açıdan değerlendirildiğimizde, yazılı hukuk kuralları içerisinde yer alan bu eksikliğin gerçek olmayan bir kanun boşluğuna neden olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu noktada açık kanun düzenlemesine ihtiyaç duyulup duyulmaması değerlendirilmelidir. Elbette her duruma ilişkin olarak özel bir kanun düzenlemesi yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak davaların yığılmasına ilişkin özelliklerden yola çıkılarak dava şartı arabuluculuk uygulamasına ilişkin öğretide ve uygulamada varılan sonuç, aralarında bağlantı bulunan talepler bakımından uygulanamamaktadır. Ayrıca arabuluculuğa başvuru zorunluluğu öngörülen hallerin istisnai nitelik taşıması, yorum yolu ile de kapsamının genişletilmesine en-

[35] Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 345; Bulut, *Davaların Yığılması*, 232 vd.; Kırtıloğlu, “Objektif Dava Birleşmesi”, 146; Kuru ve Aydın El Kitabı, 423, 424; Pekcanıtez, *Pekcanıtez Usul*, 1095; Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 670. Objektif dava birleşmesi hususunda bahsedilen yargı çeşidinin yargı kolu ayrımı olduğuna ilişkin bkz. Aksoy, “Objektif Dava Birleşmesi”, 212; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 318.

gel teşkil etmektedir. Bu durumda kanunî düzenleme eksikliği, aralarında bağlantı bulunan taleplerden arabuluculuğa başvuru zorunluluğuna tabi taleplerin uygulamada dava şartı arabuluculuğun kapsamının dışına alınmasına neden olmaktadır. Başka bir ifadeyle kanunî düzenleme eksikliği nedeniyle genel olarak birlikte ileri sürülen bazı talepler bakımından dava şartı arabuluculuk uygulanamaz hale gelmektedir. Öte yandan taraf, mevcut durumda özellikle tahkikat aşaması ortak yürütülebilecek ve çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçilebilecek olan bağlantılı taleplerini ayrı davalarla ileri sürmeye sevk edilmektedir. Zira dava şartı arabuluculuğa ilişkin yaşanan çelişkili durum, taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülme imkanını etkilemekte, hatta öğretide bağlantılı taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesine alternatif yöntemler önerilmektedir.

Dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan talebin tabi olan taleple birlikte değerlendirildiği ve her iki talep bakımından da arabuluculuğa başvuru dava şartı olarak kabul edildiği takdirde, kanun koyucunun dava şartı arabuluculuğa ilişkin uyuşmazlıkların kapsamını belirlerken benimsediği iradeye aykırı hareket edilmiş olunacaktır. Bir talebin dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında tutulmasının öncelikle sebebi, o talepler bakımından doğrudan dava açılmasının tarafların menfaatlerini koruyucu sonuçlar doğurmasıdır. Nitekim kapsam dışında tutulan talepler bakımından arabuluculuk müzakereleri ile anlaşmaya varılması ihtimalinin -ortak bir noktanın bulunması olasılığı- düşük olacağı da dikkate alınmalıdır.

Yukarıda işaret edilen hususlar birlikte değerlendirildiğinde, bağlantılı taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmeleri halinde, mahkemece dava şartı arabuluculuğun incelenmesine ilişkin açık bir kanun düzenlemesi yapılması gerektiğini söylemek mümkündür. Bu kapsamda yapılacak düzenleme ile bağlantılı taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi halinde, taleplerin tamamı birlikte değerlendirilerek arabu-

luculuğa başvuru zorunluluğunun ortadan kaldırılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

Aksoy, Elif. “Objektif Dava Birleşmesi.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S. 117, (Mart, Nisan 2015): 201-232.

Alangoya, Yavuz, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım. *Medeni Usûl Hukuku Esasları*. 8. Baskı. İstanbul: Beta, 2011.

Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usûl Hukuku*. 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.

Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medeni Usûl Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023.

Bulut, Uğur. “Birden Fazla Talebin Yer Aldığı Dava Çeşitlerinde Arabuluculuk Dava Şartının İncelenmesi.” *Bildiri Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu*. İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi, 14 Kasım 2020.

Bulut, Uğur. *Medeni Usûl Hukukunda Davaların Yığılması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

Ekmekçi, Ömer, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Eminoğlu, Cafer ve Ersin Erdoğan. *Ticarî Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Ermenek, İbrahim. *Medeni Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medeni*

Usûl Hukuku. 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.

Kırtıloğlu, Serhat. “Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi.” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. XVIII, S. 3-4, (Aralık, 2014): 133-172.

Korkmaz, Cansu. “Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk.” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*. Cilt: Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, Y. 7, S. 2 (Eylül 2022): 1365-1406.

Paslı, Ali. “Ticarî İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesinin Yorumu.” içinde *Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Editörler Ceyda Süral Efeçinar ve M. Ertan Yardım, 13-25, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özeken. *Medeni Usûl Hukuku*. 7. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2019.

Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*. Cilt II, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Postacıoğlu, İlhan ve Sümer Altay. *Medeni Usûl Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.

Merle, Werner. “Zur eventuellen Klagenhäufung.” *Zeitschrift für Zivilprozess*, 83. Band, Heft 4 (1970): 436-469.

Tanrıver, Süha. *Medeni Usûl Hukuku*. Cilt I, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Tekin, Ufuk ve Hakan Hasırcı. “Ticarî Davalarda Dava Yığılması Halinde Arabuluculuğa Başvurulmasının Dava Şartı Olmadığına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Hakkında.” *Ord. Prof. Dr. Şevket Meme-*

dali Bilgişin'in Anısında Armağan. Editörler İbrahim Çağrı Zengin, Ahmet Özsoy, Arslan Kaya, Mustafa Halil Çonkar, Abuzer Kendigelen, 631-653, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021.

Wendland, Holger. *Verbindung von Haupt- und Hilfsantrag im Zivilprozeß.* Berlin: Springer, 2001.

Yardım, M. Ertan. “Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru.” içinde *Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk.* Editörler Ceyda Süral Efeçinar ve M. Ertan Yardım, 86-110, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Yaşar Coşkun, Sevda ve Munise Seray Göncü Döner. “Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından Ticarî Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz.” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.* C. XXIV, S. 1-4, (Aralık, 2020): 89-117.

Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,* Cilt II. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları İkinci Oturum

**CEZASIZLIK VE AŞKIN
CEZALANDIRMA**

Aşkın Cezalandırma ve Cezasızlık Sarkacında Türkiye Hukuku

Denizer ŞANLI

Öz

Yaygın iki uygulama olarak aşkın (aşırı) cezalandırma ve cezasızlık, Türkiye’de uzun yıllardan bu yana ayrı durum ve başlıklar olarak tartışılmaktadır. Çalışma, bu iki durum arasındaki ilişkiye odaklanmaktadır. Bu bağlamda, hukuksal alanı da kapsayan, ancak esasen ve kaçınılmaz olarak siyasal yapı ve onun kararlarıyla temellenen/biçimlenen ve hukuk alanında etki ve sonuçlar yaratan bir durumdan söz etmek yanlış olmaz. Dolayısıyla çalışma, kamuoyunca da yaygın biçimde bilinen bazı yargısal süreçlerden daha çok, duruma yol açan nedenleri, siyasal alanla ilişkili olarak tanımlamakta ve bu alanca belirlenen özgül hukuksal süreçlere yoğunlaşmaktadır.

Bu yönden çalışma, aşkın cezalandırma ve cezasızlık uygulamalarının dar anlamda hukuki alana ilişkin görünümünden ziyade, Türkiye’de siyasal yapı ile hukuk yürürlüğü arasındaki ilişki ve belirlenimlere ilişkin bir tartışma çerçevesi sağlamaya çalışmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

organize suçlar

cezasızlık

aşkın (aşırı) cezalandırma

terör suçları

tehlikelilik

Turkish Law At The Punishment And Impunity Pendulum

Abstract

Two common practices, over punishment (Excessive Punishment) and impunity, have been discussed as separate cases and concepts in Turkey for many years. The study focuses on the relationship between these two cases. In this context, it would not be wrong to talk about a case that includes the legal field, but is essentially and inevitably based/shaped by the political structure and its decisions, and creates effects and results in the field of law. Therefore, the study defines the reasons that led to the case in relation to the political field, rather than some judicial processes that are widely known to the public, and focuses on the specific legal processes determined by this field.

In this respect, this study tries to provide a discussion framework regarding the relationship and determinations between the political structure and legal enforcement in Turkey, rather than the narrowly legal view of the practices of over punishment and impunity.

Keywords:

organized crimes

impunity

dangerousness

terror crimes

over (Excessive)
punishment

I. ÇALIŞMANIN TEMEL SORUNSALI

Cezasızlık ve aşırı (aşkın) cezalandırma eğilimleri, Türkiye’de sıkça tartışılan başlıklardan ikisidir. İlk bakışta, bu iki eğilim, birbiriyle çelişkili, hatta birbirinin zıttı gibi görünmektedir: Olayda uygulanması gereken hukuk kuralının cezai hükümlerinin ya uygulanmaması, ya da öngörülenden daha hafif bir cezaıyla son bulmasıyla sonuçlanan cezasızlık süreçleriyle, cezalandırma niyetinin ve nihayet cezalandırmanın kimi zaman hukuk kuralını da aşan biçimde artması biçiminde beliren aşırı cezalandırma eğilimleri, birbiriyle çelişki içinde iki ayrı noktayı temsil etmektedir. Pozitif hukuk kurallarının öngörülebilir biçimde, kişi yönünden belirli hukuksal korumaları da içerir olarak ve herkese eşit olarak uygulandığı bir hukuk pratiği, eğer bir hukuk çizgisinin odağına yerleştirilirse, “cezasızlık” ve “aşırı cezalandırma”, bu düzlemin iki ayrı ucunu temsil etmektedir ve bu iki arızı durum, belirtilen çizgide kendine yer bulamayacaktır.

Öte yandan, Türkiye’de hukukun yukarıda belirtilen biçimde bir odağa sahip olup olmadığı tartışmasına henüz girmeksizin, ülke hukukunun normatif ve özellikle de pratik görünümleri bakımından ilginç bir durum göze çarpmaktadır: *Normalde* birbirini dışladığı düşünülen bu iki eğilim, Türkiye uygulamasında *aynı anda* gözlenebilmektedir. Türkiye’de her iki durum, iki yaygın uygulama olarak ortaya çıkmaktadır.

Çalışma ayrıksı bu iki durumun Türkiye hukuk düzeninde yaygınlıkla kendine yer bulmasına odaklanmaktadır. Bu çerçevede, yukarıdaki belirlemeler, yeni sorular eşliğinde, yeniden değerlendirilebilir. Buna, cezasızlık ve aşırı cezalandırma eğilimlerinin, ilk bakışta *beliren* birbirini dışlayan karakteriyle başlanabilir. *Acaba gerçekten de öyle midir?* İki eğilimin Türkiye yargı düzeninde aynı süreçte kendine bulduğu yer, nasıl anlamlandırılabilir? Eğilimlerin neden, kapsam ve sonuçları bir bütün olarak değeren-

dirildiğinde, birbiriyle çelişik karakterlere sahip olduğu düşünülen bu iki süreç, *aslında* hangi koşullarda bir arada bulunmaktadır ve bu bir arada olma durumu, hangi başkaca koşul ve süreçlerin bir sonucudur? Giderek, var olan durum, her iki eğilimin birbiriyle özgül bağlarından söz edilebilir mi? “Birbiriyle çelişkili” iki durum, aslında ve bundan daha çok birbiriyle diyalektik bir bağlantıyı mı göstermektedir?

II. CEZASIZLIK

Cezasızlık, kimi zaman yasal mevzuatın yokluğundan, bazen mevcut yasalardan ama en çok da ihlalin gerçekleşmesinden sonra ceza hukuku kurallarının ihlali gidermek için uygulanması gerekirken etkili bir biçimde uygulanmamasından kaynaklanan bir insan hakları ihlali alanıdır (Altıparmak: 5). Türkiye’de cezasızlık görünümüleri, oldukça geniş bir yelpazeye yayılmıştır: Bu yelpazenin en belirgin halkası, devlet görevlilerinin “şüpheli/fail” olduğu durumlardır. “Öldürme” veya “işkence” gibi çoğunlukla yaşama hakkı problemlerinin söz konusu olduğu ve esasen iç güvenlik görevlilerinin fiilleriyle karakterize olan bu durumlarda, fiil, açık bir hukuk dışılık içermektedir. Özellikle sert iç siyasal çatışmaların yaşandığı dönemlerde (örn: 1990’lı yıllar) yaygınlaşmış olmakla ve nispi siyasal yumuşama dönemlerinde azalmakla birlikte, Türkiye’de her dönem devlet görevlilerinin hukuk dışı faaliyetleri tartışıla gelmiştir.

Siyasal sisteme içkin bir “demokratik karakter yoksunluğu”nun sonucu olan bu faaliyetler, hukuk dışı olmasının yanında, aynı zamanda hukuk alanının da dışında gerçekleşmektedir. Bu nedenle, sözü edilen faaliyetlerin “cezasızlık” yönünden tartışılması gereken yönü, sonrasındaki soruşturma ve kovuşturmanın etkililiği açısından değildir. Cezasızlığın en görünür olduğu bu alan, “etkisiz soruşturma ve kovuşturma” ile karakterize olmaktadır. Şüpheliler/failler hakkındaki cezai süreçlerin etkisizliği, yetkili idari

mercilerin soruşturma izni vermemesi, ifade/sorgu alma, delil toplama gibi adli işlemlerin geciktirilmesi ve giderek soruşturma/kovuşturma safhalarının sürüncemede bırakılması yoluyla zamanaşımı sürelerinin dolması, delillerin hukuka aykırı ancak açıkça fail/şüpheliyi aklama amacına yönelik olarak değerlendirilmesi, maddi hukuk ve usul hukuku boyutunda şüpheli/fail lehine tüm taktiri noktaların uygulanması gibi çok çeşitli hukuksal enstrümanların kullanılmasıyla sağlanmaktadır. Etkisiz soruşturma ve kovuşturma süreçleri, temelde, devlet görevlilerinin yasa dışı faaliyetlerinin hukuksal alanda “aklanması” amacına yönelik olarak gerçekleşmektedir. Burada, hukuk devleti ile ilgili temel yaklaşımlardan olan “devletin kendini hukukla sınırlandırması”nın (Sancar, 2008: 34, 43) izi görülmemekte, tam tersine, “devletin yasal olmayan faaliyetlerinin hukuk yoluyla aklanması” gözlenmektedir.

Diğer kimi cezasızlık durumlarında ise, konu, doğrudan devlet görevlilerinin faaliyetleri değildir. Bu cezasızlık durumlarında, cezasızlık eğiliminin nedenleri çeşitlidir: Kimi durumlarda devlet faaliyeti, hukuka aykırı durumun bir parçasıdır. Maden kazaları örneğinde olduğu gibi, üretimi artırma veya maden şirketlerinden parasal çıkar elde etme gibi amaçlarla, hem şirketlerin yasa dışı faaliyetlerine göz yumulabilmekte, hem de şirket sahipleri ile birlikte, iş cinayetlerinden sorumlu kamu görevlilerin kusur ve sorumlulukları da cezasızlığa konu edilebilmektedir. Kadın cinayetleri, siyasal yapı tarafından desteklenen örgütlerce/mafya gruplarınca işlenen suçlar, kitlesel kırım davaları ve siyasal şiddet biçimlerinin konu edildiği kimi davalarda ise, siyasal yapının ideolojik/politik karakterinin parçası olan kimi cinsiyet/inançsal/siyasal ayrımcılık biçimlerine dayanan şiddet fiilleri, cezasızlığa konu edilmektedir. Daha birçok biçimde örneklenebilecek olan ve siyasal yapıya yapışık toplumsal, politik ve kültürel düzenlerde ayrımcılık biçimlerine dayanan bu çeşitli cezasızlık durumlarını sağlayan ortak araç, etkisiz ve yetersiz soruşturma ve kovuşturma süreçleridir. Hukuk süreçleri, büyük oranda öngörülenden az ceza veya cezasızlıkla

sonuçlanmaktadır.

III. AŞKIN CEZALANDIRMA

Aşkın (aşırı) cezalandırma, doğrudan “tehlikelilik” ile ilgilidir. Buradaki “tehlikelilik”, “risk ceza hukuku” olarak da adlandırılan (Ünver, 2003: 720), karmaşıklaşan toplumsal yapının bir sonucu olarak artan tehlikeli alanların ürettiği “tehlike suçları” ile doğrudan ilgili değildir: Ceza hukuku tepkilerinin ön plana çekildiği, somut tehlikenin doğması beklenmeden hukuksal müdahalenin yapıldığı ve cezalandırmanın ön plana çekildiği “soyut tehlike suçları”nda (721) dahi, yapılan hareketin hukuksal değeri ihlal edebilecek nitelikte olması aranmakta ve eylemlerin de büyük oranda bir “suç tipi” olarak belirlendiği görülmektedir.

Aşırı cezalandırma sorunsalındaki “tehlikelilik”, büyük oranda “soyut tehlike suçu” olarak tanımlanan suç tipleriyle de tahkim edilen, ancak özellikle “failin tehlikeliliği”ne odaklanan bir hukuk anlayışıyla ilgilidir. Bu anlayışta, fiilden veya fiilin hukuksal değeri ihlal etme niteliğinden ziyade, failin tehlikeliliği öne çıkmaktadır. “Tehlikeli suçlu”, “belirli suçları işleyen ve suç işleme eğiliminde kararlılık gösteren kişi”dir (Yenisey, 2001: 242). “Sübjektif teşebbüs teorisi” (Ünver,20003:1000) olarak da ifade edilebilecek bu yaklaşım, failin hukuka aykırı iradesini ön plana çıkarmakta, onun dışarıdan saptanabilir hukuka *düşman* irade ve inancını cezalandırmaktadır. Böylece ceza hukuku etkileriyle, tehlikeli görülen faille ilgili özel önleme amacı gerçekleşir (1000-1001).

Esasen bu anlayışta dahi, faille, onun hukuka aykırı iradesi arasında, belirsiz de olsa bir bağ kurmaya çalışılmaktadır. Anlayışın sakıncalarını gidermek ve fail ceza hukukuna dönüşü engellemek için, sübjektif teorilerin, “hukuksal değer korunması” temeline dayandırılması gerektiği savunulmaktadır (1000). Ancak, yaklaşım zamanla daha da radikalleşmiş, çeşitli örgütlü suçlar ve fakat özellikle de “terörizm” suçu yönünden tam olarak

“düşmanla mücadele” anlayışına dayanan “düşman ceza hukuku” yaklaşımı, yalnızca kuramsal olarak değil, ülkelerin iç hukuklarında da yaygın bir uygulama alanı bulmuştur.^[1] Yaklaşım, bu suçlarla ilgili kimselere artık “kişi” değil, “düşman” muamelesi yapılacağını saptadıktan sonra, bu muamelelerin niteliğini de açıkça belirlemektedir: Devlet, bu kişilerin haklarını hukuki ve kuralına uygun biçimde ortadan kaldırır (Jakobs, 2008a: 500). Düşman, hukuk yoluyla ihraç edilir, haklarından ıskat edilir (Jakobs, 2008b: 519).

Belirli suç tipleri ama özellikle Terörizm söz konusu olduğunda, faili “düşman”, hukukun işlevini de “düşmanla mücadele” olarak tasarlayan (Jakobs, 2008a: 490) anlayış yönünden, hukukun amacı, düşmanın ihracıdır. Bu yönden, “düşman” söz konusu olduğunda, hukuk, hem maddi, hem de usul boyutunda (Jakobs, 2008b: 525) düşmanın ıskatı ve ihracı boyutuna yönelir. Böylesi bir anlayış yönünden “aşırı cezalandırma”nın birkaç boyutunun olması gerekir: Birincisi, artık bir “kişi” muamelesi görmeyecek faille ilgili olarak, hem suç tipleri ve hem de soruşturma ve kovuşturmada uygulanacak usul yönünden, “düşmanla mücadele” kuralları öngörülür. Bir çatı kavram olarak “terörle mücadele yasaları”, bu anlayışın ürünüdür. İkincisi, kritik eşik bir kez böylece aşıldıktan sonra, mer’i hukukun sınırları da kolayca aşılabılır, bu sınırlar yorum ve içtihatlar yoluyla genişletilebilir, bu durum hukuken öngörülme-yen tüm “düşmanla mücadele” yöntemlerine de kapı açabilir.

Türkiye, uzun yıllardan bu yana, hem iç güvenlik, hem de yargı yapısını, şiddetli iç siyasal çatışmalar, toplumsal/siyasal hareketlerin siyasal yapı tarafından bastırılması süreçleri, sonu gelmeyen yönetim krizleri ve bu krizlerin askeri darbeler de dahil olmak üzere aslında yeni bir krize yol açan “çözümleri” eşliğinde yapılandırmış bir ülkedir. Daha doğru bir ifadeyle,

[1] Günther Jakobs tarafından savunulan “Düşman ceza hukuku” anlayışıyla ilgili ayrıntılı bilgi için, bkz. Ünver: 2008; Şanlı:2019.

Türkiye’de yargının yapısı ve işlevi, iç güvenliği sağlama temelinde şekillendirilmiştir. 1991 tarihli Terörle Mücadele Yasası ve bu yasa tarafından temellenen terörle mücadele mevzuatı, yukarıda sunulan “düşmanla mücadele” çerçevesinin tipik bir örneğidir. Hatta denilebilir ki, ülkeye özgü siyasal/toplumsal koşullarla, süreç içinde “amacına ve ihtiyaçlara” uygun olarak yapılandırılan ve yetkinleştirilen bu çerçeve, yapı ve işlev yönünden, “düşmanla mücadele hukuku”nun dünyadaki en “güçlü” örneklerinden birisi haline gelmiştir.

Türkiye’de “aşırı cezalandırma”nın temel alanı da budur. Hem yasal çerçeve, hem de yargısal yapı ve işleyiş, bir bütün olarak düşmanla mücadele amacına özgülenmiştir: Soruşturma ve kovuşturma süreçleri, “normal” hukuksal işleymen tümüyle ayrılmış ve kendine özgü bir hukuksal rejim oluşturulmuştur. Soruşturma safhası, esasen bir kolluk faaliyeti olarak gerçekleşmekte, şüpheli lehine öngörülen usulü haklar ve yargısal korumalar minimum düzeye çekilmektedir. Kovuşturma safhasındaki maddi hukuk ve usul hukuku düzenlemeleri, “alana özgü”dür ve sanık aleyhine olmak üzere, olağan hükümlerden esaslı biçimde farklıdır. Alana özgü suç tipleri (örgüt suçları), cezalandırmaya elverişlilik sağlayacak ve birçok versiyonu oluşturulabilecek biçimde esnektir, muğlaktır. Suç tiplerine (veya amaçsal olarak bunlarla irtibatlı başkaca birçok suç tipine) öngörülen cezalar birçok artırım nedenine ve esaslı artırımlara tabidir. Temelde, tüm süreçlerde, yargısal faaliyet ve etkinlik, baştan itibaren kolluk etkinliğinin bir devamı olarak gerçekleşmekte ve içeriksel olarak “tedbirler hukuku”ndan oluşan bir “kolluk faaliyeti” karakteri sergilemektedir.

Yine, terör suçlarıyla ilgili olarak, ceza infaz rejimi, olağan rejimden tümüyle farklıdır. İnfaz süresi ve koşulları, şartlı salıverme ve “iyi hallilik” koşulları, infaz kurumları ve buralardaki yaşam şartları, ayrı bir “hukuki” rejime tabi kılınmıştır. Burada, cezanın infazı, soruşturma ve kovuşturma süreçlerini de belirleyen “tehlikelilik” ve “düşmanla mücadele” anlayışının bir parçası olarak şekillenmekte ve infaz koşulları en ağır fiili/hukuki hü-

kümlere tabi kılınmaktadır.

Nihayet, infaz tamamlandıktan sonra, terör suçları yönünden, diğer birçok yasanın öngördüğü hak yoksunlukları, kısıtlılık ve yasaklılıklar kapsamı, oldukça geniştir. Seçilme hakkı ve mesleki kısıtlamalara değin varan geniş bir hak yoksunluğu çerçevesi, kişisel ve sosyal yaşamın büyük bir bölümünü kapsamaktadır.

Böylece, hem “normal” suçluluğa paralel, mücadele amaçlı ve kişiyi ıskat/ihraç etme amacına özgülünen bir hukuksal rejimin uygulanması, hem de bu rejimin “hukuki” yorum ve içtihatlar yoluyla cezalandırma kapasitesinin genişletilmesi yoluyla, “mümkün olan en ağır cezalandırmaya ulaşma” olarak ifade edilebilecek bir çerçeve yaratılmıştır. Özellikle soruşturma ve infaz safhalarında, bu rejimin “olanaklarını” dahi yeterli bulmayıp, tümüyle hukuk dışı bir zeminde vücut bulan fiili uygulamalar ise, mevcut tablonun bir diğer yanıdır.

IV. NİSPİ VE POLİTİK BİR HUKUK REJİMİ

Öyleyse, yukarıdaki soru, bu saptamalar ışığında yeniden sorulmalıdır: Türkiye’de cezasızlık ve aşırı cezalandırma süreçlerinin bir arada uygulanması, nasıl anlamlandırılabilir?

Yekpare, tek, bütün, herkese eşit biçimde uygulanan ve bir ceza hukukunu varsayan “normal durum”un dışında ve buna paralel bir “istisna hali”nin^[2] bir hukuk rejimi olarak yürürlük/gerçeklik bulması, konunun temel yönünü oluşturmaktadır. Bu istisnai, paralel hukuk rejimi, Terörle Mücadele Yasası çatısıyla kapsanan anti-terör yasalarının bütünüdür. Suçun tanımı ve unsurları, uygulanacak maddi ve usulü hukuk kuralları ve nihayet cezalandırmanın amacı gibi birçok unsura/soruya “normal ceza hukuku”nun dışında yanıtlar arayan ve tam olarak yürürlük bulmuş

[2] İstisna durumu ile ilgili olarak, bkz. Agamben, 2006.

haliyle bu soruların yanıtını “hukuk” alanından veren bir “hukuki” rejim, sorunsalın özüdür.

Ceza hukuku alanı, bir kez istisnai alan oluşturduğunda, bu arızı durumun yayılması ve hatta çoğunlukla öncelikle kendi zıddını oluşturması kaçınılmaz görünmektedir. Aşırı ve ağır olarak cezalandırılması gereken bir “tehlikelilik”, cezalandırmaktan kaçınılmanın kural olduğu ve hatta “korunması gerekli faillerden” oluşan bir başka istisnai alanı yaratmaktadır. Bu yönden, “aşkın cezalandırma” ve “cezasızlık”, aynı sürecin yarattığı farklı sonuçlardan ibaret gibi görünmektedir.

İkincisi, istisnai ve fakat sürekli bir yürürlük olarak anti-terör yasaları ve bunların uygulanması, açıkça nispi bir karakter taşımaktadır. Nispi karakter, “terörizm”in belirsiz ve görelî doğasından kaynaklanmaktadır. Bu nokta, Türkiye süreçlerinde apaçık gözlenebilen bir olgudur: Bir dönemin devlette ve özellikle yargıda etkili örgütleri, ordu bürokrasisi başta olmak üzere üst devlet kadrolarını anti-terör yasalarıyla cezalandırırken, iktidarı kaybettikten sonra, kısa bir zaman dilimi içinde kendileri aynı yasalarla cezalandırılmışlardır. Yönetici blokların çeşitli kesimlerinin bir dönem terör suçlarıyla yargılanmaları, sonrasında onların yargılanmasına karar veren blok temsilcilerinin aynı suçlamayla yargılanıp cezalandırılmaları, Türkiye’de örneğine pek çok rastlanan, sıradan durumlar haline gelmiştir. Geniş toplumsal kesimler, kimi zaman çerçevesi çok genişletilip kimi zaman daralan muğlak bir “terörizm” suçlamasının nesnesi haline getirilebilmişlerdir. Yine, çeşitli siyasal hareketlere, dönemsel politik kararlara bağlı olarak “terörizm” suçlamasında bulunulması, sonrasındaki politik süreçlerde bundan vazgeçilmesi örnekleri de pek fazladır. Bu durum, terörizm kavramının ve anti-terör mevzuatın, belirsiz, muğlak doğasından kaynaklanmaktadır ve bu çerçeve, politik temellere ve kararlara dayalı bir “politik ceza hukuku”nu (Aponte, 2008: 575) çağırarak, hatta kaçınıl-

maz kılmaktadır.^[3]

Türkiye’de cezasızlık, bu muğlak, belirsiz ve politik anlayışın alana özgü biçimde yeniden üretilmesiyle oluşmaktadır: Aşırı cezalandırmayı gerektiren bir durum olduğunda “normal” ceza yasalarını askıya alma, cezasızlık gerektiren bir durumda “normal” ceza yasalarını uygulamama biçiminde yeniden üretilmektedir. Yine suç işleyen kamu görevlilerini cezalandırmama ile tehlikeli kimseleri aşırı biçimde cezalandırma gerekçeleri, aynı süreç ve nedenlerin farklı sonuçlarıdır. Cezasızlık, aşırı cezalandırmada olduğu gibi, apaçık politik karakterdeki karar, süreç ve gereklere dayalıdır: Karar sahiplerinin politik tercihlerine göre, kimi kitlesel kırımların failleri etkili soruşturma eksikliği/zamanaşımı/ cezalandırıcı kuralı uygulamama gibi gerekçelerle aklanabilmekte, iş kazalarına ilişkin cezalandırmama süreçlerinde faillele siyaset arasındaki ilişki ve ortaklıklar belirleyici etki yaratabilmekte, politik iktidar sahipleriyle ittifak halindeki kimi mafya yapıları hukukun koruma görebilmektedir.

Açık ki, cezasızlık alanı da aynı aşırı cezalandırmada olduğu gibi nispi bir niteliğe sahiptir: Bir dönem cezasızlıktan yararlanan suç işlemiş kamu görevlileri, sonrasında politik karar ve tercihlerin değişimiyle aynı suç nedeniyle cezalandırma süreçlerine tabi kılınabilirler. Aynı durum, mafya grupları/suç örgütleri yönünden de geçerlidir. Buradaki nispilek ve geçişkenlik o denli güçlüdür ki; belirtilen durumlarda cezasızlıktan yararlananlar, değişen karar ve siyasal dengeler sonunda “tehlikelilik” ekseninde en ağır cezalandırmalara da çarptırılabilirler. Bir suç örgütü üyesi yönünden, cezasızlık korumasından yararlanmakla aşırı cezalandırmanın muhatabı olmak arasındaki fark, öngörüldüğünden çok daha kısa ve mesafesiz olabilir.

[3] Anlayışın analizi ve eleştirisi için, bkz. Şanlı, 2019.

V. SONUÇ

Çalışmada, cezasızlık ve aşkın cezalandırmanın, aynı neden ve süreçlerin sonuçları olduğu savunulmuştur. “Bir madalyonun iki yüzü” biçiminde ifade edilebilecek bu iki durum, Türkiye’de tüm çarpıcılığıyla gözlenebilmektedir. Çalışmanın savunduğu iki nokta, yeniden ve özellikle vurgulanabilir: İlki, bu çarpıcı durum, geçici ve istisnai nitelikte değildir, aksine, hukuk rejimine içkin, onun içinde yürürlük bulan ve bilinen tüm yargısal korumalardan yoksun “aşırı cezalandırma” çerçevesinin yarattığı ve yansımasını da cezasızlık biçiminde bulan bir hukuk yapısıyla ilgilidir. İkincisi, politik karar ve süreçlerin her iki durumda da belirleyici olması durumu da arızı ve istisnai değildir, aksine, oluşturulan ve “istisnai olanın kalıcı yürürlük kazanması” olarak ifade edilebilecek hukuk rejimi, yukarıdaki Türkiye örneklerinin de gösterdiği gibi, doğası gereği ve kaçınılmaz olarak politik olana muhtaçtır, varlığının nedeni budur ve politik bir ceza hukuku olması, onun ana karakteridir.

Eğer öyle ise, tüm hak ve koruma mekanizmalarını da kapsayan biçimde, ceza hukukunun kapsamı, amacı ve işlevine ilişkin tüm bilinenleri, yeniden gözden geçirmek gerekecektir.

KAYNAKÇA

Agamben, Giorgio (2006). İstisna Hali, İstanbul, Otonom Yayıncılık

Altıparmak, Kerem (...). Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, Ankara, İnsan Hakları Ortak Platformu, Kapasite Geliştirme Derneği Yayını.

Aponte, Alejandro (2008). “Savaş ve Politika – Günlük Yaşamdaki Politik Aleyhtar Ceza Hukuku”, Yener Ünver (Ed.), Terör ve Düşman Ceza Hukuku içinde s. 571-581, Çev. Emin Koç, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Jakobs, Günther (2008a). “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, Yener Ünver (Ed.), Terör ve Düşman Ceza Hukuku içinde s. 489-506, Çev. Mehmet Cemil Özansü, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Jakobs, Günther (2008b). “Düşman Ceza Hukuku?-Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme”, Yener Ünver (Ed.), Terör ve Düşman Ceza Hukuku içinde s. 507-526, Çev. Mehmet Cemil Özansü, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Sancar, Mithat (2008). “Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti, İstanbul: İletişim Yayınları

Şanlı, Deniz (2019). Düşman Ceza Hukuku -Kaynaklar, Kuramsal Çerçeve, Eleştiriler-, İstanbul: NotaBene Yayınları.

Ünver, Yener (Ed.) (2008). Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Ünver, Yener (2003). Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara:

Seçkin Yayıncılık.

Yenisey, Feridun (2001). “İnfaz Hukukunun İnsan Hakları Yönü”, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, Ankara, Goethe Istitut- Ankara Başkent Üniversitesi Yayını.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

YENİ HAKLAR – YENİ USULLER

Yargının Radarına Girecek Yeni Bir Konu: Nöro-Haklar

Ali ERDOĞAN^[1]

ÖZ

Günümüzde, iletişim ve teknoloji alanındaki hızlı ilerleme, insanoğlunun hayatında devrim niteliğinde değişiklikler yaratmaktadır. Özellikle yapay zeka, transhümanizm ve benzeri kavramlar, insan bedenine yönelik müdahaleleri ve nöro-teknolojileri derinlemesine incelememizi gerektirir. Nöro-teknolojilerin yükselişiyle birlikte, “nöro-haklar” adı verilen yeni bir kavram ortaya çıkmıştır. Bu kavram, dünya genelinde hukuki düzenlemeler ve etkili tartışmaları beraberinde getirmektedir.

Bu süreçte, özellikle Şili ve İspanya gibi ülkeler, insan haklarını korumak amacıyla yenilikçi yasal adımlar atmışlardır. Avrupa Birliği ise, nöro-teknolojilerin düzenlenmesi için «León Bildirgesi»ni tanıtmıştır. Bu bağlamda, insan zihninin mahremiyeti, kimliği, özgür iradesi gibi kavramlar üzerinde derinlemesine düşünme ve bu konularda kapsamlı düzenlemeler yapma gerekliliği ortaya çıkmıştır. Ancak bir yandan da nöro-haklar’a ihtiyaç olup olmadığı tartışılmaya devam etmektedir.

Beyin ve nöro-teknolojilerdeki ilerlemeler, insanlığın temel haklarını ve mahremiyetini yeniden tanımlama ihtiyacını doğurmuştur. Bu nedenle, bu konularla ilgili etik ve hukuki çerçevenin güçlendirilmesi, teknolojinin insan hayatına olumlu ve sürdürülebilir bir şekilde entegre edilmesi açısından kritik öneme sahiptir.

[1] İstanbul Barosu Avukatı; Araştırma Görevlisi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı; Doktor Adayı, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı. a.erdogan@iku.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5448-080X

Anahtar kelimeler:

nöro-haklar

insan hakları

transhümanizm

nöro-hukuk

nöro-teknolojiler

A New Issue On The Judiciary's Radar: Neurorights

ABSTRACT

Nowadays, the rapid progress in the field of communication and technology is creating revolutionary changes in the lives of human beings. In particular, artificial intelligence, transhumanism and similar concepts require us to examine interventions in the human body and neurotechnologies in depth. With the rise of neurotechnologies, a new concept called “neurorights” has emerged. This concept has led to legal regulations and influential debates around the world.

In this process, countries such as Chile and Spain have taken innovative legal steps to protect human rights. The European Union introduced the “León Declaration” for the regulation of neurotechnologies. In this context, it has become necessary to reflect on concepts such as the mental privacy, identity and free will of human and to make comprehensive regulations on these issues. On the other hand, the need for neurorights continues to be debated.

Advances in brain and neurotechnologies have led to the need to redefine the fundamental rights and privacy of humanity. Therefore, strengthening the ethical and legal framework on these issues is critical for the positive and sustainable integration of technology into human life.

Keywords:

neurorights

neurolaw

Transhumanism

human rights

neurotechnologies

1. NÖRO-HAKLAR'A GİDEN YOL

İnsan beynine dair gizemli bir dünyanın varlığı ile beraber son yıllarda hem nöro-bilim hem de nöro-mühendislik alanlarında teknoloji ile donatılmış gelişmelere dair ilgi gerek akademik mecralarda gerekse her türlü kamusal alanda günbegün artmaktadır. Bu artan ilginin bir çıktısı olarak da hiç kuşkusuz söz konusu teknolojilerin hem etik hem de sosyal etkilerine dair çeşitli argümanlar ileri sürülmektedir. Böylesine belirsiz ve soru işaretleri ile dolu bir alanda ileri sürülen her fikir doğal olarak tartışmaya fazlaca müsait olmakta ancak bir yandan da yeni tartışmalar hayatlarımıza yeni verileri dahil etmektedir. Böylesine bir ortamda beyin temelli teknolojik gelişmelere dair yeni bir kavram ortaya çıkmaktadır: nöro-teknolojiler.

Bu şemsiye terimi ise şu şekilde tanımlamak mümkündür: “Nöronal aktivitenin kaydedilebildiği ve/veya etkilenebildiği insan beynine doğrudan bağlantı yolu kuran geniş ve heterojen bir yöntem, sistem ve araç yelpazesi.”^[2] Ek olarak nöro-teknolojiler konuşulduğunda hiç kuşkusuz sürekli dikkat çeken bir diğer kavramın da -yani nöro-etikin de- tanımlanmaya ihtiyacı bulunmaktadır: “İnsan beyninin tedavisi, mükemmelleştirilmesi veya istenmeyen istilası ve endişe verici manipülasyonu hakkında neyin doğru ve yanlış, iyi ve kötü olduğunun incelenmesi.”^[3]

Bilinen kavramların önüne ek olarak dahil olan “nöro”nun hiç kuşkusuz yok ki hukuk için de devreye gireceği beklenen bir gerçektir. Özellikle nöro-bilimin hukuk ile kesiştiği noktaları ifade etmek amacıyla kullanılan nöro-hukuk ve beraberinde ilerleyen nöro-etikin odaklandığı temel noktaları şu şekilde sıralamak mümkün olacaktır:^[4] (i) nootropikler yoluyla

[2] Marcello Ienca, “On Neurorights,” *Frontiers in Human Neuroscience* 15, (Eylül, 2021): 2.

[3] William Safire, “Visions for a New Field of Neuroethics,” içinde *Neuroethics: Mapping The Field*, ed. Steven J. Marcus, (San Francisco, The Dana Foundation, 2002), 5.

[4] Ienca, “On Neurorights,” 2.

bilişsel gelişimin etik olarak izin verilebilirliği, (ii) ahlaki sorumluluk ve kusurluluk kavramlarına özel olarak odaklanarak özgür irade ile nöro-bilimin felsefi-hukuki çıkarımları, (iii) özellikle zihin okuma ile ilgili olarak nöro-görüntüleme etiği, (iv) mahkemede nöro-bilimsel kanıtların geçerliliği ve izin verilebilirliği, (v) haklar, hak sahipliği ve ilgili ödevler gibi üst düzey normatif ilkeler açısından nöro-bilim ve nöro-teknolojideki etik-yasal zorluklar.

Farklı maddeler altında sayılan bu sınıflandırma usulü bizlere bir yol haritası vermekte ve karşımıza çıkacak olası konu başlıklarını sunmaktadır. Ancak bunun yanında teknolojinin gelişme hızıyla beraber yeni konu başlıklarının da gündeme gelebileceğine dair ihtimaller göz ardı edilmemeli, sürekli olarak takipte kalınmalıdır. Nöro-bilim ve nöro-teknolojilere dair ortaya çıkan yeni icat ve atılımlar devamında nöro-etik ve nöro-hukukun da konuları içerisine dahil olmakta ve buna ek olarak da bilinen hak öznesi insanın haklarının korunabilmesi için bir arayışa girilmektedir. Bu arayışa paralel bir şekilde ise hak öznesinin bildiğimiz anlamda insan olup olmayacağı tartışması da yeni yeni alevlenmektedir. Ancak haklara dair tartışmaların da öncesinde bizleri özellikle 2000'lerin başlarında bu yola sürükleyen bir başka kavrama da değinilmesi zaruridir: bilişsel özgürlük.

2001 yılında Boire^[5], 2004 yılında ise Sententia^[6] tarafından üzerinde durulan bu kavramın tartışılması biraz önce sayılan etik ve hukuk alanındaki temel noktalara dair tartışmalar esnasında gerçekleşmiş ve özellikle Sententia tarafından yapılan şu tanıma ulaşılmıştır:^[7] “kişinin kendi bilincini ve elektrokimyasal düşünce sürecini kontrol etme hakkı ve özgürlüğü”

[5] Richard Glen Boire, “On Cognitive Liberty,” *Journal of Cognitive Liberties* 1, no.1 (2000): 7-13.

[6] Wrye Sententia, “Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Cognition,” *Annals of the New York Academy of Sciences* 1013, no.1 (Mayıs, 2004): 221-228.

[7] Sententia, “Neuroethical Considerations:” 227.

Gerek Boire'nin gerekse Sententia'nın çalışmalarında bilişsel özgürlük kavramının sadece nöro-felsefi bir tanımlamayla ya da sadece ahlaki bir ihtiyaç bakışıyla değil aynı zamanda temel hak ve özgürlükler perspektifinden de değerlendirilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Özellikle Sententia bilişsel özgürlüğün demokratik anayasalarda yer alan diğer hak ve özgürlüklerden bir farkı olmaksızın dikkate alınmasını ve hatta bunun da ötesinde diğer hak ve özgürlükler için bilişsel özgürlüğün bir temel, bir alt yapı görevi gördüğünü ifade etmektedir.^[8] Devam eden yıllarda bilişsel özgürlük üzerine farklı çalışmalar da yapılmış ve yeri geldiğinde bilişsel özgürlük (*cognitive liberty*) yerine zihinsel özerklik (*mental self-determination*) kavramının da aynı amaçla kullanıldığı görülmüştür. Her iki kullanımda da söz konusu kavram aslında bir temel insan hakkı olarak görülmekte ve bu hakla bireyin zihni üzerindeki egemenliği korunmaktadır.^[9]

Hak kavramının dillendirilmesi ile bu noktada geleneksel insan haklarının söz konusu konuyu ne derecede kapsayacağı ve/veya yeni tip hakların ortaya çıkarılıp çıkarılmayacağı yine ve/veya söz konusu haklara sahip olan varlıkların bilinen anlamda insan olarak kabul edilip edilmeyeceği ve edilmediği takdirde yeni bir hak öznesinin doğup doğmayacağı şeklinde soru işaretleri akıllarda yer almaya başlamaktadır. Tam olarak bu noktada ise nöro-haklar kavramı manşetlerde yerini alır.

2017 yılı nöro-haklara dair bir milat olarak sayılabilmekte ve aynı yıl içerisinde önce Ienca ve Andorno tarafından^[10] sonra ise Yuste, Goering ve diğerleri tarafından^[11] nöro-haklar konusu eserlerde irdelenmiş ve bununla

[8] Sententia, "Neuroethical Considerations:" 227.

[9] Ienca, "On Neurorights," 2.

[10] Marcello Ienca ve Roberto Andorno, "Towards New Human Rights in the age of Neuroscience and Neurotechnology," *Life Sciences, Society and Policy* 13, no.5 (Nisan, 2017): 1-27.

[11] Rafael Yuste ve Sara Goering vd., "Four Ethical Priorities for Neurotechnologies and AI," *Nature* 551, (Kasım, 2017): 159-63.

beraber tartışma daha somut bir noktaya gelmiştir.

II. NÖRO-HAKLAR

2017 yılında öncelikle Ienca ve Andorno tarafından dillendirilen ve ortaya atılan nöro-hakları şu şekilde genel bir tanımla ifade etmek mümkündür.^[12] “bir kişinin beyinsel ve zihinsel alanıyla ilgili etik, yasal, sosyal veya doğal özgürlük veya hak ilkeleri; yani, insan beyninin ve zihninin korunması ve muhafaza edilmesine yönelik temel normatif kurallar”

Ancak bizleri nöro-hakları tartışma noktasına iten gelişme ve ihtiyaçlar nedir diye de bir sorgulamanın yapılması gerekmektedir. Bilindiği üzere şimdiye kadar yapılan hukuki düzenlemelerde toplumda bir durum gerçekleşmekte, bu durum neticesinde birtakım ihtiyaçlar gün yüzüne çıkmakta ve bu ihtiyaçların karşılanması ve düzenlenmesi için hukuk mümkün mer-tebe en son denkleme girmektedir. Böylesine bir yol da hiç kuşkusuz nöro-haklar konusunda da benzer ilerlemekte ve bu olay örgüsünde karşımıza net olarak beyin-makine arayüzleri (BMA) çıkmaktadır.

Beynin nasıl çalıştığına ilişkin özellikle haritalama çalışmaları bir sonuç verdikten sonra bilim insanları insanların yapmış oldukları eylemler esnasında beynin nasıl bir tepki verdiğini gözlemeleme fırsatı bulmuşlar ve bu sayede artık beynin hangi noktasının ve/veya halinin eylemsel olarak neye karşılık geldiğini keşfetmişlerdir. Bu keşifle de beraber öncelikle sağlık alanında bir takım hastalıkların tedavi edilmesinde ve tedavisi mümkün olmayan durumlarda hasta olan kişiye yetilerinin bir kısmını geri kazandırmada kullanım alanı açılmakta, en bariz örneği olarak Parkinson ile yaşayan birisinin beynine yerleştirilen nöral implant ile robotik bir kolu fiziksel bir temas olmadan kullanabildiği verilebilmektedir.^[13] Bu durumu mümkün kılan, aracı/köprü/kanal rolünü üstlenen teknolojik araçlara ise

[12] Ienca, “On Neurorights,” 2.

[13] Elisa Moreu Carbonell, “The Regulation of Neuro-Rights,” *European Review of Digital Administration & Law – Erdal* 2, no.2 (Temmuz, 2022): 150.

genel olarak beyin-makine arayüzü denilmekte ve bu teknolojik araçlar insan bedeni ile makine arasındaki geçişi sağlamaktadır. Beyinde nöronlar arasında komut esnasında oluşan elektrik akımını dönüştürerek ilgili araca komut olarak iletimini sağlayan bu arayüzlerin belli bir süre sonrasında sadece beyinden makineye olmak üzere tek yönlü çalışmadığı aynı zamanda makineden beyine doğru da müdahalelerin olabileceği farkındalığı oluşmuştur.^[14]

Bu gelişmeler üzerine 25 araştırmacıdan oluşan bir ekiple çalışan Yuste ve Goering, çalışma arkadaşları ile beraber ortaya çıkardıkları araştırma ve eserlerinde söz konusu teknolojik gelişmelerin ve genel olarak nöro-teknolojiler ve yapay zekanın ortaya çıkardığı endişeleri şu şekilde başlıklandırmışlardır:^[15] (i) mahremiyet ve rıza, (ii) faillik ve kimlik, (iii) güçlendirme ve (iv) önyargı.

Bahsi geçen endişeler yapılan çalışmalar neticesinde haklı olarak ortaya çıkmakta ve bu endişelerin ortadan kaldırılabilmesi için hukukun devreye girmesi haklar sistemi ile beraber beklenmektedir. Ancak bu söz konusu haklara geçmeden önce ilgili endişelere dair bazı noktaların aydınlatılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

İlk olarak, mahremiyet ve rıza başlığı altında Yuste ve diğerleri nöral veriyi konunun merkezine konumlandırmaktadır. Yukarıda da bahsedildiği üzere çeşitli hastalıkların tedavi edilmesinde ve/veya bu hastalıklara sahip olan kişilerin yaşam standartlarının yükseltilmesinde kullanılan BMA'ların internet ile olan bağlantıları nöral verileri de müdahaleye açık bir konuma getirmektedir. Bireylerin veya kurumların söz konusu veriyi takip etmeleri ve hatta bu veriyi manipüle etmeleri olası olduğundan burada doğal olarak bir endişe doğmaktadır. Günümüzde kişisel verilerin korunması

[14] Beyin-Makine Arayüzleri hakkında bkz: Başak Ozan Özparlak ve Sabire Sanem Yılmaz, "Beyin-Makine Arayüzü Teknolojisi ve Mahremiyete Dair Yeni Hukuki Sorunlar," *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no.2 (2020): 581-87.

[15] Yuste ve Goering vd., "Four Ethical Priorities" 161-62.

hususunda fazlaca ortaya saçılan hukuki düzenlemeler ve ilgili kurumların kararları, konumuz nöral veri olduğunda yeterli olmayabilecektir. Böyle bir noktada söz konusu verilerin hassaslığından kaynaklı düzenlemelerin son derece katı yaptırımlara sahip olması gerekmektedir. Ek olarak ilgili BMA'nın açık erişime sahip olması ve şeffaflık kriterlerini sağlamış olması, olası durumlarda nöral verinin ne şekilde işlendiğini görebilmek adına bireylere ekstra bir güvence sağlayacaktır.^[16]

İkinci olarak, faillik ve kimlik başlığı altında, nöro-teknolojilerin insan beynine olan etkileri çok daha fazla gündeme gelmekte ve 2016 yılında yapılan bir araştırmada beyin uyarıcısı kullanan bir denneğin kendisini şu şekilde ifade ettiği görülmektedir: *“Açıkçası kim olduğumdan emin olamadığım bir noktaya kadar bulanıklaşıyor.”* Ayrıca eğer kişiler belli bir mesafeden bu teknoloji sayesinde çeşitli araçları kontrol edebiliyorsa veya birkaç beynin birbirlerine bağlanarak çalışması sağlanabiliyorsa bu noktada kim olduğumuz, eylemin kim tarafından gerçekleştirildiği ve bu eylemin gerçekleşmesi esnasında kimin teşviki ve/veya etkisi olduğu gibi sorular cevapları bulunamaz hale gelmektedir. Ve en nihayetinde hukuk gözlüklerini taktığımız taktirde sorumluluk perspektifinden ilgili olay incelendiğinde bunun tespit edilebilmesi pek de mümkün olmayacaktır. İşte bu sebeple Yuste ve diğerleri özellikle bu noktada nöro-hakların varlığının insanları koruyabilmek adına gerekli olduğunun altını çizmektedir.^[17]

Üçüncü başlığımıza geldiğimizde ise bizi insan kapasitesinin güçlendirilmesine dair konular karşılamakta özellikle bu noktada transhümanizm radarımıza girmektedir. Transhümanizmi çok kısa bir şekilde insanın fiziksel ve zihinsel yeteneklerini arttırmak, yaşam süresini uzatmak için teknolojinin de desteği ile atılan adımların ideolojisi olarak tanımlamak mümkün olacaktır. Böyle bir noktada insan yeteneklerinin geliştirilmesinin karşımıza yeni bir varlığı çıkarıp çıkarmayacağı hali hazırda tartış-

[16] Yuste ve Goering vd., “Four Ethical Priorities” 161-62.

[17] Yuste ve Goering vd., “Four Ethical Priorities” 162.

şılmaktadır. Ancak özellikle devletlerin askeri konularda bu tarz gelişim/arttırım teknolojilerini kullanmaya hevesli olduğu ve hatta bunlara yatırımlar yaptığı herkesçe bilinmektedir. Yuste ve diğerleri bu başlık altında şu noktanın altını çizmektedir:^[18]

Mahremiyet ve bireyselliğe bazı kültürlerde diğerlerine göre daha fazla değer verilmektedir. Bu nedenle düzenleyici kararlar, evrensel haklara ve küresel ilkelere saygı gösterirken kültüre özgü bir bağlamda alınmalıdır. Ayrıca, belirli teknolojilerin tamamen yasaklanması bu teknolojileri yeraltına itebilir, bu nedenle belirli yasa ve yönetmeliklerin oluşturulmasına yönelik çabalar, derinlemesine ve açık tartışmalara olanak tanıyan organize forumları içermelidir.

Son olarak ise, önyargı başlığı karşımıza çıkmakta ve bu başlık hali hazırda yapay zekaya dair de fazlasıyla irdelenmektedir. Algoritmik önyargı ve algoritmik ayrımcılık olarak da çeşitli eserlerde karşılaşılabilecek kavramlar yaklaşık olarak aynı noktalara değinmekte, özellikle teknolojik gelişmelerin kullandığı verilerin doğrudan biz insanlardan geldiği ve bu insanlarda hali hazırda var olan önyargının ilgili teknolojik araca da transfer olduğu üzerinde durulmaktadır. Bu durum insanların politik mücadelelerindeki yıllar süren kazanımlarını ortadan kaldırmakta ve bilinen ayrımcılıkların yeni baştan üretilmesine sebep olmaktadır. Yaşanılan örneklerle de bakıldığında cinsiyet, cinsel yönelim, ırk, etnik köken vb. temelli ayrımcılıkların yenilendiği görülmekte ve toplum içerisinde marjinalize edilen grupların mücadele edecekleri yeni aktörlerin doğmasına sebep olunmaktadır.^[19]

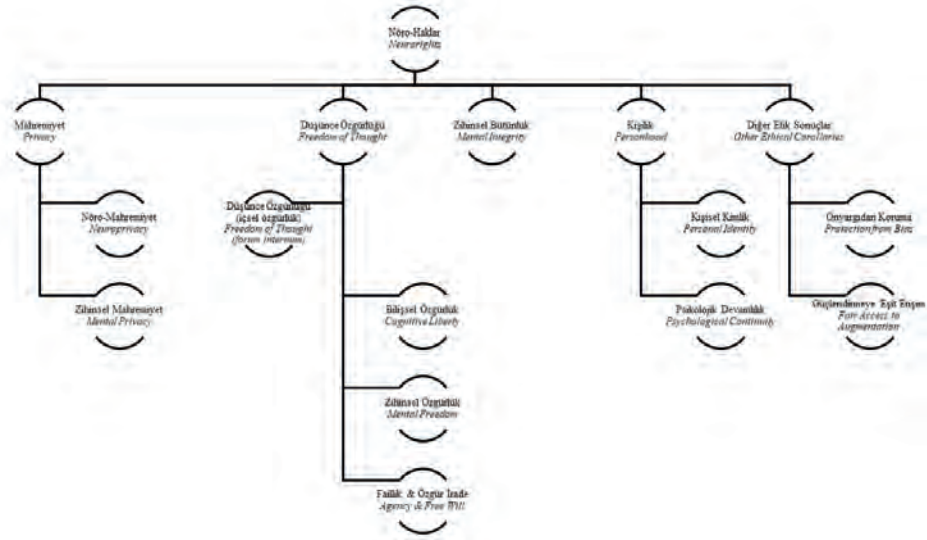
Söz konusu endişelerin hepsi aslında hangi noktalarda müdahil olmalıyız ya da hangi noktalarda üzerine düşünmeliyiz içerikli sorularımızı yanıtlamaktadır. Tablonun bu şekilde çizildiği bir yerde ise en temel soru ile başlamak yerinde olacaktır: Bizler bildiğimiz anlamdaki geleneksel insanı söz konusu teknolojiler karşısında koruyacak mıyız, yoksa bu teknoloji-

[18] Yuste ve Goering vd., “Four Ethical Priorities” 162.

[19] Yuste ve Goering vd., “Four Ethical Priorities” 162.

ler sayesinde meydana gelen yeni varlığı tanıma yoluna mı gideceğiz? Şu zamana kadar yapılan çalışmalar sorunun ilk bölümüne odaklanmakta ve insanın korunması için ne yapılabileceğine kafa yormaktadır. İkinci bölüme dair ise tartışmalar yeni yeni alevlenmekte ancak keskin kutupların oluşmasına da sebep olmaktadır. Bu çalışmada öncelikle ilk bölüme odaklanılacak, ikinci bölüme dair ise tartışma alanı görüş bildirildikten sonra açık bırakılacaktır.

İlk bölüm yani insanların nöro-teknoloji karşısında korunması için ortaya atılan nöro-haklara dair Ienca'nın tasnifi gayet açıklayıcıdır:^[20]



İlk olarak mahremiyet ile başlayacak olursak konumuz gereğince daha çok zihinsel mahremiyet özelinde ilerlemek doğru olacaktır. Zihinsel mahremiyet, genellikle insanların beyin verilerine üçüncü şahıslar tarafından izinsiz olarak müdahale edilmesine ve bu verilerin izinsiz olarak toplanmasına karşı haklarını ifade etmek için kullanılan bir ifadedir. Burada Ienca ve Andorno tarafından da altı çizilen bir diğer konu ise beyin dalgalarının

[20] Ienca, "On Neurorights," 6.

sadece birer veri olarak kabul edilmesi değil aynı zamanda beyin dalgalarının birer veri kaynağı veya bilgi kaynağı olarak da nitelendirilip bu şekilde nitelikli koruma altına alınmasıdır. Ayrıca bilinçli halde elde edilen veriye ek olarak rıza verilmeden ya da bilinçsiz bir haldeyken elde edilen verinin de korunması gerekliliği aşıkardır. İlaveten burada nöro-mahremiyete de bir parantez açmak gerekir ki; nasıl zihinsel mahremiyet noktasında zihinsel bilginin korunması amaçlanıyorsa, nöro-mahremiyet söz konusu olduğunda da nöral verinin korunması radara alınmaktadır.^[21]

Düşünce özgürlüğü başlığına geldiğimizde ise ilk olarak bilişsel özgürlüğe değinilmesi yerinde olacaktır. Bilişsel özgürlüğe dair bir kişinin kendi zihni üzerinde özerk ve engelsiz bir kontrole sahip olması konusunda doktrinde görüş birliği mevcuttur. Bublitz, bu konu hakkında eserinde iki ilkeyi irdellemektedir: (i) bireylerin gelişmekte olan nöro-teknolojileri özgürce kullanma hakkı ve (ii) bireylerin bu tür teknolojilerin zorlayıcı ve rıza dışı kullanımından korunması. Bunlara dayanarak da şu tanıma yer vermektedir: *“kişinin zihinsel durumlarını nöro-araçların yardımıyla değiştirme ve bunu reddetme hakkı”*.^[22] Ienca ve Andorno ise bilişsel özgürlüğün kompleks yapısına dikkat çekerek negatif ve pozitif özgürlükleri içerdiğini ifade etmekte ve şu şekilde açıklamaktadırlar: *“dış engellerin, bariyerlerin veya yasakların yokluğunda kişinin kendi bilişsel alanı hakkında seçimler yapabilmesinin negatif özgürlüğü; dış kısıtlamaların veya ihlallerin yokluğunda kişinin kendi zihinsel bütünlük hakkını kullanabilmesinin negatif özgürlüğü; kişinin zihinsel yaşamını kontrol altına alacak şekilde hareket etme olanağına sahip olmasının pozitif özgürlüğü”*. Ek olarak Ienca ve Vayena başkaca bir eserde nöro-teknolojik olmayan yollarla yani sosyal medya veya çevrimiçi manipölasyon gibi kanallarla gelen dışsal etkilerin de söz konusu bilişsel

[21] Ienca, “On Neurorights,” 7.

[22] Jan-Christoph Bublitz, “My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept,” içinde *Cognitive Enhancement*, ed. Elisabeth Hildt ve Andres Francke (Springer, 2013), 234.

özgürlük konusuna dahil edilebileceğini ifade etmekte ancak bu konu başkaca bir tartışma alanını da beraberinde getirmektedir.^[23]

Düşünce özgürlüğü başlığı altında ikinci olarak Yuste ve diğerleri tarafından da ileri sürülen ve yukarıda bahsedilen faillik ve özgür irade karşımıza çıkmaktadır. Tanımlama yapacak olursak; “faillik”in bir öznenin eyleme geçme kapasitesinin kullanılması veya tezahür ettirilmesi olarak, “özgür irade”nin ise öznelerin farklı eylem biçimleri arasında herhangi bir engelle karşılaşmadan seçim yapabilme kapasitesi olarak ifadeleri mümkündür. Başka bir deyişle faillik eylem alanıyla daha ilgili olurken, özgür irade konunun karar verme ve bilişsel alanıyla ilgilenmektedir. Bu tanımları normatif bir boyuta taşımak öznelerin yetenekleri ve eğilimlerinden hak ve yükümlülükler çıkarmayı gerektirecektir. Böylesine bir çıkarım mantığı ise hali hazırda belirsizliğini korumakta ama en azından tanımlarda da belirtilen engellerin engellenmesine dair adımlar kanımca atılabilmektedir.^[24]

Tekrardan düşünce özgürlüğü başlığı altında devam ettiğimizde zihinsel özgürlük veya zihnin özgürlüğü olarak değerlendirebileceğimiz kavramları ise bir kişinin kendi zihni üzerindeki bilinçli kontrol olarak ifade etmek mümkün olacaktır. Ve son olarak da bizzat düşünce özgürlüğünün kendisine bakıldığında, başkaları tarafından da tartışıldığı üzere, var olan normatif temellendirmenin nöro-teknolojiler vasıtasıyla ortaya çıkan durumlarda da işlevsel olabileceği görüşü Ienca ve Andorno tarafından da paylaşılmaktadır. Onlara göre “*düşünce özgürlüğü, seçme özgürlüğü, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü ve din özgürlüğü gibi ilgili özgürlüklerin temel gerekçesidir; bu hakkın evrimsel bir yorumu, yalnızca düşüncenin dışavurumlarının değil, düşüncenin kendisinin de korunmasına odaklanmalıdır*”.^[25]

Zihinsel bütünlük konusuna geldiğimizde ise söz konusu hakkın, Avrupa

[23] Ienca, “On Neurorights,” 6-7.

[24] Ienca, “On Neurorights,” 7.

[25] Ienca, “On Neurorights,” 7.

Birliği Temel Haklar Şartı'nın "kişinin bedensel ve ruhsal dokunulmazlık hakkı" başlıklı 3. maddesinde belirtildiğini görmekteyiz. Ancak bu maddenin yorumlanması bakımından farklılıklar bulunmakta ve bu sebeple Ienca ve Andorno nöro-hak olarak zihinsel bütünlüğü şöyle ifade etmektedir: "*bireylerin zihinsel faaliyetlerinin yasadışı ve zararlı manipülasyonundan korunma hakkı*". Lavazza ise eserinde şöyle bir tanıma yer vermektedir:^[26] "*bireyin zihinsel durumlarına ve beyin verilerine hakim olması, böylece rızası olmadan hiç kimsenin bireyi herhangi bir şekilde şartlandırmak için bu durumları ve verileri okuyamaması, yayamaması veya değiştirememesi*". Ancak Lavazza'nın tanımında zihinsel bütünlüğün, bilişsel özgürlük ve düşünce özgürlüğünün yerine geçtiği, Ienca ve Andorno'nun ise zihinsel bütünlüğü bunların tamamlayıcısı olarak gördüğü sonucunu çıkarmak olasıdır.^[27]

Kişilik başlığı altına geldiğimizde ise Ienca ve Andorno'nun psikolojik devamlılık üzerinde, Yuste ve diğerlerinin ise kimlik hakkı üzerinde durduklarını gözlemleyebilmekteyiz. Psikolojik devamlılık, "insanların kişisel kimliklerinin ve zihinsel yaşamlarının sürekliliğinin üçüncü şahıslar tarafından rızasız olarak değiştirilmemesi"^[28] olarak; kimlik hakkı ise, "kişinin hem fiziksel hem de zihinsel bütünlüğünü kontrol etme becerisi"^[29] olarak tanımlanmaktadır.

Son olarak diğer etik sonuçlara baktığımızda ise karşımıza eşit erişim ve önyargı konuları çıkmaktadır. Bu konular sadece nöro-teknolojiler ile ilgili olmamakta ancak konumuz gereğince belli bir açıdan yaklaşmak gerekli görülmektedir ki bu alanda çalışan ve ismini yukarıda defaten zikrettiğimiz bilim insanları da bu noktalara dair ifadelerde bulunmaktadır. Özellikle

[26] Andrea Lavazza, "Freedom of Thought and Mental Integrity: The Moral Requirements for Any Neural Prosthesis," *Frontiers in Neuroscience* 12, (Şubat, 2018): 4.

[27] Ienca, "On Neurorights," 8.

[28] Ienca ve Andorno, "Towards New Human Rights" 21.

[29] Yuste ve Goering vd., "Four Ethical Priorities" 162.

Yuste ve diğerleri eserlerinde iki noktaya da değinmekte; güçlendirmeye eşit erişim “nöro-teknolojiler yoluyla duyuşal ve zihinsel kapasitede sağlanan iyileştirmelerin faydalarının nüfus içinde adil bir şekilde dağıtılmasını sağlama becerisi” olarak ifade edilmektedir.^[30] Burada özellikle söz konusu nöro-teknolojik gelişmelerin bizzat devletler tarafından değil özellikle özel sektör şirketleri tarafından yapıldığını göz ardı etmemek gerekmektedir. Böylesine büyük bir gücün bir ya da birkaç kişi ya da kurumun elinde toplanması dünya üzerindeki dengeleri de hiç kuşkusuz sarsacaktır. Bireylerin üzerinde böylesine tahakküm kurma potansiyeli olabilecek şirketlerin de bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. İkinci olarak önyargı ise, “teknolojilerin önyargıları yerleştirmemesini sağlama becerisi” olarak karşımıza çıkmaktadır.^[31] Buradaki teknolojilerin kendi bünyelerinde yer alma potansiyeli olan önyargılara dair endişeleri ise yukarıda zaten açıklamıştık.

Hakların bu şekilde tasnif edilmesinin ötesinde ise ister istemez akıllara yeni ve önemli sorular gelmektedir. Bu sorulardan ilki nöro-hakların felsefi anlamda mı, uluslararası insan hakları hukuku anlamında mı, yoksa her iki anlamda da mı haklar olarak dikkate alınıp alınmayacağı ile ilgilidir. Bununla bağlantılı bir şekilde ikinci soruyu da dillendirmek önem arz etmekte olup nöro-hakların uluslararası insan hakları hukukunun bir konusu olduğu noktada var olan insan haklarının yorumlanması mı tercih edilecektir yoksa yeni tip hakların var edilmesi yoluna mı gidilecektir. Belki de konuya dair en büyük tartışmaların yaşanacağı nokta olarak buranın altının çizilmesi yerinde olacaktır.^[32]

İlk olarak Ockham’ın usturası yani olasılıkların zorunluluk olmadıkça çoğaltılmamasına dair ilke dikkate alındığında basit olanın, az olanın, temel olanın tercih edilmesi hata payını azaltacaktır. Bu sebeple yeni

[30] Yuste ve Goering vd., “Four Ethical Priorities” 160-61.

[31] Yuste ve Goering vd., “Four Ethical Priorities” 162.

[32] Ienca, “On Neurorights,” 8-9.

hakların eklenmesi tercih edilmemektedir. Keza ikinci olarak da “haklar enflasyonu”ndan bahsetmek mümkündür. Ahlaki anlamda hak olarak görülen her şeyin hukuki anlamda da hak olarak kabul edilmesi ve bunun sonucunda söz konusu nöro-hakların uluslararası insan hakları hukukunun bir parçası haline getirilmesi tercih edilmemektedir. Ancak bir yandan da şuna dikkat etmek gerekir ki; günümüz dünyasındaki değişimler eskiye nazaran çok daha hızlı gerçekleşmekte ve özellikle teknoloji aktörlerden biri olduğunda buradaki değişim hızında var olan patlama etkisi hukuk gibi mümkün mertebe diğerlerinin arkasından, sonrasından gelen bir alan için baş edilemez bir konuma getirmektedir.^[33] Böyle bir süreçte hiç kuşkusuz ortaya çıkan yeni ihtiyaçlara cevap verilebilmesi için yeni hakların gündeme alınma gerekliliği gündeme gelmektedir. Son dönemlerden verilebilecek en net örnek olan kişisel verilerin korunması hususundaki atılımlar yeni ihtiyaçların karşılanmasının gerekliliğini göstermekte ancak burada da yeni bir hakkın eklenmesi mi yoksa var olan hakkın yorumlanması mı sorusuna bizleri geri götürmektedir.^[34]

Üçüncü soru olarak ise söz konusu nöro-hakların ne şekilde sisteme dahil edileceği ve ilgili hakların hangi hukuk kaynağı vasıtasıyla düzenleneceği karşımıza çıkmaktadır. İnsan hakları söz konusu olduğunda akıllara gelen bildirge ve sözleşme yolları nöro-hakların düzenlenmesi için bizlere ne gibi avantaj ve dezavantajlar verecektir?^[35] Bununla beraber ulusal düzeyde yapılan düzenlemelerin de keza hangi kaynakta yapıldığı farklı soruları beraberinde getirebilecektir. İleride bahsedeceğimiz üzere anayasal bir değişim ne kadar etkili ve yerindedir, ya da haklara dair bir şartın yayınlanması, kanun çıkarılması gibi yolların etkililiği ne şekildedir? Son olarak ise buraya bir diğer soru olduğuna inandığım noktayı ekleme ihtiyacı duymaktayım. Yine ileride León Bildirgesi’nde de görüleceği üzere nöro-teknolojilere dair

[33] Carbonell, “The Regulation” 150.

[34] Ienca, “On Neurorights,” 9.

[35] Ienca, “On Neurorights,” 9.

yaklaşım insan-merkezci ve hak-temelli olarak nitelendirilmektedir. Burada özellikle insanın merkeze konması nöro-teknolojiler ile bizim bildiğimiz anlamdaki insanların varlıklarını devam ettirdiği ön kabulü gerçekleşmektedir. Ancak aynı zamanda düşünmek gerekir ki söz konusu teknolojiler hakların öznesi olarak tanıdığımız insanı değiştirme potansiyeline sahip midir, değil midir? Eğer sahip ise bu noktada yapay zekanın hukuki kişiliği diye tartıştığımız konuya paralel olarak transhümanların hukuki kişiliği konusunu da gündeme getirmek durumundayız.

Ek olarak bir soruyu da şu şekilde eklemek mümkün olacaktır: insan-merkezci hak-temelli bu yaklaşımın karşısında bilim özgürlüğünü konumlandırıdığımızda dengeleri hangi yöne doğru değiştirebiliriz? Nöro-teknolojik araştırmaların doğrudan engellenmesi gibi bir çözüm farklı dinamikleri ve farklı temel hak ve özgürlükleri kısıtlamaya bizleri itecektir. Bunun gibi keskin bir hamle yapmaktansa geri döndürülemez risk taşımayan ve kontrol edebilmek adına gerekli şeffaflığa sahip araştırmaların engellenmemesi tercih edilebilir.^[36]

Her ne kadar sorular sorulmaya, türeilmeye, cevaplanmaya veya cevaplanamamaya devam etse de Ienca eserinin sonuç bölümünde üç maddelik bir özeti bizlere sunmaktadır, ancak öncesinde bu konu hakkında hala tam anlamıyla bir görüş birliğinin gerçekleşmediğini belirtmekten de geri kalmamaktadır. Üç maddeyi şu şekilde sıralayabiliriz: (i) zihinsel bütünlük hakkı, en yüksek düzeyde teorik uzlaşıya ve yasal iyileştirmeye sahip gibi görünmektedir, (ii) özel hayata ilişkin bilgilerin korunmasına ilişkin özel hükümlere duyulan ihtiyacın da yüksek derecede kabul gördüğü ve tanındığı görülmektedir, (iii) insan zihninin özgürlüğünü korumak ve teşvik etmek ve böylece dış manipülasyonları önlemek için çeşitli nöro-hak adayları önerilmiştir.^[37]

[36] Carbonell, “The Regulation” 151.

[37] Ienca, “On Neurorights,” 9.

Bu konular ve haklar şu anda nöro-teknolojilerdeki adımlara göre tartışılıyor olsa da bir şeyler yapmak için kişiliğimize ve özgür irademize müdahale edebilecek nöro-teknolojilerin beynimize yüklenmesini bekleme gibi bir lüksümüz bulunmamaktadır. Ki zaten davranışsal psikoloji de bizlere insanların karar verme aşamalarında rasyonel birer varlık olmadıklarını göstermekte, insanları karmaşık varlıklar, sınırlı rasyonel, oldukça duygusal ve sosyal ilişkilenmelerden ve çevrelerinden etkilenenler olarak nitelendirmektedir.^[38] Bu sebeptir ki şimdiye kadar atılan adımlar bizlere de harekete geçmemiz için bir yol gösterecektir.

III. NÖRO-HAKLARA YÖNELİK ATILAN ADIMLAR

Nöro-hakların pozitif hukukta bir karşılığının olması için sorularımızı daha net olarak cevaplayabilmiş değilken bu uğurda hem çeşitli fikirler ortaya atılmakta hem de farklı farklı düzenlemeler ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar Yuste ve diğerleri nöro-hakların korunması için en etkili ve kapsamlı uluslararası araçları kullanmayı önerse de ne Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nde ne de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde böyle bir şeye tanık olmak günümüzde mümkün değildir. Avrupa Birliği'nin de düzenlemelerine bakıldığından doğrudan nöro-haklara yönelik bir bölüm bulmak olası değildir. Belki de bu sebeptir ki evrensel ve bölgesel kurumlardan ve/veya hukuk kaynaklarından bir yanıt alınamadığından kimi ülkelerin ulusal düzeyde girişimleri olmuş ve kimi ülkelerde bu girişimler birer sonuca ulaşmıştır.^[39]

Dünyada ilk olarak bahsedebileceğimiz Şili, anayasal reform sürecini başlatan ve temel haklar çerçevesini nöro-hakları da içerecek şekilde genişletmek üzere bir yasa tasarısı hazırlayan tek ülkedir. Bu özelliği ile beraber izlenmesi ve irdelenmesi gereken bir konuma koymanın doğru olduğu inancındayım. Bu sebeple derinlemesine bir inceleme yapacak olursak

[38] Carbonell, "The Regulation" 153.

[39] Carbonell, "The Regulation" 156-57.

şimdiye kadar konuştuğumuz tüm konuların hepsini kapsadıklarını söylemek mümkün olmayacaktır. 7 Ekim 2020 tarihinde Guido Girardi Lavin tarafından liderlik edilen bir grup Şilili senatör, “Gelecek Zorluklar, Bilimler, Teknoloji ve İnovasyon Komisyonu”na nöro-hakların korunması, zihinsel bütünlük, araştırmaların dahiliyeti ve nöro-teknolojilerin gelişiminin hukuken düzenlenmesine ilişkin bir girişimi tanıttılar. Bu ekibin içerisinde adını defaten andığımız İspanyol nöro-biyolog Rafael Yuste de yer almaktadır.^[40]

3 başlık ve 10 maddeden oluşan bu yasa tasarısı garip bir şekilde nöro-haklara dair bir liste içermemektedir ve keza söz konusu haklar öznel haklar kategorisine yerleştirilmemektedir. Aksine yasa tasarısında nöro-teknolojik araştırmalara dair kısıtlamalara yer verilmektedir. Maddeler incelendiğinde ise şu iki hakkın da içerikten çıkarılabildiğini söylemek yanlış olmayacaktır: (i) nöral veri mahremiyeti hakkı ve (ii) bilişsel özgürlük hakkı. Sonuç olarak söz konusu tasarıda nöro-hakların tanınmasından ziyade nöro-teknolojik araştırmalara getirilen sınırlandırmalar ve yasaklar vasıtasıyla “zihinsel bütünlüğü ve mahremiyeti korumaya yönelik tedbirler” yer almaktadır.^[41]

Sunulan yasa tasarısı ile Şili Cumhuriyeti Anayasa’sının 19.maddesinin 1.fikrasına yeni bir paragraf eklenmesi teklif edilmektedir ve söz konusu paragraf şu şekildedir: “*Bilimsel ve teknolojik gelişme insanların hizmetinde olmalı ve yaşama, fiziksel ve psikolojik bütünlüğe saygı çerçevesinde yürütülmelidir. Yasa, insanlar üzerindeki kullanım gerekliliklerini, koşullarını ve kısıtlamalarını düzenleyecek ve özellikle beyin faaliyetlerini ve bundan elde edilen bilgileri koruyacaktır.*” Söz konusu tasarı 14 Ekim 2021 tarihinde onaylanmış, 25 Ekim 2021 tarihinde de resmi gazetede yayınlanarak yü-

[40] Carbonell, “The Regulation” 158-59.

[41] Carbonell, “The Regulation” 159-60.

rürlüğe girmiştir.^[42]

Paralel olarak Temmuz 2021’de ise İspanya Hükümeti, vatandaşlarının internet ve yapay zeka çağındaki haklarını koruma amacıyla Dijital Haklar Şartı’nı tanıtmıştır. Bu Şart’ın 5.bölümünde nöro-teknolojilerin kullanımı kapsamındaki dijital haklar seti bulunmaktadır ve ilgili bölüm aşağıdaki gibidir:

1. *Nöro-teknolojilerin insanlara yerleştirilmesi ve kullanılmasına ilişkin koşullar, sınırlar ve garantiler ancak bu amaçlarla kanunla düzenlenebilir:*

- a. *Her bireyin kendi kimliği üzerindeki kontrolünü garanti altına alması,*
- b. *Karar alma sürecinde bireysel kendi kaderini tayin, egemenlik ve özgürlüğün güvence altına alınması,*
- c. *Elde edilen veya beyin süreçleriyle ilgili verilerin gizliliğinin ve güvenliğinin sağlanması ve bunların tamamen sahiplenilmesi ve imha edilmesi,*
- d. *Fiziksel veya ruhsal bütünlüğü etkileyebilecek insan-makine arayüzlerinin kullanımının düzenlenmesi,*
- e. *Nöro-teknolojilere dayalı kararların ve süreçlerin veri, program veya eksik, istenmeyen, bilinmeyen veya önyargılı bilgi tedariki ile koşullandırılmamasının sağlanması,*

2. *İnsanların onurunu, eşitliğini ve ayrımcılığa uğramamasını sağlamak için ve uygulanabilir olması halinde uluslararası anlaşmalar ve sözleşmeler uyarınca, kanun, nöro-teknolojilerin amacının tedavi edici uygulamalarının ötesinde bilişsel güçlendirme veya insanların yeteneklerini uyarmak ve güçlendirmek olduğu durumları ve koşulları düzenleyebilmelidir.*

[42] “21,383 Sayılı Kanunun Tarihçesi,” **Şili Ulusal Kongresi Kütüphanesi İnternet Portalı**, erişim 16 Nisan 2024, <https://www.bcn.cl/historiadela-ley/nc/historia-de-la-ley/7926>.

Burada görüleceği üzere 1.a. ve 1.c. maddelerinde “zihinsel mahremiyet hakkı”, 1.b. maddesinde “kişisel kimlik ve otonomi hakkı”, 1.c. maddesinde “özgür irade ve kendi kaderini tayin hakkı”, 2. maddesinde “bilişsel güçlendirmeye eşit erişim hakkı” ve 1.e. maddesinde “algoritmik önyargıdan korunma hakkı” karşımıza çıkmaktadır.^[43]

En güncel olarak ise 23-24 Ekim 2023 tarihli Avrupa Birliği’ne üye devletlerin Telekomünikasyon Bakanlarının resmi olmayan toplantısının çıktısı olarak León Bildirgesi yayınlanmıştır. Tam adı “Avrupa Nöro-teknolojisine ilişkin León Bildirgesi: İnsan Merkezli ve Hak Odaklı Bir Yaklaşım” olan belgede ilk olarak durum tespiti yapılmış, sonrasında ise Avrupa Birliği üye devletleri aşağıdaki maddelerle ilgili olarak aksiyon almaya çağırılmıştır:^[44]

- *Hak odaklı, kanıta dayalı ve siber-güvenli nöro-teknolojilerin geliştirilmesi için kamu-özel sektör iş birliğinin teşvik edilmesi.*
- *Araştırma, inovasyon ve pazar arasındaki boşluğu kapatmaya, prototiplerden temel haklar ve siber güvenlik standartlarıyla uyumlu ürünlere geçmeye olanak tanıyan dinamik bir ekosistemi beslemek.*
- *AB’deki nöro-teknoloji kuluçka merkezleri ve hızlandırıcılarının yanı sıra başlangıç ve büyüme aşamalarında risk sermayesi yatırımı veya garanti fonları yoluyla nöro-teknolojilere eşlik etme ve yatırım tedbirlerini değerlendirmek.*
- *Avrupa Komisyonu, yeni kurulan Avrupa Algoritmik Şeffaflık Merkezi ile yakın iş birliği içerisinde, muhtemelen Komisyon’un Web 4.0 ve sanal dünyalarla ilgili çalışmaları kapsamında, yakında kabul edilecek yasa teklifleri de dahil olmak üzere mevcut düzenleyici ve politika çerçevelerinin nöro-teknolojiler bağlamında bireysel ve kolektif*

[43] Carbonell, “The Regulation” 160-61.

[44] Avrupa Birliği, *León Declaration on European Neurotechnology: A Human Centric and Rights-Oriented Approach*, (León: Informal Meeting of Telecommunications Ministers, Ekim 2023), 3-4.

hakları ne ölçüde koruduğunu değerlendirmek üzere uzmanlaşmış üst düzey uzman tartışmalarını kolaylaştırmak.

- *Nöro-teknolojilerde ortak ilgi alanına giren önemli konulardaki uluslararası tartışmalar öncesinde Avrupa Komisyonu ve Üye Devletler arasında diyalogu teşvik etmek.*

- *Avrupalı nöro-teknoloji girişimcilerini, ürünlerinin geliştirilmesinde tasarım ve varsayılan olarak insan merkezli ve hak odaklı bir yaklaşımın farkında olmaya ve buna bağlı kalmaya zorlamak.*

- *AB, nöro-teknolojinin fırsatları ve riskleri konusunda kamuoyunu aktif bir şekilde bilgilendirmeli ve tartışmaya dahil etmelidir; örneğin, kamu istişareleri gerçekleştirerek.*

- *AB vatandaşlarının nöro-teknolojiyi kullanmaları için güvenilir, şeffaf ve hesap verebilir bir ekosistem oluşturmak.*

- *Avrupa Komisyonu, insan haklarını korumaya odaklanan siber güvenlik standartları da dâhil olmak üzere nöro-teknolojilere yönelik standartların oluşturulması ihtiyacını araştırmak üzere standardizasyon kuruluşlarıyla iş birliği yapmalıdır.*

IV. SONUÇ YERİNE

Zamanı yakalamak artık bizler için de kurumlar için de ve bilimler için de çok zor bir noktaya gelmiş durumdadır. Böyle bir durumda biz hukukçulara düşen yegane görev ise tüm ihtimalleri düşünerek olası durumları sezmek ve bu sezgilerle beraber olabilecek en kapsamlı ve en nitelikli hamleleri yapmaktır. Bunun yapılabilmesi için de hukuk eğitime ek olarak farklı disiplinlere dair de birtakım yeteneklerimizin olması bir zorunluluk haline gelmiştir. Bir ekip olarak çalışmak her ne kadar mümkün olsa da bir ekibin çalışma hızı ile bir bireyin çalışma hızını karşılaştırmaya bile gerek yoktur. O birey ne kadar donanımlı ise de o derece güzel sonuçlar elde edilir. Dünya düzeninin multidisipliner bir yere evirildiği bugünlerde bizler de kendimizi o yola sokmalı ve özellikle bireysel meraklarımız dahilinde

teknoloji alanına dair bir yerlere dahil olmamız gerekmektedir. Aksi halde sadece birbirine konuşan ve sürekli aynı şeyleri tekrarlayan papağanlardan bir farkı kalmayacaktır, insanın...

KAYNAKÇA

Avrupa Birliği. *León Declaration on European Neurotechnology: A Human Centric and Rights-Oriented Approach*. León: Informal Meeting of Telecommunications Ministers, Ekim 2023.

Boire, Richard Glen. "On Cognitive Liberty." *Journal of Cognitive Liberties* 1, no.1 (2000): 7-13. ISSN: 1527-3946

Bublitz, Jan-Christoph. "My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept." içinde *Cognitive Enhancement*, Editörler Elisabeth Hildt ve Andres Francke, 233-64. Springer, 2013. http://dx.doi.org/10.1007/978-94-007-6253-4_19

Carbonell, Elisa Moreu. "The Regulation of Neuro-Rights." *European Review of Digital Administration & Law – Erdal* 2, no.2, (Temmuz, 2022): 149-62. <https://doi.org/10.53136/979125994752914>

Ienca, Marcello ve Roberto Andorno. "Towards New Human Rights in the age of Neuroscience and Neurotechnology." *Life Sciences, Society and Policy* 13, no.5 (Nisan, 2017): 1-27. <https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1>

Ienca, Marcello. "On Neurorights." *Frontiers in Human Neuroscience* 15, (Eylül, 2021): 1-11. <https://doi.org/10.3389/fnhum.2021.701258>

Lavazza, Andrea. "Freedom of Thought and Mental Integrity: The Moral Requirements for Any Neural Prosthesis." *Frontiers in Neuroscience* 12, (Şubat, 2018): 1-10. <https://doi.org/10.3389/fnins.2018.00082>

Ozan Özparlak, Başak ve Sabire Sanem Yılmaz. "Beyin-Makine Arayüzü Teknolojisi ve Mahremiyete Dair Yeni Hukuki Sorunlar." *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no.2 (2020): 579-618.

Safire, William. "Visions for a New Field of Neuroethics." içinde *Neuroethics: Mapping the Field*, Editör Steven J. Marcus, 3-9. San Francis-

co: The Dana Foundation, 2002.

Sententia, Wrye. “Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Cognition.” *Annals of the New York Academy of Sciences* 1013, no.1 (Mayıs, 2004): 221-228. <https://doi.org/10.1196/annals.1305.014>

Şili Ulusal Kongresi Kütüphanesi İnternet Portalı. “21,383 Sayılı Kanunun Tarihçesi.” Erişim 16 Nisan 2024. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7926>.

Yuste, Rafael ve Sara Goering vd. “Four Ethical Priorities for Neurotechnologies and AI.” *Nature* 551, (Kasım, 2017): 159–63. <https://doi.org/10.1038/551159a>

Tedarik Zincirlerinde Ticari İşletmelerin Hak İhlallerini Önlemeye Yönelik Sorumluluk Denetimi (Özen) Yükümlülükleri -Alman Tedarik Zinciri Sorumluluk Denetimi Kanunu (LkSG) Örneği-

Mustafa Bayram MISIR

Giriş

Türk hukuku, hem Cumhuriyet dönem kanunlaştırmalarının geniş anlamıyla resepsiyona dayanması hem de Avrupa Birliği süreci nedeni ile Kıta Avrupası, özellikle de Avrupa Birliği hukukunun bir bileşeni niteliğindedir. Bu husus 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun gerekçesinde Avrupa Birliği hukuku ile uyum sağlamanın esas amaç olduğu açıkça vurgulanarak kanun koyucu tarafından da benimsenmiştir.

Türkiye'de yargı reformu tartışmalarının önemli bir başlığı hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesidir. Uluslararası hukukta, özellikle de AB Hukukunda devlet dışı aktörlere de insan haklarının korunması bakımından bazı yükümlülükler getirilmekte olup; Türkiye'de de piyasalarda ve üretim süreçlerinde yer alan aktörlerin insan hakları ve çevrenin korunması bağlamında sorumlu kılınarak bu yönden de denetlenmesi için kanunlaştırma tartışmalarının başlayacağı beklenebilir/ beklenmelidir.

Birleşmiş Milletler, bu doğrultuda yön gösterici olan İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'ni 2011 yılında kabul etti. Bu ilkelere göre hazırlanarak yürürlüğe giren ilk kanun, Almanya'da tedarik zincirlerinde

işletmelerin insan hakları ve çevre ihlallerini önlemeye yönelik iç sorumluluk denetimini ve bu kapsamda yükümlülüklerini düzenleyen “Tedarik Zincirleri Sorumluluk Denetimi Kanunu (LkSG)”dur. Almanya’da, 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe giren bu Kanun ile işletmelere bazı özen yükümlülükleri getirilmiştir.

Bu sunuşumuzda, öncelikle, İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri’ni genel olarak tanıtacak sonra da LkSG’yi inceleyeceğiz.

§1. “BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri”^[1]

İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi tarafından 16 Haziran 2011 tarihli ve 17/4 sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

İlkeler, başlangıçtaki Genel İlkeler ile her biri ayrı ayrı temel ve operasyonel ilkeler içeren üç ayrı ana bölümden oluşmaktadır.

Başlangıçtaki Genel İlkeler’de, rehber ilkelerin; (a) Devletlerin insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı göstermek, onları korumak ve yerine getirmek için mevcut yükümlülüklerinin; (b) Yürürlükte olan tüm yasalara uyması ve insan haklarına saygı göstermesi gereken ticari işletmelerin, özel işlevleri yerine getiren toplumun uzmanlaşmış organları olarak rollerinin; (c) Hak ve yükümlülüklerin ihlali durumunda, söz konusu hak ve yükümlülüklerin uygun ve etkili telafi edici çözüm yollarıyla eşleştirilmesi gerekliliğinin; tanınmasına dayandığı belirtilmektedir. Bu kapsamda, ilkeler, Devletin İnsan Haklarını Koruma Ödevi, Ticari İşletmelerin İnsan Haklarına Saygı Gösterme Sorumluluğu, Telafi Edici Çözüme Erişim başlıklı üç ayrı ana bölümde temel ve operasyonel ilkeleri içerecek şekilde

[1] Bkz. https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2023-06/bhr_ungp_rehberilkelerrapor.29.05.23_web.pdf

düzenlenmiştir.

§1.1. Kapsam, yorum yöntemi ve sınırlar

Genel ilkelerde rehber ilkelerin, tüm Devletler ile büyüklükleri, sektörleri, konumları, sahipleri ve yapılarına bakılmaksızın hem çok uluslu hem de diğer her türlü ticari işletmeler bakımından geçerli olacağı; tutarlı bir bütün olarak anlaşılması ve gerek tek tek gerekse bir bütün olarak, hakları etkilenen bireyler ve topluluklar açısından somut sonuçlar elde edebilmek ve bu suretle sosyal açıdan sürdürülebilir küreselleşmeye katkı sağlamak amacıyla iş dünyası ve insan haklarıyla ilgili standartlar ve uygulamaları geliştirme hedefleri açısından yorumlanması gerektiği, benimsenmiştir.

Genel ilkelere göre, rehber ilkelerde yer alan hiçbir husus yeni bir uluslararası hukuk yükümlülüğü yaratacak veya insan hakları bakımından uluslararası hukukta bir Devlet'in taahhüt ettiği veya tabi olduğu herhangi bir hukuki yükümlülüğü sınırlandıracak veya zayıflatacak şekilde yorumlanamaz.

Rehber ilkeler, özellikle hassas veya ötekileştirilmiş duruma düşme tehlikesinin yüksek olduğu topluluklardan veya halklardan olan kişilerin hakları ve ihtiyaçları ile bu kişilerin karşı karşıya oldukları zorluklara özel bir dikkat gösterilerek ve kadınlar ile erkeklerin karşılaşabileceği risklerin farklılığı göz önünde tutularak herhangi bir ayırım gözetmeksizin uygulanmalıdır.

§1.2. Devletin insan haklarını koruma ödevi

Rehber ilkelerde temel olarak, Devletlerin, kendi topraklarında ve/veya yargı yetkilerinin olduğu yerlerde, ticari işletmeler dâhil üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerine karşı *etkili politikalar, mevzuat, düzenlemeler ve yargılama yoluyla söz konusu ihlalleri önleme, araştırma, cezalandırma ve tazmin etme için uygun adımları atmayı gerektiren koruma* sağlaması benimsenmiştir. Bu kapsamda Devletler, kendi topraklarında ve/veya yargı yetkilerinin olduğu yerlerde kurulu tüm ticari işlet-

melerden, faaliyetleri sürecinde *insan haklarına saygı göstermelerine ilişkin beklentilerini açık bir şekilde ortaya koymalıdır.*

Bu temel ilkelere uygun olarak, uygulama ilkeleri, devletin genel yasal düzenleme ve politika işlevleri ile devlet-iş dünyası bağı gözetilerek, ayrıca çatışmadan etkilenen alanlarda iş dünyasının insan haklarına saygı göstermesinin desteklenmesi hedeflenerek düzenlenmiştir.

Devletler, koruma ödevlerini yerine getirirken;

(a) Ticari işletmelerin insan haklarına saygı göstermelerini amaçlayan veya bu etkiyi yaratan yasaları yürürlüğe koymalı ve bu yasaların yeterliliğini düzenli olarak değerlendirmeli ve bu yasalardaki boşlukları gidermelidir;

(b) Şirketler hukuku gibi ticari işletme teşkilatlarının kurulması ve sürmekte olan faaliyetlerini düzenleyen diğer kanunların ve politikaların, ticari işletmelerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğunu engellemediğinden ve aksine bu sorumluluğun gerçekleştirilmesine olanak sağladığından emin olmalıdır;

(c) Ticari işletmelere, faaliyetleri boyunca insan haklarına nasıl saygı gösterileceği konusunda etkili rehberlik sağlamalıdır;

(d) Ticari işletmelerin, insan hakları üzerindeki etkilerini ele alma şekillerini paylaşmalarını teşvik etmeli ve gerekirse zorunlu kılmalıdır.

Devletler, Devlet tarafından sahip olunan veya kontrol edilen ticari işletmeler tarafından veya ihracat kredi kuruluşları, resmî yatırım sigortası veya garantisi kuruluşları gibi kamu kurumlarından büyük destek ve hizmet alan ticari işletmeler tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerine karşı koruma sağlamak için, uygun olan alanlarda insan haklarına ilişkin durum tespitini şart koşturmak dâhil olmak üzere, ek adımlar atmalıdır.

Devletler insan haklarının kullanımını etkileyebilecek hizmetlerin sunulması için, ticari işletmelerle sözleşme yaptıklarında ya da bu konuyla ilgili bir yasalaştırma faaliyetinde bulunduklarında, uluslararası insan hak-

ları yükümlülüklerini yerine getirmek adına yeterli gözetimi gerçekleştirmelidir.

Devletler, birlikte ticari işler yaptıkları ticari işletmelerin insan haklarına saygı göstermelerini teşvik etmelidir.

Çatışma altındaki bölgelerde ağır insan hakları ihlalleri riski arttığı için, Devletler bu alanlarda faaliyet gösteren ticari işletmelerin aşağıdaki yöntemleri de uygulayarak bu tür ihlallere dâhil olmamalarını sağlamaya yardımcı olmalıdır:

(a) Faaliyetlerinin ve iş ilişkilerinin insan hakları ile ilgili risklerinin tespit edilmesine, önlenmesine ve azaltılmasına yardımcı olmak için ticari işletmelerle en erken aşamada ilişki kurulması;

(b) Hem toplumsal cinsiyete dayalı şiddete hem de cinsel şiddete özel önem göstererek, artan ihlal risklerini değerlendirmek ve ele almak için ticari işletmelere yeterli yardım sağlanması;

(c) Ağır insan hakları ihlallerine karışan ve duruma yönelik olarak iş birliği yapmayı reddeden bir ticari işletmenin kamu desteğine ve hizmetlerine erişiminin engellenmesi;

(d) Mevcut politikaların, mevzuatın, düzenlemelerin ve uygulama önlemlerinin, ağır insan hakları ihlallerinde ticari işletmelerin katılımı riskine cevap verecek etkililiğinin sağlanması.

Devletler, şirket uygulamalarını şekillendiren devlet daireleri, ajansları ve diğer Devlet kurumlarının, gerekli bilgi, eğitim ve destek verilmesi de dâhil olmak üzere, ilgili görevlerini yerine getirirken Devlet'in insan hakları yükümlülüklerinin farkında olmalarını ve bunlara uymalarını sağlamalıdır.

Politika tutarlılığının sağlanması için Devletler, örneğin, yatırım antlaşmaları veya sözleşmeler yoluyla diğer Devletlerle veya ticari işletmelerle iş dünyasıyla ilgili politika hedeflerini gerçekleştirmeye çalışırken insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmek için yeterli iç politika alanını

korunmalıdır. Devletler, iş dünyasıyla ilgili konularla ilgilenen çok taraflı kurumların üyeleri olarak hareket ederken: (a) Bu kurumların üye Devletlerin koruma ödevlerini yerine getirme güçlerini sınırlandırmadığına ve de ticari işletmelerin insan haklarına saygı göstermesine mâni olmadığına emin olmalıdır; (b) Bu kurumları, kendi yetki ve kapasiteleri çerçevesinde, insan haklarına saygı göstermelerine teşvik etmek ve talep edildiğinde Devletlerin, teknik yardım, kapasite geliştirme ve farkındalık yaratma da dâhil olmak üzere, ticari işletmeler tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerine karşı koruma ödevlerini yerine getirmelerine yardımcı olmak için teşvik etmelidir; (c) İş dünyası ve insan hakları sorunlarının yönetimiyle alakalı ortak anlayışı geliştirmek ve uluslararası iş birliğini ilerletmek için işbu Rehber İlkeler'den yararlanmalıdır.

§1.3. Ticari işletmelerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu

Ticari işletmelerin, başkalarının insan haklarını ihlal etmekten kaçınmaları ve katkıda bulundukları olumsuz insan hakları etkilerini ele almaları sorumluluğu yükleyen insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğü temel ilkedir.

Ticari işletmelerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu, *en azından* Uluslararası İnsan Hakları Beyannamesi'nde belirtilenler ile Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi'nde yer alan temel haklara ilişkin ilkeler olarak tanımlanan uluslararası kabul gören insan haklarını kapsar.

İnsan haklarına saygı gösterme sorumluluğu, ticari işletmelerin:

(a) Kendi faaliyetleri yoluyla olumsuz insan hakları etkilerine neden olmaktan veya bunlara katkıda bulunmaktan kaçınmalarını ve bu tür etkileri oluştuğunda ele almalarını;

(b) Bu olumsuz etkilere katkıda bulunmasalar dahi, iş ilişkileri yoluyla faaliyetleri, ürünleri veya hizmetleri ile doğrudan bağlantılı olan olumsuz

insan hakları etkilerini önlemek veya hafifletmek için çaba içinde olmalarını, gerektirir.

Ticari işletmelerin büyüklükleri, sektörleri, faaliyet bağlamları, sahipleri ve yapılarının ne olduğuna bakılmaksızın insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu tüm ticari işletmeler için geçerlidir. Bununla birlikte, işletmelerin bu sorumlulukları yerine getirdiği yöntemlerin ölçeği ve karmaşıklığı, bu faktörlere ve işletmenin olumsuz insan hakları etkilerinin ağırlığına göre farklılık gösterebilir.

Ticari işletmeler, insan haklarına saygı gösterme sorumluluğunu yerine getirmek için; (a) İnsan haklarına saygı gösterme sorumluluğunu yerine getirmek için bir politika taahhüdü; (b) İnsan hakları üzerindeki etkilerini ne şekilde ele aldıklarını belirlemek, önlemek, hafifletmek ve açıklamak için insan haklarına ilişkin durum tespiti süreci; (c) Sebep oldukları veya katkıda bulundukları olumsuz insan hakları etkilerinin telafi edilmesini mümkün kılacak süreçler de dâhil olmak üzere, kendi büyüklüklerine ve içinde bulundukları koşullara uygun politikaları ve süreçleri mevcut bulundurmalıdır.

Bu temel ilkeler çerçevesinde, ticari işletmelere dönük uygulama ilkelерinde, politika taahhüdünde bulunma, insan haklarına ilişkin durum tespiti yapma, telafi edici çözüm üretme ve tüm bunları üretim ve tedarik zincirinin tüm bağlamında yapma yükümlülükleri benimsenmiştir.

Ticari işletmeler, insan haklarına saygı gösterme sorumluluğunu üstlenmek için temel olarak, bu sorumluluğu yerine getirme konusundaki taahhütlerini, (a) Ticari işletmenin en üst düzeyinin onayı olan; (b) İlgili iç ve/veya dış uzmanlık ile beslenmiş olan; (c) İşletmenin, personelinin, iş ortaklarından ve faaliyetlerine, ürünlerine veya hizmetlerine doğrudan bağlantılı olan diğer taraflardan insan hakları beklentilerini ortaya koymuş olan; (d) Kamuya açık olan ve tüm personelin, iş ortaklarının ve diğer ilgili tarafların içerde ve dışarda bilgisine sunulmuş olan; (e) Ticari işletmenin her yerine sirayet etmesi için gereken operasyonel politikalar ile prosedür-

lere yansıtılmış olan, bir *politika bildirisi* ile ifade etmelidirler.

Politika bildirisinin akabinde ticari işletmeler, olumsuz insan hakları etkilerini tespit etmek, önlemek, azaltmak ve bunların ne şekilde ele alındığını açıklamak için, insan haklarına ilişkin durum tespiti gerçekleştirmelidir. Bu süreç, mevcut ve olası insan hakları etkilerinin değerlendirilmesini, bulguların bir araya getirilmesini ve bunlara göre hareket edilmesini, sonuçların takip edilmesini ve etkilerin ne şekilde ele alındığına ilişkin iletişimi kapsamalıdır. İnsan haklarına ilişkin durum tespiti: (a) Ticari işletmelerin kendi faaliyetleri ile neden olabileceği ya da katkıda bulunabileceği, veya iş ilişkileri ile faaliyetleri, ürünleri veya hizmetleriyle doğrudan bağlantılı olabileceği olumsuz insan hakları etkilerini içermelidir; (b) Ticari işletmelerin büyüklüğüne, ağır insan hakları etkileri riskine ve faaliyetlerinin doğası ve bağlamına göre karmaşıklığı farklılık gösterecektir; (c) İnsan hakları risklerinin, ticari işletmelerin işlemlerinin ve faaliyetlerinin kapsamı evrildikçe zaman içinde değişebileceğini kabul ederek, devamlılık göstermelidir.

İnsan haklarına ilişkin durum tespiti kapsamında, ticari işletmeler, insan hakları risklerini ölçmek için, (a) Dâhilî ve/veya bağımsız haricî insan hakları uzmanlarından yararlanarak, (b) Ticari işletmenin büyüklüğü ile faaliyetlerinin doğası ve bağlamına uygun olacak şekilde, etkilenme olasılığı olan gruplar ve diğer ilgili paydaşlarla anlamlı istişarelerde bulunarak kendi faaliyetlerinde veya iş ilişkilerinin bir sonucu olarak dâhil olabilecekleri her türlü mevcut ve olası olumsuz insan hakları etkilerini tespit etmeli ve değerlendirmelidir.

Ticari işletmeler, olumsuz insan hakları etkilerini önlemek ve hafifletmek için, etki değerlendirmelerinin bulgularını ilgili iç işlevler ve süreçlere entegre etmeli ve uygun adımları atmalıdır. Etkili bir entegrasyon, olumsuz insan hakları etkilerini ele alma veya müdahale sorumluluğunu ticari işletme içinde uygun kademeye ve işleve vermeyi, dâhilî karar alma, bütçe tertibi ve denetim süreçleri, bu tür olumsuz etkilere karşı etkili tepkiler verilmesini sağlamayı içermelidir. Ticari işletmenin olumsuz bir etkiye ne-

den olup olmadığına veya katkıda bulunup bulunmadığına, ya da sadece etkinin bir iş ilişkisi ile sağlanan faaliyetlerle, ürünlerle ve hizmetlerle doğrudan bağlantılı olması sebebiyle etkiye dâhil olup olmadığına; olumsuz etkiyi ele alma konusundaki ticari işletmenin nüfuzunun derecesine göre gerekli adımlar farklılık gösterebilecektir.

Ticari işletmeler, olumsuz insan hakları etkilerinin ele alınıp alınmadığını doğrulamak için, kendileri tarafından ortaya konan tepkilerin etkililiğini uygun nicelik ve nitelikte göstergelere dayalı olarak ve etkilenen paydaşlar da dâhil olmak üzere hem dâhilî hem haricî kaynaklardan alınan geri bildirimlerden yararlanarak izlemelidir.

Ticari işletmeler, insan hakları etkilerini ne şekilde ele aldıklarına açıklama getirmek için, özellikle etkilenen paydaşlar tarafından veya onlar adına kaygılar ortaya konulduğunda, bunu dışarıyla paylaşmaya hazırlıklı olmalıdır. Faaliyetleri veya faaliyet bağlamları ağır insan hakları etkileri riski doğuran ticari işletmeler, bu riskleri nasıl ele aldıklarını resmî olarak raporlamalıdır. Paylaşım, her durumda, bir işletmenin insan hakları etkilerini yansıtacak ve hedeflenen kitlenin erişebileceği formda ve sıklıkta olmalı, bir işletmenin belirli bir insan hakları etkisine müdahalesinin yeterliliğini değerlendirmek için gerekli bilgileri sunmalı, etkilenen paydaşlar, çalışanlar veya ticari gizlilik ile ilgili yasal zorunluluklar için herhangi bir risk oluşturmamalıdır.

Ticari işletmeler, üretim ve tedarik zincirinin tüm bağlamlarında, nerede faaliyette bulunurlarsa bulunsunlar, yürürlükteki yasalara uymalı ve uluslararası kabul görmüş insan haklarına saygı göstermeli; birbirleriyle çatışan zorunluluklarla karşı karşıya kaldıklarında uluslararası kabul gören insan hakları ilkelerine saygı göstermenin yollarını aramalı; nerede faaliyette bulunurlarsa bulunsunlar, ağır insan hakları ihlallerine neden olma veya katkıda bulunma riskini bir yasal uygunluk sorunu olarak değerlendirmelidirler.

Mevcut ve olası olumsuz insan hakları etkilerini ele almak için bir önce-

liklendirme yapmak gerektiğinde, ticari işletmeler öncelikle en ağır olanları veya gecikmiş müdahalenin onları telafi edilemez hale getireceği durumları önlemenin ve hafifletmenin yollarını aramalıdır. Ticari işletmeler olumsuz etkilere neden olduklarını veya katkıda bulunduklarını tespit ettikleri durumlarda, meşru süreçler yoluyla bunların iyileştirilmesini sağlamalı veya bunların iyileştirilmesine yönelik iş birliği yapmalıdır.

§1.4. Telafi edici çözüme erişim

Rehber ilkelere göre, telafi edici çözüme erişimde temel ilke, iş dünyası kaynaklı insan hakları ihlallerine karşı koruma ödevinin bir parçası olarak Devletlerin, bu tür ihlallerin kendi topraklarında ve/veya yargılama yetkilerinin olduğu yerlerde gerçekleşmesi halinde, hakları etkilenenlerin etkili telafi edici çözüme erişimlerini sağlamak için yargısal, idari, yasal veya diğer uygun yollarla gerekli adımları atmasına dayanır.

Bu kapsamda, Devlet'e dayalı yargı mekanizmaları ile Devlet'e dayalı yargı dışı şikâyet mekanizmalarını içeren operasyonel ilkeler benimsenmiştir. Devletler, iş dünyası kaynaklı insan hakları ihlallerini ele alırken, telafi edici çözüme erişimin reddine yol açabilecek hukuki, uygulamadan kaynaklanan ve diğer ilgili engelleri azaltmanın yolları da dâhil olmak üzere, ulusal yargı mekanizmalarının etkinliğini sağlamak için uygun adımları atmalı; yargı mekanizmalarının yanı sıra, iş dünyası kaynaklı insan hakları ihlallerinin telafisi için Devlet'e dayalı kapsamlı bir sistemin parçası olarak etkili ve uygun yargı dışı şikâyet mekanizmaları sağlamalıdır.

Devlet'e dayalı olmayan şikâyet mekanizmalarını hayata geçirmek ise ticari işletmelerin insan haklarına saygı yükümlülüklerinin doğurduğu bir sorumluluk kabul edilmiştir. Buna göre, düzenleme yükümlülüğü altındaki Devletler, iş dünyasıyla bağlantılı insan hakları zararlarını ele alan Devlet'e dayalı olmayan etkili şikâyet mekanizmalarına erişimi kolaylaştırmının yollarını değerlendirmelidir. Şikâyetlerin erken ele alınmasını ve doğrudan telafisini mümkün kılmak için, ticari işletmeler olumsuz etkilenebilecek bireyler ve topluluklar için etkin operasyonel düzeyde

şikâyet mekanizmaları oluşturmaları ya da bunlara katılmalıdır. İnsan hakları ile ilgili standartlara saygı gösterilmesine dayalı sektörel, çok paydaşlı ve diğer iş birlikçi girişimler, etkili şikâyet mekanizmalarının mevcut olmasını sağlamalıdır.

Hem Devlet'e dayalı hem de Devlet'e dayalı olmayan yargı dışı şikâyet mekanizmalarının etkinliğini sağlamak için, bu mekanizmaların;

(a) **Meşru olması:** kullanımları hedeflenen paydaş gruplarının güvenini sağlamak ve şikâyet süreçlerinin hakkaniyetli bir şekilde işlemesi için hesap verebilir olması;

(b) **Erişilebilir olması:** kullanımları hedeflenen tüm paydaş grupları tarafından bilinmesi ve erişirken belirli engellerle karşılaşabilecek olanlar için yeterli yardım sağlayabiliyor olması;

(c) **Öngörülebilir olması:** her bir aşama için bir belirleyici zaman çerçevesi ile açık ve öngörülebilir bir prosedürün sunulması, mevcut süreç ve netice çeşitleri ile uygulamanın denetim araçları hakkında açıklık sağlıyor olması;

(d) **Hakkaniyetli olması:** tarafların, adil, bilgilendirilmiş ve saygın şartlarda bir şikâyet sürecine dâhil olabilmesi için gerekli bilgi, danışmanlık ve uzmanlık kaynaklarına makul bir şekilde erişebilmelerinin sağlanmasına çalışılıyor olması;

(e) **Şeffaf olması:** tarafların sürecin ilerleyişi hakkında bilgilendirilmesi ve mekanizmanın etkililiği hakkında güven oluşturmak ve her türlü kamu menfaatini karşılamak için mekanizmanın performansı hakkında yeterli bilgi sağlanıyor olması;

(f) **Haklar ile uyumlu olması:** neticelerin ve telafi edici çözümlerin uluslararası kabul görmüş insan hakları ile uyumlu olmasının sağlanması;

(g) **Sürekli öğrenmenin bir kaynağı olması:** mekanizmayı geliş-

tirmek ve gelecekteki şikâyetleri ve zararları önlemek için dersleri tanımlamak üzere ilgili tedbirlerin alınıyor olması;

(h) **Katılıma ve diyaloga dayanıyor olması:** kullanımı ve tasarımı, mekanizmaları kullanmaları hedeflenen paydaş gruplarına danışılması ve şikâyetleri ele alma ve çözme aracı olarak diyaloga odaklanılması, gerekmektedir.

§2. “Alman Tedarik Zincirleri Sorumluluk Denetimi Kanunu (LkSG)”^[2]

Alman hükümeti BM Rehber İlkelerine dayanarak 21 Aralık 2016 tarihinde Ticaret ve İnsan Haklarına İlişkin Ulusal Eylem Planını kabul etti ve Alman piyasa aktörlerinin belirli bir kapsam dahilinde insan haklarına saygı yükümlülüklerini düzenledi.

16.07.2021’de kabul edilen Alman «Tedarik Zincirleri Sorumluluk Denetimi Kanunu» (LkSG) 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girdi.

Terminoloji sorunu: Alman-Türk Ticaret ve Sanayi Odası LkSG’yi, internet sitesinde «Tedarik Zincirlerinde Gerekli Özeni Gösterme Yükümlülüğü Kanunu» olarak anmakta ise de refere ettiği çeviride LkSG «Tedarik Zincirlerinde Şirketlerin Özen Yükümlülüğü Hakkında Kanun» olarak anılıyor^[3]. Ancak buradaki özen yükümlülüğü, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri’nde düzenlenen sorumluluk denetimi olduğundan ve kişiliğinin ne olduğuna bakılmaksızın ticari işletmelere kamusal bir gö-

[2] Bkz. <https://www.suedwesttextil.de/fileadmin/editorial-content/dokumente/20210831-Lieferkettengesetz-englisch.pdf> [Bu çalışmada İngilizce çevirisinden yararlanılmış olup, Almancası için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/lksg/LkSG.pdf>]

[3] Bkz. <https://www.dtr-ihk.de/tr/bilgi-koesesi/tedarik-zincirlerinde-gerekli-oezeni-goesterme-yuekuemlueluegue-kanunu-lksg> ve bu adreste link verilen çeviri. Çeviri, Köksal Avukatlık Ortaklığı avukatları Prof. Dr. Mehmet Köksal, Av. Sıla Şahin ve Stj. Av. Elif Girgin’e aittir. Bkz. <https://koksallav.tr/tedarik-zinciri-ozen-yukumulugu-yasasi/tedarik-zincirlerinde-sirketlerin-ozen-yukumulugu-hakkinda-kanun/>

rev verildiğinden ben diğer çevirinin, «Tedarik Zincirleri Sorumluluk Denetimi Kanunu» diye çevrilmesinin uygun olacağı kanısındayım. Buradaki denetim, bir özel hukuk ilişkisindeki özen yükümlülüğüne indirgenemeyecek insan haklarının korunması amacına matuf ve şirket tüzel kişiliğine sahip olanlar dahil tüm ticari işletmeleri kamusal yükümlülük altına sokan bir denetim olduğundan, terminolojinin kamu hukukunu da hatırlatacak şekilde geliştirilmesi bence daha yerindedir.

«Tedarik zincirlerinde insan hakları ihlallerinin önlenmesi için işletmelerin özen yükümlülükleri hakkında» Kanun, 6 Bölüm 24 Paragraftan oluşuyor. Alman sistematigi bizim alışık olduğumuz kanun yazım tekniğinden biraz farklı, «Madde 1» Kanun'un kendisi, «Madde 2, 3, 4» Kanun'un etkilediği diğer kanunlarda değişiklik maddeleri, «Madde 5» Yürürlük maddesi. Ben Türk hukuku sistematigine uygun olması için Alman sistematiginde «Madde -Article- 1» altında yapılan düzenlemeye «Kanun» diyeceğim, bölümleri muhafaza edeceğim, paragrafları ise kanun maddeleri olarak anacağım.

Kanun'un altı bölümü şöyle;

1- Genel Hükümler, (Uygulama Kapsamı, Madde 1; Tanımlar, Madde2)

2- Sorumluluk Denetimi, (*Due diligence obligations* – «Durum tespiti yükümlülükleri», özel hukukçular «özen yükümlülükleri» diye çeviriyor, Madde 3; Risk yönetimi, Madde 4; Risk analizi, Madde 5; Önleyici tedbirler, Madde 6; Telafi edici/ iyileştirici eylemler, çözümler, Madde 7; Şikayet usulü, Madde 8; Doğrudan tedarikçilerin izlenmesi ve raporlanması, Madde 9; Belgeleme ve raporlama, Madde 10)

3- Yargılama Usulü, (Dava açma yetkisi, Madde 11)

4- İdarece İzleme, Denetim ve Yaptırım (Raporun sunulması, Madde 12; Raporların denetimi ve düzenleme yetkisi, Madde 13; İdari tedbirler ve düzenleme yetkisi, Madde 14; İdari yaptırım ve önlemler,

Madde 15; Denetim ve inceleme yetkisi, Madde 16; Bilgi ve belge sunma yükümlülüğü, Madde 17; İşbirliği yükümlülüğü, Madde 18; Yetkili idare, Madde 19; Genelgeler, Madde 20; (İdari) sorumluluk raporu, Madde 21)

5- Kamu İhaleleri (Kamu ihalesinden yasaklama, Madde 22)

6- İdari Para Cezası (Suçlar ve Para Cezaları, Madde 24).

§2.1. Tedarik zinciri

LkSG anlamında «tedarik zinciri», bir işletmenin, hammaddelerin çıkarılmasından başlayarak son müşteriye teslimine kadar, ürünlerin üretilmesi ve hizmetlerin sunulması için gerekli olan Almanya ve yurtdışındaki;

1. Bir işletmenin kendi iş alanındaki faaliyetleri,

2. Doğrudan tedarikçilerin eylemleri ve

3. Dolaylı tedarikçilerin eylemlerini kapsayan tüm adımları içerecek şekilde, tüm ürün ve hizmetlerini ifade eder. (Tanımlar, Madde 2/5) Bu, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'ndeki 'bağlam'ın somutlanması anlamına geliyor.

■ Bir işletmenin kendi iş alanındaki faaliyeti, işletmenin iş amacını gerçekleştirmek için yaptığı her türlü faaliyeti kapsar. Bu, Almanya'da veya yurtdışında bir yerde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılmaksızın, ürün ve hizmetlerin yaratılmasına ve kullanılmasına yönelik her türlü faaliyeti içerir. Bağlı şirketlerde, ana şirketin grup şirketi üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olması durumunda, ana şirketin kendi iş alanı, bir grup şirketini de kapsar. (Tanımlar, Madde 2/6)

■ Doğrudan tedarikçi, işletmenin ürününün üretimi veya ilgili hizmetin sağlanması ve kullanılması için tedariki gerekli olan malların tedarikine veya hizmetlerin sağlanmasına ilişkin herhangi bir sözleşmenin tarafıdır. (Tanımlar, Madde 2/6)

■ Dolaylı tedarikçi, doğrudan tedarikçi olmayan ve tedariki işletmenin ürününün üretimi veya ilgili hizmetin sağlanması ve kullanılması için

gerekli olan herhangi bir kuruluştur. (Tanımlar, Madde 2/6)

§2.1. Uygulama kapsamı

Kanun, hukuki şekline bakılmaksızın işletmeleri (bu işletmelerin hukuki şekline, gerçek kişi, tüzel kişi ya da sermaye şirketi olmasına bakılmaksızın) kapsamına alıyor ve uygulama kapsamı için istihdam koşulu getiriyor: Hem menşei Alman olan ve yurt içinde ve yurt dışında (1.1.2024'ten itibaren) 1.000 işçi istihdam eden hem de menşei Alman olmasa bile Almanya'da şubesi olup ticari faaliyet gösteren ve yurt içinde 1.000 işçi istihdam eden işletmeleri uygulama kapsamına alıyor.

Çalışan sayısının belirlenmesinde -taşeronlarda çalışanlar dahil- geçici işçiler altı aydan fazla çalışıyor ise, şirketler topluluğu ya da bir şirkete ya da şirketler topluluğuna bağlı birden fazla işletme söz konusu olursa da, topluluk şirketlerinin veya işletmelerin tamamında çalışan işçilerin sayısını dikkate alıyor. (Madde 1)

§2.2. Korunan haklar

Tanımlar'da (Madde 2/1), insan haklarının (ve çevrenin) korunmasına ilişkin sözleşmelerden doğan hakların tamamının Kanun'un koruması kapsamına girdiği belirtiliyor. Kanun'un **Ek**'inde kapsama giren uluslararası sözleşmeler belirtiliyor, liste uzun ama genel olarak Evrensel Beyanname, ILO Sözleşmeleri, Minamata- Stokholm-Basel Sözleşmeleri yer alıyor:

1. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 28 Haziran 1930 tarihli ve 29 sayılı Zorla Çalıştırma Sözleşmesi (29 No'lu ILO Sözleşmesi),

2. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 28 Haziran 1930 tarihli ve 29 sayılı Zorla Çalıştırma Sözleşmesine ilişkin 11 Haziran 2014 tarihli Protokol,

3. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 9 Temmuz 1948 tarihli ve 87 sayılı Örgütlenme Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi

4. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1 Temmuz 1949 tarihli ve 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Sözleşme Hakkı Sözleşmesi (98 No'lu ILO Sözleş-

mesi),

5. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 29 Haziran 1951 tarihli ve 100 sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi,

6. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 25 Haziran 1957 tarihli ve 105 sayılı Zorla Çalıştırmanın Yasaklanması Sözleşmesi (105 No'lu ILO Sözleşmesi),

7. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 25 Haziran 1958 tarihli 111 No'lu İş ve Meslekte Ayrımcılık Hakkında Sözleşmesi (111 No'lu ILO Sözleşmesi),

8. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 26 Haziran 1973 tarihli 138 sayılı Asgari Yaş Hakkında Sözleşmesi (138 No'lu ILO Sözleşmesi),

9. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 17 Haziran 1999 tarihli 182 Sayılı En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi (182 No'lu ILO Sözleşmesi),

10. 19 Aralık 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme,

11. 19 Aralık 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme,

12. 10 Ekim 2013 tarihli Cıva Hakkında Minamata Sözleşmesi (Minamata-Sözleşmesi),

13. 23 Mayıs 2001 tarihli Kalıcı Organik Kirleticilere İlişkin Stockholm Sözleşmesi (POPs- Sözleşmesi),

14. 22 Mart 1989 tarihli Tehlikeli Atıkların Sınırlar Ötesi Taşınması ve Bertaraf Edilmesinin Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesi (Basel Sözleşmesi).

§2.3. Koruma kapsamı = Riskin varlığı = Yasakların ihlali olasılığının belirmesi

LkSG'ye göre (Madde 2/4), Madde 2/2'deki yasakların ihlalinin Kanun anlamında insan haklarına ilişkin bir yükümlülüğün ihlali, Madde 2/3'deki yasakların ihlalinin Kanun anlamında çevreye ilişkin bir yükümlülüğün ihlali anlamına geleceği belirtiliyor.

LkSG'ye göre (Madde 2/2), insan haklarıyla ilgili bir «**risk**», yukarıda sayılan uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınmış herhangi bir hakkın ya da koruma amaçlı getirilmiş bir yasağın fiili koşullar temelinde ihlal edilmesi açısından yeterli olasılığın bulunduğu bir durum olarak tanımlanıyor: «***bir insan hakları riski, fiili koşullar temelinde, ...yasaklardan birinin ihlalinin yakın olması yönünde yeterli olasılığın mevcut olduğu bir durumdur.***».

Şu durumlarda «yasaklardan birinin ihlalinin yakın olması yönünde yeterli olasılığın mevcut olması» halinde «risk» doğmuş sayılacaktır:

1-15 yaşın altında çocuk işçi çalıştırma yasağı, çalışma yaşının 15'ten az olmaması şartıyla istihdam yeri kanunları izin verse dahi çalışılan yer kanununa göre zorunlu eğitimin sona erdiği yaşın altındaki çocuğun çalıştırılması yasağı,

2-18 yaşın altındaki çocuklar için en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği yasağı, (ILO 182 s. Sözleşme 3. Madde)

3-Kişileri zorla çalıştırma yasağı,

4-İşyerinde aşırı ekonomik veya cinsel sömürü ve aşağılama gibi köleliğin, köleliğe benzer uygulamaların, serfliğin veya diğer tahakküm veya baskı biçimlerinin ve benzeri uygulamalara ilişkin yasaklar,

5-İş kazası riskine veya işle ilgili sağlık tehlikelerine yol açıyorsa, iş yeri kanunu kapsamında geçerli olan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini göz ardı etme yasağı,

6-Örgütlenme özgürlüğünü gözardı etme yasağı,

7-İstihdamda (örneğin ulusal ve etnik köken, sosyal köken, sağlık durumu,

engellilik, cinsel yönelim, yaş, cinsiyet, siyasi görüş, din veya inanç temelinde) ayrımcılık yasakları, eşitsiz muamele (eşit işe eşit ücret ilkesinin ihlali vb. gibi) yasağı,

8-İstihdam yeri hukukuna göre adil bir ücretten -asgari ücretten- mahrum bırakılma yasağı,

9-Zararlı toprak değişikliğine, su kirliliğine, hava kirliliğine, zararlı gü-rültü emisyonuna veya aşırı su tüketimine neden olunmasının yasaklanması,

10-Kullanımı bir kişinin geçimini sağlayan arazi, orman ve suların edi-nilmesi, geliştirilmesi veya başka şekilde kullanılması amacıyla hukuka aykırı tahliye yasağı ve arazinin, ormanların ve suların hukuka aykırı olarak ele geçirilmesinin yasağı;

11-İşletmenin talimat veya kontrol eksikliği nedeniyle güvenlik güçlerinin kullanılması durumunda, işletmenin projesinin korunması için –a)işkence ve zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağını ihlal ediyorsa, b) cana veya uzuvlara zarar veriyorsa veya c) örgütlenme hakkı ve örgütlenme özgürlüğünü zedeliyorsa özel veya kamu güvenlik güçlerinin kiralanması veya kullanılmasının yasaklanması,

12- Bu maddenin 1. ila 11. numaralarının ötesine geçen icrai bir davranı-şa veya korunan hukuki bir konumu özellikle ciddi bir şekilde doğrudan etki-lemesi muhtemel olan ve tüm koşullar makul bir şekilde değerlendirildiğinde hukuka aykırılığı açıkça ortada olan ihmali bir davranışa ilişkin yasa.

LkSG'ye göre (Madde 2/3), çevreyle ilgili «**risk**», fiili koşullar temelinde, yasaklardan birinin ihlal edilmesinin yeterli bir olasılığının olduğu bir durum olarak niteleniyor.

Şu durumlarda «yasaklardan birinin ihlalinin yakın olması yönünde yeterli olasılığın mevcut olması» halinde «**risk**» doğmuş sayılacaktır:

1-Minamata Sözleşmesi uyarınca cıva katkılı ürünlerin imalatının yasaklanması,

Tedarik Zincirlerinde Ticari İşletmelerin Hak İhlallerini Önlemeye
Yönelik Sorumluluk Denetimi (Özen) Yükümlülükleri
-Alman Tedarik Zinciri Sorumluluk Denetimi Kanunu (LkSG) Örneği-

2-Minamata Sözleşmesi uyarınca üretim süreçlerinde cıva ve cıva bileşiklerinin kullanımının, ilgili ürün ve işlemler için Sözleşmede belirtilen aşamalı olarak kullanımdan kaldırılma tarihinden itibaren yasaklanması;

3-Minamata Sözleşmesi uyarınca cıva atıklarının işlenmesinin yasaklanması,

4-Kalıcı Organik Kirleticilere ilişkin 23 Mayıs 2001 tarihli Stockholm Sözleşmesi uyarınca kimyasalların üretimi ve kullanımının yasaklanması;

5-Kalıcı Organik Kirleticilere İlişkin Stockholm Sözleşmesi uyarınca yürürlükteki hukuk sisteminde geçerli olan düzenlemelere uygun olarak, atıkların çevre dostu olmayan şekilde taşınması, toplanması, depolanması ve bertaraf edilmesinin yasaklanması,

6-Basel Sözleşmesi uyarınca tehlikeli atıkların ve diğer atıkların ithaline ve sevğine ilişkin yasaklar,

7-Basel Sözleşmesi uyarınca tehlikeli atık ihracatı yasağı,

8-Tehlikeli atıkların ve diğer atıkların Basel Sözleşmesine tarafolmayan bir ülkeden ithalatının yasaklanması.

§2.4. Koruma yolu = Sorumluluk denetimi

LkSG'ye göre, «sorumluluk denetimi», işletmelere bir dizi yükümlülük getiren şu aşamalarda gerçekleştirilecektir:

- 1- *Durum tespiti* (Madde 3)
- 2- *Risk yönetimi* (Madde 4)
- 3- *Risk analizi* (Madde 5)
- 4- *Önleyici tedbirler* (Madde 6)
- 5- *Telaflı edici çözümler* (Madde 7)

§2.5. Koruma güvenceleri = İdari izleme, şikayet ve yaptırımlar

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, LkSG'de, «sorumluluk denetimi» kendi

başına bırakılmamış, tüm ilgililer için ŞİKAYET YOLU (Madde 8) düzenlenmiş, dolaylı tedarikçiler için idari denetim mekanizmaları öngörülmüş (Madde 9), işletmelere BELGELEME ve RAPORLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ (Madde 10) getirilmiş, ŞİKAYET ve YARGI YOLU (Madde 8, 11) düzenlenmiş, İDAREYE İZLEME ve RAPORLAMA, RİSK ESASLI DENETİM GÖREVİ verilmiş (Madde 12-21 arası) ve YAPTIRIMLAR (Madde 23, 24) düzenlenmiştir.

§2.6. Yükümlülükler

LkSG’de ticari işletmelerin ve Devlet’in yükümlülükleri bir süreç olarak öngörülmüştür.

Ticari işletmelere getirilen yükümlülükler, «*durum tespiti*» ve «*hak ihlaline son verme*»; «*risk yönetimi*» ve «*risk analizi*»; «*önleyici tedbirler*»; «*tela fi edici çözümler*»; «*işletme içi şikâyet yolunun bulunmasını sağlama*»; «*dolaylı tedarikçiler*»le ilgili yükümlülükler; «*belgeleme ve raporlama*»; «*bilgi verme ve begeleri sağlama yükümlülüğü*»dür.

Sırası ile ele alalım.

§2.6.1. Durum tespiti yükümlülükleri (Madde 3)

LkSG’nin işletmelere getirdiği ilk yükümlülük «*durum tespiti*» ve «*hak ihlaline son verme*»dir. Durum tespiti yükümlülükleri,

1. Risk yönetim sisteminin kurulmasını,
2. İşletme içerisinde sorumlu kişi veya kişilerin belirlenmesini,
3. Düzenli risk analizlerinin yapılmasını,
4. Bir politika (ilkeler) beyanı yayınlamayı,
5. Kendi iş alanında ve doğrudan tedarikçilere karşı önleyici tedbirler belirlemeyi,
6. Düzeltici eylemleri (tela fi edici çözümleri),
7. Şikayet prosedürünün oluşturulmasını,

Tedarik Zincirlerinde Ticari İşletmelerin Hak İhlallerini Önlemeye
Yönelik Sorumluluk Denetimi (Özen) Yükümlülükleri
-Alman Tedarik Zinciri Sorumluluk Denetimi Kanunu (LkSG) Örneği-

8. *Dolaylı tedarikçilerdeki risklere ilişkin durum tespiti yükümlülüklerinin uygulanmasını ve*

9. *Belgeleme ve raporlamayı, içerir.*

§2.6.2. Risk yönetimi ve risk analizi (Madde 4, 5)

LkSG'nin işletmelere getirdiği ikinci yükümlülük «*risk yönetimi*» ve «*risk analizi*»dir.

Risk yönetimi sisteminin kurulması için şeklen belirlenmiş bir prosedür yok. **En az bir insan hakları uzmanı atanabileceği**, işletme üst düzey yöneticilerinin sorumlu bu kişi veya kişilerden düzenli bilgi alması gerektiği, ihlallerin tespiti için risk yönetiminin tüm tedarik zincirini, tüm iş süreçlerini kapsamaması gerektiği düzenleniyor. (Madde 4)

Risk yönetiminin parçası olarak tüm tedarik zincirinde insan hakları veya çevre ihlali risklerine ilişkin -yılda en az bir ve tedarik zincirini yeni bir ürün vb. nedeni ile değiştirse bununla ilgili- risk analizi raporu hazırlanacağı, bunun işletmelerin karar alma mekanizmalarına iletileceği, düzenleniyor. (Madde 5)

§2.6.3. Önleyici tedbirler (Madde 6)

LkSG'nin işletmelere getirdiği üçüncü yükümlülük «*önleyici tedbirler*»dir.

Önleyici Tedbirler, risk analizine bağlı olarak en az yılda bir açıklanır ve yeni ürün sürecine göre risk analizindenki gibi güncellenir ve şunları içerir:

1-*İşletmenin (üst düzey yöneticilerin de benimsemek zorunda olacağı) insan hakları ve çevresel yükümlülüklerle ilişkin politika beyanı hazırlayıp yayınlaması.* Bu politika beyanı,

i. İşletmenin LkSG kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirme prosedürünün açıklamasını,

ii. risk analizine dayanarak belirlenen işletmenin öncelikli insan hakları ve çevreyle ilgili risklerini ve,

iii. İşletmenin tedarik zincirindeki çalışanları ve tedarikçilerine yönelik insan hakları ve çevre ile ilgili beklentilerinin risk analizine dayalı olarak tanımlanmasını içermek zorundadır.

2-İşletmenin kendi iş alanında belirleyeceği önleyici tedbirler. Bu tedbirler,

i. Politika beyanında belirtilen insan hakları stratejisinin ilgili iş süreçlerinde uygulanmasını,

ii. Belirlenen riskleri önleyen veya en aza indiren uygun satın alma stratejilerinin ve satın alma uygulamalarının geliştirilmesi ve uygulanmasını,

iii. İlgili iş alanlarında eğitim verilmesini,

iv. Kendi iş alanında politika beyanında yer alan insan hakları stratejisine uygunluğu doğrulamak için risk bazlı kontrol önlemlerinin uygulanmasını, içerir.

3-İşletmenin doğrudan tedarikçileri için belirleyeceği önleyici tedbirler. Bu tedbirler,

i. Doğrudan tedarikçi seçerken insan hakları ve çevreyle ilgili beklentilerin dikkate alınmasını,

ii. Doğrudan tedarikçiden, işletmenin üst yönetiminin gerektirdiği insan hakları ve çevre ile ilgili beklentilere uyacağına ve bunları tedarik zinciri boyunca uygun şekilde ele alacağına dair sözleşmeye dayalı güvenceler alınmasını,

iii. Doğrudan tedarikçi tarafından yapılan sözleşme güvencelerinin uygulanmasına yönelik başlangıç ve ileri eğitim önlemlerinin uygulanmasını,

iv. Doğrudan tedarikçide insan hakları stratejisine uygunluğun doğrulanması için uygun sözleşmeye dayalı kontrol mekanizmaları ve bunların risk bazlı uygulamaları üzerinde anlaşmaya varılmasını, içerir.

§2.6.4. Düzeltici eylemler (telafi edici çözümler) (Madde 7)

LkSG'nin işletmelere getirdiği dördüncü yükümlülük «*telafi edici*

çözümler»dir.

Telafl edici çözümler/ düzeltici eylemler, (Madde 7)

*1-İşletmenin kendi iş alanında, Almanya içinde ihlali ortadan kaldıracı, Almanya dışında ihlali «genellikle» ortadan kaldıracı olmalıdır. **Düzeltilici eylem, telafl edici çözüm, «ihlale son verilmesi»dir.***

*2-Doğrudan tedarikçiler söz konusu olduğunda, i. İhlale neden olan işletme ile ihlali sona erdirmeye veya en aza indirmeye yönelik bir planın ortaklaşa geliştirilmesi ve uygulanması, «ihlale son verilmesi»ne ilişkin acil bir eylem planı hazırlamasını, ii. Sektör girişimlerinde ve sektör standartlarında diğer işletmelerle güçlerini birleştirerek zarara neden olan veya verebilecek olan işletmeyi etkileme yeteneğini arttırmasını, iii. **Riski en aza indirmek için çaba gösterilirken iş ilişkisinin geçici olarak askıya alınmasını** içerir.*

3-Düzeltilici eylem, telafl edici çözüm, «ihlale son verilmesi»ni sağlamıyorsa, «iş ilişkisinin feshi» gerekir (Madde 7/3-son). [Bazı istisnalar getirilmiştir, Madde 7/4]

§2.6.5. Şikâyet yolu (Madde 8)

LkSG'nin işletmelere getirdiği beşinci yükümlülük «işletme içi şikâyet yolunun bulunmasını sağlama»dır. Diğer yükümlülükler gibi bu da yılda bir gözden geçirilmesi ve yeni ürün vb. durumunda güncellenmesi gereken bir yükümlülüktür.

Buradaki şikâyet yolu, BM Rehber İlkeler'de yer alan devlete dayalı olmayan bir şikâyet mekanizması olarak ancak işletme içi bir süreç olarak düşünülmüştür. Düzenlemede işletme içi etkili bir şikâyet yolu kurulamayacak ise, işletmenin uygun bir dış şikâyet prosedürüne katılabileceği benimseniyor.

1-Şikâyet yolu, kamuya açık olan metin biçiminde ilan edilmiş prosedür kurallarına dayanmalıdır. Yetmez, işletme, erişilebilirlik ve sorumluluk ile şikâyet prosedürünün uygulanmasına ilişkin açık ve anlaşılır bilgileri (uygu-

lama sonuçları vb. dahil) uygun bir şekilde kamuya açık hale getirmelidir.

2-Şikayet denetimini gerçekleştirecek kişi ya da kurul, bağımsız olmalı, talimatlarla bağlı olmamalı ve tarafsızlık garantisi sunmalıdır. İnceleme gizlilik kurallarıyla bağlı olmalıdır.

3-Şikayet prosedürü, ilgili potansiyel tarafların erişimine açık olmalı, kimlik gizliliğini korumalı ve şikayet sonucunda dezavantaja veya cezaya karşı etkili koruma sağlamalıdır.

§2.6.6. Dolaylı tedarikçiler (Madde 9)

LkSG'nin işletmelere getirdiği altıncı yükümlülük «*dolaylı tedarikçiler*»le ilgilidir. Diğer yükümlülükler gibi bu da yılda bir gözden geçirilmesi ve yeni ürün vb. durumunda güncellenmesi gereken bir yükümlülüktür.

1-İşletme, şikayet yolunu, kişilerin, dolaylı bir tedarikçinin ekonomik faaliyetlerinden dolayı ortaya çıkan insan haklarına ilişkin riskleri veya çevreyle ilgili risklerin yanı sıra insan haklarıyla ilgili veya çevreyle ilgili yükümlülüklerin ihlallerini de bildirmelerine olanak sağlayacak şekilde oluşturmalıdır.

2-İşletme, risk yönetimi ve analizini dolaylı tedarikçileri de kapsayacak şekilde yapmalıdır.

3-Bu konu işletmenin aşamayacağı üçüncü kişilere yönelik idari yetkiler içeren daha kapsamlı düzenleme gerektirdiğinden düzenleme yetkisi yetkili makama (bakanlığa) verilmiştir.

§2.6.7. Belgeleme ve raporlama (Madde 9)

LkSG'nin işletmelere getirdiği yedinci yükümlülük «*belgeleme ve raporlama*»dır.

1-Sorumluluk denetimi yükümlülüklerinin yerine getirildiğinin işletme içerisinde sürekli olarak belgelendirilmesi gerekir. Belgeler oluşturulduğu tarihten itibaren en az yedi yıl süreyle saklanmalıdır.

2-İşletme, bir önceki mali yılda yerine getirdiği durum tespiti yükümlülük-

lerine ilişkin yıllık bir rapor hazırlamalı ve bunu, mali yılın bitiminden itibaren en geç dört ay içinde yedi yıl süreyle işletmenin internet sitesinde ücretsiz olarak kamuya açık hale getirmelidir. Rapor, risk yönetimi ve analizini, önleyici tedbirleri, şikayet yolunu ve sonuçlarını vb. unsurlar (Madde 10/2) içerir.

3- İşletmenin insan haklarına veya çevreye ilişkin herhangi bir risk veya insan haklarıyla ilgili veya çevreyle ilgili bir yükümlülüğün ihlali tespit etmemiş olması ve bunu raporunda makul bir şekilde açıklaması durumunda, ticari sırlara riayet edilir ve daha fazla ayrıntıya yer verilmez.

§2.6.8. Bilgi verme ve belgeleri sağlama yükümlülüğü

LkSG, İdareye «işletmeye ve kayıtlarına erişim yetkisi», bunları «denetim ve inceleme yetkisi» vermektedir (Madde 16). Bu yetki, normal çalışma veya çalışma saatleri içerisinde işletmenin tesislerine, ofislerine ve ticari binalarına girmek ve bunları denetlemeyi; durum tespiti yükümlülüklerine uyulup uyulmadığının anlaşılmasının mümkün olduğu işletmenin ticari belgelerini ve kayıtlarını incelemeyi ve denetlemeyi kapsamaktadır.

İşletme, İdarenin «işletmeye ve kayıtlarına erişim yetkisi», bunları «denetim ve inceleme yetkisi» bağlamındaki davranışlarına katlanmak, işbirliği yapmak zorundadır (Madde 18). Bu kapsamda, bilgi vermek ve belgeleri teslim etme yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük Madde 17’de kapsamlı olarak düzenlenmiş olup, bu nedenle, buna, LkSG’nin işletmelere getirdiği sekizinci yükümlülük, «bilgi verme ve belgeleri sağlama yükümlülüğü»dür, diyebiliriz. Bir işletmenin LkSG kapsamına girip girmediğini tespit edecek bilgi ve deliller, yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin bilgi ve kanıtlar, yükümlülüklerin yerine getirilmesi için işletmenin iç süreçlerini izlemekten sorumlu kişilerin adları evleviyetle bildirilmelidir.

Bu yükümlülük aynı zamanda bağlı şirketleri, doğrudan ve dolaylı tedarikçiler hakkındaki bilgileri ve bilgi veya belgeleri teslim etmekle yükümlü kuruluş veya kişinin elinde bilgi olması veya mevcut sözleşmeye dayalı ilişkiler nedeniyle talep edilen bilgileri elde edebilecek konumda olması

koşuluyla bu kuruluşların belgelerinin teslim edilmesini de kapsar.

Kişiler, «*bilgi verme ve belgeleri sağlama yükümlülüğü*»nü yerine getirmeyi Ceza Muhakamesi Kanunu kapsamında reddedebilir. Bu, LkSG kapsamındaki ihale ve cezaların doğumunu engellemez, bu konuda kişiler bilgilendirilir. (Madde 18/3)

§2.7. İdarece izleme usulleri, uygulama, tedbirler (Madde 12-22)

LkSG’de idarece izleme usulleri ve denetim yolları, uygulamanın nasıl olacağı ve tedbirler de düzenlemiştir.

Sırası ile ele alalım.

§2.7.1. Rapor denetimi

LkSG, İdare’ye öncelikle «*rapor denetimi*» görevleri vermektedir.

İşletmeler, mali yılı izleyen 4 ay içinde, Almanca olarak Madde 10 gereği hazırlamaları gereken raporu sunmak zorundadır. (Madde 12)

İdare, raporun sunulup sunulmadığını ve raporun olması gereken içerikte sunulup sunulmadığını denetlemekle yükümlüdür ve gerekli görürse, sunulan raporların düzeltilmesini isteyebilir (Madde 13). İdareye bu sürecin nasıl işleyeceğine dair düzenleme yapma yetkisi verilmiştir.

§2.7.2. Risk temelli denetim

LkSG, İdare’ye ikinci olarak «*risk temelli denetim*» görevleri vermektedir.

İdare, risk temelli denetimi iki yolla yürütecektir:

1- Resen,

2-Şikayet üzerine. (Madde 14)

Resen denetim, işletmelerin LkSG’de düzenlenen yükümlülüklerle uyum sağlayıp sağlamadığını ve yerine getirilip getirilmediğini izlemek, varsa ihlalleri tespit etmek, sona erdirmek ve önlemek üzere yapılır. (Madde 14/1)

Şikayet halinde denetim, talep üzerine, talepte bulunan kişinin, LkSG’de düzenlenen yükümlülüklerin yerine getirilmediği veya LkSG’de korunan hakların ihlal edilmesi olasılığı bulunduğu dair kanıtlanabilir bir iddiada bulunması halinde İdarece yapılır. (Madde 14/2) İdareye bu sürecin nasıl işleyeceğine dair düzenleme yapma yetkisi verilmiştir.

İdare, yükümlülüklerle ilişkin ihlalleri tespit etmek, sona erdirmek ve önlemek için uygun ve gerekli talimatları verir ve uygun ve gerekli (-İşletmeden, emrin bildiriminden itibaren üç ay içinde, uygulanması için net zaman çizelgeleri de dahil olmak üzere bir düzeltici eylem planı sunmasını istemek, -İşletmenin yükümlülüklerini yerine getirmek için özel adımlar atmasını zorunlu kılmak gibi) önlemleri alır. (Madde 15)

§2.7.3. Yetkili idare, genelgeler, idari sorumluluk raporu

LkSG’ye göre, Kanun kapsamındaki resmi izleme ve uygulamadan Federal Ekonomik İşler ve İhracat Kontrolü Dairesi sorumludur. Federal Ekonomik İşler ve Enerji Bakanlığı, Federal Ekonomik İşler ve İhracat Kontrol Dairesinin Kanun kapsamındaki görevlere ilişkin hukuki ve teknik denetiminden sorumludur. Federal Ekonomik İşler Bakanlığı ve Enerji, Federal Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı ile anlaşarak hukuki ve teknik denetimi gerçekleştirir. (Madde 19)

Yetkili İdare, ilgili makamlarla istişarede bulunarak Kanuna uyum konusunda sektörler arası veya sektöre özel bilgi, yardım ve tavsiyeler içeren genelgeler yayınlar. (Madde 20)

Yetkili İdare, bir önceki takvim yılında gerçekleştirdiği izleme ve uygulama faaliyetleri hakkında, tespit edilen ihlallere ve emredilen düzeltici tedbirlere atıfta bulunacak ve bunları açıklayacak, ayrıca ilgili işletmelerin isimleri belirtilmeden, sunulan işletme raporlarının bir değerlendirmesini içerecek şekilde yılda bir kez rapor verir. (Madde 21)

§2.8. Dava ehliyeti ve yetkisi (Madde 11)

LkSG, koruduğu hakların ihlal edildiğini ileri süren herhangi bir kişinin

dava ehliyeti olduğunu benimsediği gibi, bu hakların ihlal edildiğini iddia eden herhangi bir kişi, yerel bir sendikaya veya sivil toplum kuruluşuna, kendi sıfatıyla haklarını kullanmak için dava açma yetkisi verebilir.

Yetkilendirilen bu sendika ya da sivil toplum kuruluşunun, ticari amaçlı herhangi bir faaliyetinin bulunmaması ve ayrıca, sadece, esas olarak hak takibi yapan –bununla yetkili, bunu amaç edinmiş– bir organizasyon olmaması gerekir. (Bu rekabet ilkeleri gözetilerek alınmış daraltıcı bir önlem, haksız rekabete karşı alındığı anlaşıyor = Türkiye’de de özellikle ÇED Raporlama süreçlerinde bunu kazanç kapısı haline getirmeye çalışan birden çok dernek kurulduğu ve haksız rekabete sebebiyet verildiği «*haklı?*» iddiası ile dava ehliyetinin hak aramayı daraltıcı şekilde yorumlanması eğilimlerinin savunulabildiğini biliyoruz. Aksine, dava ehliyetinin hak aramayı daraltıcı şekilde yorumlanmaması gerektiği kanısındayız.)

§2.8. Yaptırımlar

LksG’de düzenlenen yükümlülükleri ihlal eden ticari işletmelere kanuna aykırı hareketleri halinde, ayrı ayrı «idari para cezaları» ve «kamu ihalesinden yasaklama yaptırımı» verilebilir. Ayrıca, ticari işletmelere LksG’de düzenlenen tüm yükümlülükleri bakımından Alman İdari Yaptırım Kanunu’ndaki (Madde 11/3) ceza da uygulanabilir (LkSG uygulaması yönünden Alman İdari Yaptırım Kanunu Madde 11/3’deki ceza ödemesine ilişkin 25.000,00 Euro olan sınır 50.000,00 Euro’ya çıkarılmıştır).

§2.8.1. İdari para cezaları (Madde 24)

Bu maddede, LkSG’de belirlenen «yükümlülük ihlalleri» için 100.000 Euro’dan 800.000 Euro’ya değişen farklı para cezaları belirlenmiş olup, yıllık cirosu 400.000.000 Euro’yu geçen işletmeler için cironun %2’sine varan ağır parasal müeyyideler getirilmiştir. LkSG’de, bağlı ortaklıklar bulunması halinde cironun tahmin edilebileceğine dair bir düzenleme de yer almaktadır: «*Tüzel kişi veya kişiler birliği söz konusu olduğunda, (...) ortalama yıllık cironun hesaplanması, tüm gerçek ve tüzel kişilerin yanı sıra tüm*

kişi birliklerinin, bu kişiler ekonomik bir birim olarak faaliyet göstermekte olduğu sürece, İdarenin kararından önceki son üç mali yılda dünya çapındaki cirolarına dayanmaktadır. Ortalama yıllık ciro tahmin edilebilir.»

§2.8.2. Kamu ihalesinden yasaklama yaptırımı (Madde 22)

LkSG’de belirlenen «yükümlülük ihlalleri» için (Madde 24’e göre) idari para cezası verilmesi halinde, ticari işletmeler kamu ihalesinden de yasaklanabilir.

§3. Sonuç

LkSG ile işletmelere getirilen insan haklarının ve çevrenin korunmasına dair *sorumluluk denetimi yükümlülükleri*, tedarik zincirlerini de kapsadığından, Kanun Alman Kanunu olmakla birlikte, tedarikçi Türkiye menşeli ticari işletmeleri de etkileyeceği, özellikle Alman alıcıların ulusal mevzuatlarındaki yaptırımlardan korunabilmek için Türk tedarikçi şirketlerini bu Kanun kapsamında yapılanmaya teşvik edecekleri beklenebilir. Bu yönden de, Türkiye’nin en büyük iktisadi ortağı AB olduğu gözetildiğinde, Türk hukukunda da düzenleme ihtiyacının kısa sürede ortaya çıkacağı düşünülmektedir.

LkSG ile işletmelere getirilen *sorumluluk denetimi yükümlülükleri*, insan haklarının ve çevrenin korunmasına dair olmakla ticaret hukuku kadar insan hakları hukuku ve çevre hukuku kapsamında ele alınmalıdır. Bir özel hukuk ilişkisindeki özen yükümlülüğüne indirgenemeyecek insan haklarının korunması amacına matuf ve şirket tüzel kişiliğine sahip olanlar dahil tüm ticari işletmeleri kamusal yükümlülük altına sokan bir *sorumluluk denetimi yükümlülüğü* söz konusu olduğundan, terminolojinin kamu hukukunu referans alacak şekilde geliştirilmesi, bana göre, daha yerindedir.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları İkinci Oturum

**İDARİ UYUŞMAZLIKLARIN
ÇÖZÜMÜNDE ETKİLİLİK**

Yerindelik Ve Hukukilik Denetimi Çıkmazında Tam Yargı Yetkisi

Züleyha KESKİN

ÖZET

Esas denetimi için alınıldık tanım, işlemin özellikle yetki ve şekil unsurları dışında sebep, konu ve amaç unsurlarını içeren geniş bir denetime tabii olması yönündedir. Bu denetim, idari kararın takdire bağlı hususların denetimine ve hatta mahkemenin kararının idarenin aldığı kararın yerini almasına kadar uzanır. Hukukumuzda bu “yetki”, Anayasa m. 125 gereği kısıtlanmıştır. Bununla birlikte AİHM, idare mahkemelerinin “tam yargı yetkisine sahip bir mahkeme” sıfatıyla denetim yapmadığını tespit ettiğinde adil yargılanma hakkına aykırılık gerekçesiyle ihlal kararı vermektedir. Mahkemeye erişim hakkı, esas hakkında karar alma hakkını içerir. Mahkeme, tarafların iddialarını hem hukuk kuralları hem de maddi olaylar yönünden inceleme yetkisine sahip olduğu ölçüde adil yargılanma hakkının gereklerini karşılar. Bir mahkemenin tam yargı yetkisine sahip olması, onun yargı işlevinin tüm gereklerini yerine getirmesini zorunlu kılar. Yargısal denetim yetkisini kısıtlayan Anayasa m. 125 ve yargı içtihatlarıyla birlikte bu yasağın işlevselliğinin idari yargı denetimi açısından sorgulanması gerekir. Bu çalışma, idari yargıda yargısal denetimin sınırlarını adil yargılanma hakkının bir gereği olarak kabul edilen tam yargı yetkisini gerekliliği bağlamında ele almayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler:

idari yargı

tam yargı yetkisi

adil yargılanma hakkı

yerindelik denetimi

Full Jurisdiction In The Impasse Of Expediency And Legality Review

ABSTRACT

The usual definition for merits review entails a broad review encompassing the elements of cause, subject, and purpose of the administrative action, particularly beyond the competence and formal aspects. This review extends to the review of discretionary matters in administrative decisions and even to the extent of substituting the administration's decision with that of the court. In our legal system, this "jurisdiction" is restricted in accordance with Article 125 of the Constitution. However, when the ECtHR determines that administrative courts do not exercise control as a "court with full jurisdiction," it renders violation judgments on the grounds of infringement of the right to a fair trial. The right of access to court encompasses the right to decide on the merits. As long as the court possesses the authority to scrutinize both the legal and factual claims of the parties, it meets the criteria for ensuring the right to a fair trial. The possession of full jurisdiction by a court necessitates the fulfillment of the functions of its all-judicial function. Along with the restrictions imposed by Article 125 of the Constitution and judicial precedents that limit judicial review, the functionality of this prohibition should be questioned in terms of administrative judicial review. This study aims to address the boundaries of judicial review in administrative justice within the context of the necessity of full jurisdiction recognized as a requirement of the right to a fair trial.

Keywords:

administrative jurisdiction

expediency review

full jurisdiction

right to a fair trial

GİRİŞ

Başlıktaki “çıkamaz” ifadesi, idari davaların esasına ilişkin meşru yargı müdahalesinin sınırlarını ve idari yargı denetiminin ne ölçüde etkin olduğunu belirlemenin zorluğuna işaret etmek için kullanılmıştır. Etkili yargılamanın bir koşulu olarak tam yargı yetkisi, takdiri idari işlemlerin yargılanmasına ilişkin sorunları içinde barındırır, özellikle de uzmanlık gerektiren teknik konularda yetkili kurul ve bağımsız idari otoritelerin kararları söz konusu olduğunda. Sorun, mahkemelerin davanın esasına ne kadar müdahale edebileceğidir. İdari davaların esasına ilişkin meşru yargı müdahalesinin derecesi kadar idari yargı denetiminin etkinliği de idari adaletin önemli bir sorunudur. Etkili yargısal denetim bir koşulu olarak tam yargı yetkisi, idari yargı denetiminin en hassas konusu olan takdiri yetkisinin, yani idari işlemlerin esas unsurlarının yargılanmasını kapsar.

Esas denetiminin ya da takdir yetkisinin denetiminin özü (ya da bu denetimi kadar tartışmalı kılan), idari kararın yerine yargı kararının konulması sonucu doğuracak şekilde karar verilmesine olanak sağlayan bir denetim olmasıdır. Ancak bir çok hukuk sisteminde bu yetkiler tartışmalıdır.^[1] İdari hukukun temel ilkesi, bir idari kararın yargısal denetimini üstlenen bir mahkemenin, yalnızca kararın yasallığıyla ilgili denetim yapmasıdır, esasa ilişkin değil.^[2] Mahkemenin idare mahkemelerinin takdir yetkisinin sonucunu inceleyemeyeceği yaygın bir görüştür. İdari işlemlere karşı yargı

[1] “Avusturalya dışında çok az sayıda idari hukuk sistemi genel yargı yetkisine sahip bir mahkeme kararının idarenin kararını ikame etmesine izin vermektedir. İngiltere, Kanada ve Yeni Zelanda gibi

ortak hukuk ülkelerinde bile yargı yetkisi mutlaka sınırlandırılmıştır.” Bkz. Justice Garry Downes, “Reasonableness, Proportionality and Merits Review”, New South Wales Young Lawyers Seminar Issues of Administrative Law, 24 September 2008, s. 11, Erişim 10.04.2024, <https://www.aat.gov.au/AAT/media/AAT/Files/Speeches%20and%20Papers/ReasonablenessSeptember2008.pdf>

[2] David Bennett Ao Qc, “Balancing Judicial Review and Merits Review”, s. 3, Erişim 10.04.2024. <https://www.studocu.com/en-au/document/macquarie-university/administrative-law/merits-vs-judicial-review/31622544>

yolunu düzenleyen Anayasa m. 125 de, esasa ilişkin karar hakkındaki bir sınırlama^[3] öngörmektedir. Bu yerindelik denetimi ya da idarenin yerine geçme yasağı olarak bilinir. *İdarenin* yargısal denetimi, yasallık denetimi ile sınırlıdır. Bununla birlikte teorik olarak yargı denetimi, mahkemenin davayla ilgili tüm maddi ve hukuksal gerçekleri incelemesi anlamına gelir. Ayrıca idari takdir yetkisinin ölçülülük, eşitlik veya haklı beklentiler gibi belirli maddi ilkeler çerçevesinde kullanılması gerektiği de şüphesizdir. Denetim konusunda hem takdir yetkisinin denetlenmesi gerekliliğine hem de yerindelik yasağına uyma gibi bir hassasiyet vardır. Ancak çoğu durumda yerindelik denetimi yapılmadan, yani olgular değerlendirilmeden hukuka uygunluk denetimi yapılamaz. Ölçülülük testinin uygulanması gerektiği durumlar buna örnek gösterilebilir. AİHM, idare mahkemelerinin “tam yargı yetkisine sahip bir mahkeme” sıfatıyla denetim yapmadığını tespit ettiğinde adil yargılanma hakkına aykırılık gerekçesiyle ihlal kararları vermektedir. AİHS hukuku, davaların daha yoğun bir yargısal denetimini zorunlu kılmaktadır.

Bu çıkmaz bağlamında, önce AİHM içtihatlarındaki anlamıyla tam yargı yetkisinden; daha sonra özellikle iki karar (Menarini/İtalya^[4] ve Ramos/Portekiz^[5] kararları) yardımıyla takdir yetkisinin Sözleşme’nin 6. maddesiyle nasıl yapılandırılıp denetlendiğinden söz edilecektir.

I. TAM YARGI YETKİSİ

Tam yargı yetkisi, AİHM önünde özellikle mahkemeye erişim hakkı bağlamında ele alınmaktadır. Adil yargılanma hakkı açısından yalnızca tam yargı yetkisine sahip bir kurum, iç hukuktaki hukuki nitelemeye bağlı

[3] Aynı sınırlama, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinde de tekrar edilmiştir.

[4] AİHM, A. Menarini Diagnostics S.R.L./İtalya, B.N. 43509/08, 27.09.2011.

[5] AİHM, Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz [GC], B.N. 55391/13, 57728/13 ve 74041/13, 6.11.2018.

olmaksızın AİHS 6§1^[6] maddesinin anlamı dahilinde “mahkeme” olarak adlandırılmayı hak eder.^[7] 6§1 maddesi, mahkemelerin etkili bir yargısal denetim yürütmesini gerektirir.^[8]

Sözleşme’nin 6§1 maddesinin amaçları doğrultusunda, “tam yargı yetkisini haiz olma” gerekliliğine göre, iç hukuktaki “mahkeme”, uyuşmazlıkla ilgili olgusal ve hukuksal tüm sorunları denetleme yetkisine sahip olmalıdır.^[9] Bu, mahkemenin, davacının itirazlarının hiçbirini incelemeyi reddetmeden, esastan tek tek inceleme yetkisine sahip olması ve bunların reddedilmesine ilişkin açık gerekçeler sunması gerektiği anlamına gelir. Özellikle mahkeme, davacının davası açısından merkezi önem taşıyan olayları yeniden inceleyebilmelidir.^[10] Bir mahkemenin tam yargı yetkisine sahip olması, onun yargı işlevinin unsurlarından hiçbirini dışarıda bırak-

[6] AİHS m. 6/1: “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.”

[7] AİHM, Beaumartin/Fransa, B.N. 15287, 24.11.1994, § 38.

[8] AİHM, Obermeier/Avusturya, B.N. 11761/85, 28.06.1990, § 70.

[9] AİHM, Terra Woningen B.V./Hollanda, 1996, § 52; Sigma Radio Television Ltd/Kıbrıs, B.N. 32181/04 ve 35122/05, 2011, §§ 151-57; Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz [BD], 2018, §§ 176-177; Pişkin/Türkiye, B.N. 33399/18, 2020, 15.12.2020, §§ 137-151.

[10] Bryan/Birleşik Krallık, B.N. 19178/91, 22.11.1995, §§ 44-45. AİHM: “İncelemeyi yapan mahkemenin ihtilaf konusu temel meseleyi tespit etmesinin engellendiği hallerde, incelemenin kapsamı 6. maddenin amaçları bakımından yeterli sayılmayacaktır “. Bkz. Sigma Radio Television Ltd/Kıbrıs, B.N. 32181/04 ve 35122/05, 2011, § 157.

mamasını gerektirir.^[11]

Bazı davalarda “idari yargı yetkisinin yalnızca hukukilik denetimi ile sınırlı olması”,^[12] “gerektiği zaman birtakım idari tedbirleri kaldırma yetkisinin bulunmaması”,^[13] “olguların kamusal güvenlik gibi gerekçeler ile mahkeme tarafından değerlendirilmemesi”,^[14] “resen araştırma yetkilerinin olmaması ya da etkili kullanılmaması”,^[15] hatta “ölçülülük gibi işlemin esasına ilişkin ölçütlerin kullanılmaması” durumunda AİHM, mahkemenin tam yargı yetkisine sahip olmadığına karar vermiştir.^[16]

[11] AİHM, *Chevol/Fransa*, B.N. 49636/99, 13.05.2003, § 63.

[12] Mahkeme, olayları araştırma yetkisini tam yargı yetkisinin bir parçası olarak görmektedir. Bir yargı organının tanımlanan özellikleri arasında, tüm olgusal ve hukuksal sorunları ve bunların her noktasını denetleme yetkisi yer almaktadır. AİHM, *Schmautzer/Avusturya*, B.N. 15523/89, 23.10.1995, § 36; *Gradinger/Avusturya*, B.N. 15963/90, 23.10.1995, § 44; *A. Menarini Diagnostics S.R.L./İtalya*, B.N. 43509/08, 27.09.2011, § 59. *Chevol/Fransa*, B.N. 49636/99, 13.02.2003, § 63.

[13] Örneğin AİHM bazı polis tedbirlerine karşı idari yargıya başvuru yolu açık olmasına rağmen idari yargı yetkisinin sadece hukukilik denetimi ile sınırlı olmasını ve yargı yerlerinin bu tedbirleri hukuka uygun bulmamaları durumunda, kaldırma yetkilerinin olmamasını, 6. madde ihlali olarak değerlendirmiştir. AİHM, *Veeber/Estonya*, B.N. 37571/97, 07.11.2002, § 71.

[14] AİHM, *Tinnelly ve Mc Elduff/Birleşik Krallık*, B.N. 20390/92-21322/92, 10.07.1998, § 77/78. Davanın taraflarından birisinin iddiasına temel oluşturan, örneğin ulusal güvenlikle ilgili bazı belgeler ulusal mahkeme tarafından incelenemediğinde AİHM, mahkemeye etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini kabul eder. AİHM, *Devlin/Birleşik Krallık*, B.N. 29545/95, 30.10.2001, § 30-32.

[15] Davanın “anlamının ve kapsamının anlaşılmasının” mümkün olmaması nedeniyle reddedilmesi, mahkeme tarafından belirsiz bir şekilde ortaya konulan davada resen araştırma yapılmamış olması ihlal nedenidir. AİHM, *Dattel (No. 2)/Lüksemburg*, B.N. 18522/06, 30.07.2009, § 36-47. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Uygulamacılar İçin El Kitabı, Hazırlayan Dovydas Vitkauskas, 2. B., Avrupa Konseyi, 2018 s. 37.

[16] Tam yargı yetkisi, idare mahkemelerinin yasaya uygunluğun “biçimsel olarak” gözden geçirilmesinin ötesinde, yargısal bir denetim yürütmesini ve idari makam tarafından verilen cezanın orantılılığının ve uygunluğunun detaylı bir şekilde incelenmesini içermektedir. AİHM, *A. Menarini Diagnostics S.R.L./İtalya*, B.N.

AİHM, davacının taleplerinin kabul edilmesi halinde, denetim mahkemesinin itiraz konusu kararı iptal etme veya kendisi yeni bir karar alma ya da davayı aynı ya da farklı bir organ tarafından karara bağlanmak üzere gönderme yetkisine sahip olması gerektiğini genel olarak yargısal denetimin doğasında görmüştür.^[17] Yine de AİHM'e göre Sözleşme'nin 6. maddesi, idari makamın görüşünün yerine yargı organının kendi görüşünü koyabilecek bir yargı düzeyine erişmesini gerektirmez.^[18] Ancak AİHM, idarenin uzmanlık alanına giren karmaşık teknik konularda daha az denetim ancak ilgili idari usullerin düzgün uygulanmasıyla giderilebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, idari usul aşamasını da adil yargılanma hakkının bir parçası haline getirmektedir.^[19] Bu düzeltici etki, ancak yargılama

43509/08, 27.09.2011, § 63-67. AİHM cezanın fille/suçla orantılı olup olmadığını değerlendirme yetkisi olmaksızın, meslek kuruluşlarının disiplin bölümlerine ait kararlara karşı yapılan temyiz başvurularını inceleyen mahkemenin tam yargı yetkisine sahip olmadığına karar vermiştir. AİHM, Diennet/Fransa, B.N. 18160/91, 26.09.1995, § 34) 191.

[17] AİHM, Kingsley/Birleşik Krallık [BD], B.N. 35605/97, 28.05.2002, §§ 32, 34 ve Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz , § 184.

[18] Örneğin kırsal planlamayla ilgili olarak bkz. AİHM, Zumtobel/Avusturya, 21.09.1993, Series A no. 268-A, §§ 31-32; şehir planlama, Bryan/Birleşik Krallık, B.N. 19178/91, 22.11.1995, §§ 44-47; çevre koruma, Alatulkkila ve Diğerleri/Finlandiya, B.N.33538/96, 28.07.2005, § 52; oyun düzenlemesi, Kingsley/Birleşik Krallık [BD], 2002, § 32; Fazia Ali/Birleşik Krallık, B.N. 40378/10, 20.10.2015, §§ 75-78.

[19] Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, Yusuf Gezer kararında başvurucunun memuriyete atamama işleminin tesisi sırasında kendisine bilgi verilmediğini ve işleme yönelik olarak savunma olanağının engellendiği ve böylece adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını, gerek Anayasa gerek AİHS bağlamında adil yargılanma hakkının – belirli istisnai durumlar haricinde – yargılama sürecine mahsus olduğunu ve yargılama sürecinden önceli bir aşama olan idari işlemin tesisi aşamasını kapsamayacağını belirtmiştir (§§ 24, 26). Mahkemeye göre, istisnai durumlar hariç, adil yargılanma hakkı, dava sürecine özgülenmiştir. AYM, Yusuf Gezer Başvurusu, B.N. 20213/2103, 14.01.2014. Ayrıca bkz. AYM, Mahmut Başar Başvurusu, B.N. 2014/4481, 19.07.2017, §§ 38; İlknur Polat Başvurusu, B.N. 2014/816, 28.09.2016, §§ 21, 22.

aşamasının “tam yargı yetkisini” içermesine bağlıdır. Dolayısıyla mantıksal açıdan bakıldığında, ikame edici bir yargısal denetim olmaksızın, yargısal güvencelerin idari usul aşamasının eksikliklerini telafi edemeyeceği söylen-
ebilir.^[20] Başka bir deyişle, işlemin geri alınması (usul aşamalarının yeniden yapılması), zorunlu olarak, yargıç tarafından bu yetkinin yeniden kullanılması olasılığını içermektedir her durumda.

II. TAM YARGI YETKİSİ VE TAKDİR YETKİSİNİN DENETİMİ

AİHM takdir yetkisinin denetiminin söz konusu olduğu davalarda, takdir yetkisinin denetimde (İtalyan idare hukukunda işaret edilen) ikili bir ayrımı dikkate alıyor görülmektedir: Teknik takdir ve menfaat dengelemesini (kamu yararı değerlendirmesi) içeren olağan takdir.^[21]

[20] AİHM’in Ramos kararında açıkça belirttiği gibi, idarenin yürüttüğü bir soruşturma adil yargılanma hakkının gereklerini karşılamadığında, Başvurucunun idarenin kararına karşı gidebileceği yargı mercii, tam yargılama yetkisine sahipse ve usul güvencelerini sağlıyorsa, idare önündeki eksiklikler adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmayacaktır. İdari makam önündeki işlemlerde tespit edilen sorunlar, tam yargı yetkisine sahip bir yargı organı tarafından daha sonraki incelemede giderilir. Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz, § 132.

[21] Takdir yetkisi (discretion proper) ile teknik takdir (technical discretion) yetkisi arasındaki ayrım, Giannini’nin çalışmalarının etkisi altında İtalyan doktrinine ve içtihadına nüfuz etmiştir. Bkz. M.S. Giannini (1939), *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione, Concetto e Problemi*, Milano: Giuffrè pp. 69-70. Teknik takdir yetkisi ve olağan/rutin takdir yetkisi, genellikle mantıksal olarak karar verme sürecinin farklı anlarına atıfta bulunur: kamu yararı değerlendirmeleri ve olgusal değerlendirmeler. Olgusal değerlendirme, kamu yararı değerlendirmesinden önce gelir. Kamu yararının değerlendirilmesi, değer yargılarına işaret ederken olgusal değerlendirme, teknik veya bilimsel kavramların/yöntemlerin uygulanmasıyla gerçeklerin/sebeplerin doğrulanması ve yeterliliğinden oluşmaktadır. “Teknik takdir yetkisi, diğer sosyal olgularla ilişkili olmayan doğal bir olguya ilişkin bilimsel bir değerlendirmeye yol açarken”, “takdir yetkisi, diğer sosyal olgularla bağlantılı bir sosyal olguya ilişkin siyasi nitelikte bir değerlendirmeye yol açar. Bunlar iki farklı türde tavsiye edilebilirlik -yerindelik- (opportunit ) yargısıdır.” Bkz. Joana Mendes, “Law and Administrative Discretion in The EU: Value of A Comparative Perspective”, First draft presented at the Comparative Administrative Conference, Yale, April, 29th-30th, 2016, s. 17-18, Erişim 10.04.2024, https://law.yale.edu/sites/default/files/area/conference/compadmin/compadmin16_mendes_law.pdf

Tam yargı yetkisi ilkesi, AİHM tarafından çoğunlukla esnek bir şekilde yorumlansa da, özellikle uyumsuzluğun konusunun teknik niteliği nedeniyle yargı yetkisinin kısıtlandığı idari davalarda, sınırlandırılmıştır.^[22] *Menarini* kararında^[23] AİHM, İtalyan Hükümetin (İtalyan antitröst otoritesi –rekabet düzenleyici kurul (AGCM) tarafından bir ilaç şirketine kartel (katılma) iddiasıyla yaptırım uygulayan idari para cezasının denetiminde yer verdiği “idari işlemlerin denetiminin yasallık denetimiyle sınırlı olduğunu ve idare mahkemesinin esasa ilişkin (teknik) değerlendirmelerini rekabet düzenleyici kurul kararının yerine geçiremeyeceği savunmasını” haklı bulmuştur. AİHM, mahkemenin rekabeti düzenleyici kurul tarafından toplanan ilgili gerçekleri ve kanıtları bağımsız bir şekilde incelediği ve ayrıca ceza miktarı ile şirketin karteldeki bireysel katkısı arasındaki orantılılığı değerlendirdiği gerekçesiyle “tam yargı yetkisi” incelemesi yaptığına karar vermiştir.^{[24]/[25]} Mahkeme gerekçesinde işlemin teknik ni-

[22] AİHM, *Al-Dulimi ve Montana Management Inc./İsviçre* [BD], 5809/08, 21.06.2016, § 130.

[23] *Menarini diagnostic s.r.l./İtalya*.

[24] 2011 yılında AİHM tarafından verilen *Menarini* kararı, İtalyan antitröst otoritesi (rekabeti düzenleyici kurul) tarafından verilen ve bir ilaç şirketini kartel iddiası nedeniyle cezalandıran ağır bir idari para cezasının, AİHS’in 6. maddesinin ceza başlığı kapsamına girdiğine hükmetmiştir.

[25] Bkz. *Menarini diagnostic s.r.l./İtalya*, §§ 63-67: «Mahkeme, mevcut davada idare mahkemelerinin başvuran şirket tarafından ileri sürülen çeşitli olgusal ve hukuki iddiaları değerlendirdiğini kaydeder. Dolayısıyla, AGCM tarafından toplanan delilleri incelemişlerdir. Buna ek olarak, Danıştay, idarenin takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda, idare mahkemesinin kendisini bağımsız idari makamın yerine koyma yetkisi olmasa bile, yine de idarenin yetkilerini uygun şekilde kullanıp kullanmadığını denetleyebileceğini hatırlatmıştır. Buna göre Mahkeme, idare mahkemelerinin yargı yetkisinin yalnızca hukukilik denetimi ile sınırlı olmadığını kaydeder. İdare mahkemeleri, davanın özel koşullarını göz önünde bulundurarak, AGCM’nin yetkilerini uygun şekilde kullanıp kullanmadığını tespit edebilmiştir. AGCM’nin tercihlerinin sağlamlığını ve orantılılığını inceleyebilmiş ve hatta teknik değerlendirmelerini doğrulayabilmişlerdir. Ayrıca, İdare Mahkemesi (TAR) ve Danıştay, cezanın işlenen ihlale uygunluğunu doğrulayabildikleri ve gerekirse

teligine değinmemiştir.

Karşı oyda Yargıç *Pinto De Albuquerque*; idari bir karar prosedürü bakımından

1) olguların tespiti,

2) belirsiz hukuki kavramlara (« ilgili pazar, hakim durumun kötüye kullanılması, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ») atıfta bulunarak, isnat edilen ihlalin unsurlarının tam olarak bireyselleştirilmesini gerektiren rekabeti koruma standardının “bağlamsallaştırılması”,

3) olgular ile hukuki kavramlar arasındaki ilişkinin doğru kurulması

4) yaptırımların uygulanması

aşamalarından yalnızca ilk ve son aşamaları üzerinde mahkemenin tam denetim yetkisine sahip olduğunu ancak idarenin teknik takdir yetkisinin devreye girdiği diğer aşamalar üzerinde yalnızca çok sınırlı bir yetkiye sahiptir. Dolayısıyla, idare, özellikle şikayet edilen davranışın ekonomik bağlamının değerlendirilmesi ve belirsiz hukuki kavramların somutlaştırılması ile ilgili olarak, “ilgili pazar, hakim durumun kötüye kullanılması ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar” gibi temel hukuki kavramların uygulanması yargı denetiminden etkin bir şekilde çıkarılmaktadır.”

Menarini kararı gibi teknik (özelleşmiş bir alanda) takdirin daha dar/az bir denetime tabi olduğu kabul edilmektedir.^[26] Burada bir parantez açarak

cezaı değiştirebildikleri ölçüde, cezanın gözden geçirilmesi tam yargı yetkisine sahipti (bkz. AİHM, *Silvester’s Horeca Service/Belçika*, B.N. 47650/99, § 28, 04.03.2004). Özellikle, AGCM’nin gerekçelerinin mantıksal tutarlılığına ilişkin «harici» bir incelemenin ötesine geçerek, Danıştay, cezanın orantınlılığı da dahil olmak üzere, ilgili parametrelerle ilgili olarak cezanın uygunluğunun ayrıntılı bir analizini yapmıştır. AGCM’nin kararı, sınırsız yargı yetkisine sahip yargı organları tarafından müteakip incelemeye tabi olduğundan, mevcut davada Sözleşme’nin 6§1 maddesinin ihlali tespit edilemez.» §§§ 64, 65, 66.

[26] Örneğin kırsal planlamayla ilgili olarak bakınız, AİHM, *Zumtobel/Avusturya*, 1993, §§ 31-32; şehir planlama, *Bryan/Birleşik Krallık*, 1995, §§ 44-47; çevre koruma,

belirtmek gerekir ki, AİHM teknik değerlendirmeleri kategorik olarak tam yargısal denetimden tamamen muaf tutmamaktadır. Tam yargı gerekliliği, bankacılık sektörünün denetimiyle ilgili kararlarda özellikle vurgulanmıştır.^[27] Bankacılık sisteminin sağlamlığının denetlenmesine ilişkin olan bir kararında AİHM pozisyonunu daha da netleştirmiştir. Mahkeme, Bulgar hükümetinin idari yargıcın kayyımlik uygulaması konusunda “tam yargı yetkisi” kullanmasının imkansız olduğu iddiasına ilişkin itirazlarına cevap vererek, yargıçların uzmanlık eksikliğinin iki şekilde; ya teknik uzmanlar atanarak ya da heyete uzman yargıçlar dahil edilerek ele alınabileceğini kabul etmiştir.^[28] Özetle, bir sorunun teknik niteliği, olguların derinlemesine analizinden muaf değildir. Her halükarda, idareye karmaşık teknik konuları inceleme konusunda münhasır bir yetki verilemez.

İdari işlemleri yoğun bir yargı denetiminden kaçırmanın bir yolu olarak teknik takdir, Devletler tarafından bir savunma olarak kullanılmaktadır. *Ramos* kararını etkileyen Portekiz Hukukundaki İdare Mahkemeleri Ka-

Alatulkkila ve Diğerleri/Finlandiya, 2005, § 52; oyun düzenlemesi, Kingsley/Birleşik Krallık [BD], 2002, §32; Fazia Ali/Birleşik Krallık, 2015, §§ 75-78).

[27] Bir bankanın iflas prosedürüne tabi tutulmasına ilişkin Credit and Industrial Bank/Çek Cumhuriyeti davasında AİHM, idari yargıcın rolünü şekli yönlerin incelenmesiyle sınırlandırmadan idari kararın esasını incelemesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu davada söz konusu meselenin teknik niteliğine bakılmaksızın, hakim bankanın kayyumu haklı çıkaracak bir mali durumda olup olmadığını tespit etmek için hem ilgili olgu unsurlarını hem de hukuk unsurlarını “nokta nokta” incelemesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. AİHM, Družstevní záložna Pria ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti B.N. 72034/01, 31.07.2008, § 111: “Mahkeme, tam yargı yetkisinin tartışmalı olduğu belirli bir davada, davaya bakan mahkemenin, başvuranın tüm beyanlarını, bunlara cevap verme veya gerçekleri tespit etme konusunda yargı yetkisini reddetmek zorunda kalmadan, esastan ve madde madde ele alması halinde, yargılamaların Sözleşme’nin 6§1 maddesinin gerekliliklerini karşılayabileceğini yinelemektedir. Buna karşın, Mahkeme, yerel mahkemelerin, ilgili konuları bağımsız bir şekilde incelemeksizin, önlerindeki davaların sonucu için belirleyici olan idari organların önceki bulgularıyla kendilerini bağlı gördükleri diğer davalarda Sözleşme’nin 6§1 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.”

[28] Bkz. AİHM, Capital Bank AD/Bulgaristan, B.N. 49429/99, 24.11.2005, § 113.

nunu'nda yerindelik denetimi yasağına ilişkin hüküm de Devletin savunmasının temelinde yer almıştır.^[29] AİHM, ikame edici denetimden kaynaklanan sorunu göz ardı etmemektedir. Mahkeme içtihatlarında idari makamlar tarafından yerindelik gerekçesiyle alınan ve genellikle hukukun uzmanlık alanlarını içeren kararlara saygı gösterilmesi gerektiğini özellikle belirtmektedir.^[30] AİHM, bu durumu dikkate alarak, idari makamların özel mesleki deneyim veya uzmanlık bilgisi gerektiren özel alanlarda takdir yetkilerini olağan şekilde kullanmaları bağlamında incelemenin “tam yargı yetkisine” sahip bir organ tarafından yapıp yapılmadığının değerlendirilmesine yönelik belirli kriterler oluşturmuştur.^[31]

Bu davada, hâkim olan başvuran hakkında üç ayrı disiplin soruşturması açılmıştır. Yüksek Yargı Konseyi (bundan böyle “CSM” olarak anılacaktır), başvuranın para cezası ödemesine hükmetmiş ve iki kez görevden uzaklaştırma cezası vermiştir. Başvuranın, olayların tespiti gözden geçirilmesi talebiyle yaptığı temyiz başvurusu başarısızlıkla sonuçlanmıştır.

[29] Portekiz İdare Mahkemeleri Kanunu m. 3: “İdare mahkemeleri, kuvvetler ayrılığı ilkesinin gerektirdiği sınırlar içinde, idari işlem ve eylemlerin, idarelerin tabi olduğu hukuk kuralları ve ilkelerine uygun olup olmadığını inceleyecek, yerindelik denetimi yapmayacaktır.”

[30] Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz, §178. “Sözleşme organları bu yaklaşımı benimserken, Avrupa Konseyi üye devletlerinde idari yargıya yapılan başvurularla ilgili olarak, bir davanın olguları üzerinde yargısal denetimin kapsamının sınırlı olduğu ve yetkili makamların olgusal kararlar almaktan ziyade önceki işlemleri gözden geçirmelerinin inceleme işlemlerinin karakteristik özelliği olduğu gerçeğini göz önünde bulundurmıştır. İlgili içtihattan, 6. maddenin görevinin, ilke olarak, kendi değerlendirmesini veya görüşünü idari makamlarının yerine koyabilecek bir mahkemeye erişimi güvence altına almak olmadığı sonucu çıkarılabilir. Bu bağlamda, Mahkeme, idari makamlar tarafından yerindelik gerekçesiyle alınan ve genellikle hukukun uzmanlık alanlarını içeren kararlara saygı gösterilmesi gerektiğini özellikle vurgulamıştır (bkz. Sigma Radio Television Ltd, B.N. 32181/04 ve 35122/05, 21.07.2011, § 153).”

[31] AİHM, Sigma Radio Television Ltd/Kıbrıs, §§ 151-57; AİHM, Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz, § 179.

Yüksek Mahkeme, CSM'nin kararlarını onamış, özellikle de CSM'nin görevinin olguları denetlemek değil, sadece olguların tespitin makul olup olmadığını incelemek olduğunu tespit etmiştir.

Bunlar; iç hukukta alınmış mahkeme kararının konusu, kararın hangi şekilde (usulle) alındığı ve başvuru gerekçesini içerecek şekilde uyumazlığın içeriğidir.

1. İtiraz edilen kararın konusu: [32] Kararın konusu unsuruyla ilgili dikkat edilen, idarenin takdir yetkisinin uygulanmasını gerektirecek özellikte ve uzmanlıkta bir konu olup olmadığıdır. İdarenin almış olduğu karar, basit bir sorunla ilgiliyse, mahkemenin, teknik bilgi gerektiren kararların incelenmesine oranla daha geniş bir değerlendirme alanı (daha yoğun bir denetim) olacaktır.

Mevcut davada, olayların değerlendirilmesi ve uygulanan disiplin cezalarının denetimi özel bilgi veya özel mesleki deneyim gerektirmemiştir, herhangi bir mahkemenin yetki alanına girebilirdi. Yüksek Yargı Konseyinin disiplin incelemeleri, özel bir uzmanlık gerektirmez ve hukukun özelleşmiş alanında uygulanan bir idari takdir yetkisi değildir. Ayrıca AİHM'e göre, disiplin cezası, ceza yaptırımını uygulamayan bir idari işleminden farklıdır. AİHS m. 6'nın doğrudan uygulanmasını sağlayan bir ceza yargılamasına işaret etmese de, verilen disiplin cezasının sonuçları, hâkimlerin hayatı ve kariyeri için çok ciddi sonuçlara yol açmaktadır. Başvurucu'nun görevinden uzaklaştırılmış olması bu ağır yaptırımlara örnek oluşturmaktadır.

2. İdari kararın alınma şekli: İlgili idari makam önünde hangi usuli güvencelere bakılmaktadır. Şikayetçinin, önceki idari prosedür sırasında 6. maddenin birçok gerekliliğini karşılayan usuli güvencelerden yararlanmış olması halinde, bu durum daha sonra yapılacak yargısal denetimin daha hafif bir biçimini haklı gösterebilir.^[32]

[32] AİHM, Bryan/Birleşik Krallık, 1995, §§ 46-47.

Disiplin organı CSM önündeki **süreç** - Yargılamalar başvurana savunma yapma fırsatı vermiştir. Ancak, başvuranın çok ciddi cezalara maruz kalabileceği gerçeğine rağmen, yargılamalar yazılı olarak yapılmıştır. CSM'nin kanunen halka açık duruşma yapma yetkisi bulunmadığından, başvuran, kendisini ilgilendiren üç ayrı yargılamanın hiçbirinde duruşmalara katılamamış ve ne olgusal meseleler ve cezalar ne de çeşitli hukuki meseleler hakkında sözlü beyanda bulunma fırsatı bulamamıştır. Ayrıca, CSM, tanıklardan herhangi bir kanıt dinlememiştir. Buna göre, CSM takdir yetkisini yeterli bir olgusal temele dayanarak kullanmamıştır. Bu da CSM'nin olguları yeterince değerlendirmede ve usul güvencelerini sağlamadığı anlamına gelmektedir.

3. Uyuşmazlığın içeriği ve talep: Karar, şikayetçinin tüm beyanlarını, hiçbirini incelemeyi reddetmeksizin, esastan inceleyebilmeli ve bunları reddetmek için açık gerekçeler sunabilmelidir.^[33]

Yargı denetimi için sunulan konular - İlk olarak, başvuran, temyiz başvurularında, CSM tarafından suçlandığı eylemleri tutarlı bir şekilde reddetmiştir. İkinci olarak, kendisine verilen disiplin cezaları, bir yargıç olarak mesleki yükümlülüklerini ihlal ettiği tespitine dayanmaktadır. Bu nedenle, başvuranın mesleki davranışının nitelendirilmesi çok önemli bir konudur. Üçüncü olarak, başvuranın her bir yargılamada kendisine verilen cezaların orantısız olduğundan şikâyetçi olmuştur.

Mahkemenin bu itirazları nasıl değerlendirdiğine bakılacak olursa:

Yargı denetimi yöntemi - Yüksek Mahkeme (teknik niteliği gerekçeyle), delillerin yeniden incelenmesinin kendi görevi olmadığını düşünse bile, HSK tarafından alınan kararların olgusal temelinin yeterli olup olmadığını tespit etme görevi vardı. Olaylara ilişkin ihtilaf ve disiplin

[33] Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz, §§ 179-181.

cezalarının başvuranın itibarı üzerindeki etkileri, Yüksek Mahkeme'nin başvuranın ve tanıkların güvenilirliğine ilişkin konuları incelemesine olanak tanıyacak kadar kapsamlı bir inceleme yapmasını gerekli kılmıştır. Bu türden çekişmeli bir duruşma, taraflar arasında sözlü bir yüzleşmeye ve olayların daha kapsamlı bir şekilde incelenmesine olanak tanıyabilirdi. Ramos kararında olgular, yargı kararının ne olacağını doğrudan belirlemektedir ve bu olguların idarenin takdir yetkisinde ikincil husus oldukları düşünülemez.^[34]

Karar verme yetkisi - Yüksek Mahkeme kendi değerlendirmesini disiplin organının değerlendirmesinin yerine koyamayacağını ifade etmiştir. Bununla birlikte, “ağır, açık bir hata” durumunda ve kararın alınmasına yol açan işlemlerde maddi hukuka veya usule ilişkin adalet gerekliliklerine uyulmadığının tespit edilmesi halinde, bir kararı tamamen veya kısmen iptal etme yetkisine sahipti. Yüksek Mahkeme, tarafından verilen talimatlara uygun olarak yeni bir karar vermesi için davayı CSM'ye geri gönderibilirdi.

Yüksek Mahkeme'nin kararları için verilen gerekçeler - Yüksek Mahkeme, başvuranın temyiz gerekçelerinin her birine cevap vererek kararları için yeterli gerekçeler sunmuştur. Bununla birlikte, Yargı Dairesi'nin yetkilerinin sınırlı niteliğine atıfta bulunarak gerekçelendirdiği belirleyici olgusal kanıtlara ilişkin duruşma yapılmaması, bu konuların değerlendirilmesine ilişkin hususları gerekçelerine dahil etmesini engellemiştir.

[34] Örneğin, bir mahkemenin, önündeki anlaşmazlığın çözümü için hayati önem taşıyan belirli maddi konularda bağımsız karar vermeyi reddetmesi, 6§1 maddesinin ihlali anlamına gelebilir (AİHM, Terra Woningen B.V./Hollanda, B.N. 20641/92, 17.12.1996, §§ 53-55). Aynı durum, mahkemenin uyuşmazlıktaki temel meseleyi belirleme yetkisine sahip olmaması durumunda da geçerlidir (Tsfayo/Birleşik Krallık, B.N. 60860/00, 14.11.2006, § 48). Bu gibi durumlarda, davanın sonucu açısından belirleyici olan konu, bağımsız yargısal denetime tabi değildir (ilgili içtihatların özeti için bkz. AİHM, Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz, §§ 181- 183).

Özetle *Ramos* kararındaki uyuşmazlık, bu kriterler çerçevesinde incelenmiştir:

*bir hakim hakkında yürütülen disiplin soruşturmasının özel bağlamı,

*cezanın ciddiyeti (demokratik bir Devlette bu tür yaptırımların ve yargının oynadığı rolün önemini vurgulamış ve bu bağlamda cezalandırıcı yönünü dikkate almıştır)

*HSK önündeki usuli güvencelerin sınırlı olması

*Yüksek Mahkeme tarafından gerçekleştirilen yargısal incelemenin yetersizliği

başvuranın davasının Sözleşme'nin 6§1 maddesinin gerekliliklerine uygun olarak görülmediği anlamına gelmektedir (§ 196, 197, 198).

AİHM, hak ihlalinin önlenmesi amacıyla (özelikle cezalandırıcı idari işlemlerde) takdir yetkisini içeren uyuşmazlıklarda takdir yetkisini belli koşullarda inceleyeceğini ifade etmektedir. *Ramos* kararında, idarenin takdir yetkisini gerektirecek bir uzmanlık olup olmadığının aranacağını, yoksa yine “tam yetki alanı” ilkesinin uygulanacağını belirtmiştir.

SONUÇ

Yürürlükteki düzenlemeler (AY m. 125 ve İYUK m. 2) ve Danıştay'ın bazı kararlarının, mahkemeleri bu düzeyde bir yargı denetimine teşvik etmediği açıktır. Hukuki düzenlemeler, yalnızca biçimsel/zayıf bir denetime izin vermektedir. Yine de bazı kararlarda yargısal denetim, AİHM'nin “tam yargı yetkisi” standartlarıyla daha uyumludur. İdari takdir yetkisi, yargısal denetimden muaf kabul edilmemektedir. Ancak idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi, dava konusu idari işlemin konusuna göre denetimin boyutu farklılaşabilmektedir. Bu, öngörülebilirlik açısından sorunludur. Burada AİHM'in disiplin cezalarını içeren kararlarında aldığı tutum gibi, Danıştay da hangi konu ve koşullarda, hangi düzeyde denetim yapacağını içtihatlarıyla belirleyebilmelidir. Bir başka öneri de; cezai nite-

likte olan idari yaptırımlar/tedbirler üzerinde idare mahkemelerinin esasa ilişkin genişletilmiş yargı yetkisini açıkça öngören yeni bir yasal düzenleme yapılması olabilir.^[35] Kanun, idari organın itiraz edilen kararının güvenilir ve doğru bir delile dayanıp dayanmadığını ve karar vericinin bunları doğru değerlendirip değerlendirmedığını denetleme görevini mahkemelere verebilir ya da bir idari usul kanunuyla idari karar verme süreçleri için belli prosedürler öngörülebilir. Nitekim bu çalışmaya konu olan her iki davada da idari usulün denetim yoğunluğunu belirlemedeki rolünden açıkça söz edilmiştir.

[35] Bkz. İtalyan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 134. maddesine göre, “idare mahkemesi, aşağıdaki konulardaki uyuşmazlıklarda esasa girerek yargı yetkisini kullanır.

- (a) IV. Kitabın I. Başlığında atıfta bulunulan işlemler çerçevesinde icra edilebilir yargı kararlarının veya hükümlerinin uygulanması; b) idari yargı yetkisine tabi olan seçimlere ilişkin eylem ve işlemler;
- c) bağımsız idari makamlar tarafından uygulananlar ve 123. maddede öngörülenler de dahil olmak üzere, itirazları idari mahkemelerin yetki alanına giren mali cezalar;
- (d) bölgesel varlıkların sınırlarına ilişkin itirazlar
- (e) 21 Kasım 1962 tarihli ve 161 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca sinematografik izinlerin reddedilmesi”.

Buna göre “idare mahkemesi, kanunla ve madde 134’te belirtilen uyuşmazlıklarda esasa ilişkin yargı yetkisini kullanır.”

KAYNAKÇA

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Uygulamacılar İçin El Kitabı, Hazırlayan Dovydas Vitkauskas, 2. B., Avrupa Konseyi, 2018.

Justice Garry Downes, “Reasonableness, Proportionality and Merits Review”, New South Wales Young Lawyers Seminar Issues of Administrative Law, 24 September 2008, Erişim 10.04.2024 <https://www.aat.gov.au/AAT/media/AAT/Files/Speeches%20and%20Papers/ReasonablenessSeptember2008.pdf>

David Bennett Ao Qc, “Balancing Judicial Review and Merits Review”, Erişim 10.04.2024, <https://www.studocu.com/en-au/document/macquarie-university/administrative-law/merits-vs-judicial-review/31622544>

Joana Mendes, “Law and Administrative Discretion in The EU: Value of A Comparative Perspective”, First draft presented at the Comparative Administrative Conference, Yale, April, 29th-30th, 2016, Erişim 10.04.2024, https://law.yale.edu/sites/default/files/area/conference/compadmin/compadmin16_mendes_law.pdf



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

**CEZA MUHALEMESİ HUKUKU
UYGULAMALARI**

Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı İlkesini Ortadan Kaldıran Hukuk Zihniyeti: Tahkik (Engizisyon) İdeolojisinin Teori Uygulamadaki Görünümleri

Fahrettin KAYHAN

Öz

Hâkimin tarafsızlığı hem bir hukuk kuralı hem de bir etik ilkedir. Tarafsızlık ilkesine Türk Yargı Etiği Bildirgesinin 3'üncü maddesinde Bangolar Yargı Etiği İlkelerinin 2'nci maddesinde yer verilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunun 24'üncü maddesinin birinci fıkrasında göre hâkimin davaya bakamayacağı hâllerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasına göre ise tarafsız bir mahkemede yargılanma adil yargılanma hakkı kapsamındadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, hâkimin tarafsızlığını sübjektif tarafsızlık ve objektif tarafsızlık olarak ikiye ayırmaktadır. Sübjektif tarafsızlık hâkimin kişi olarak görmekte olduğu davada tarafsızlığını; objektif tarafsızlık ise mahkemenin taraflara eşit mesafede bulunduğu ve tarafsız davranacağına dair hak arayanlara güven veren bir görünüme sahip olmasını ifade etmektedir.

Ceza muhakemesi hukukunda üç farklı sistem söz konusudur: İtham sistemi, tahkik sistemi ve karma sistemi. Türk ceza muhakemesi sisteminin karma sistem (işbirliği sistemi) olduğu iddia edilmektedir. Karma Sistem, tahkik sistemi ile itham sisteminin bazı özelliklerinin bir araya getirilmesinden oluştuğu söylenmektedir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu esas alınarak hazırlanan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun önceki kanuna göre itham sisteminin daha fazla özelliklerini barındıran karma bir

sistem olduğu ileri sür÷lmektedir.

Bu tebliğin tezi, kanunun amacı daha fazla itham sisteminin özelliklerini içeren bir karma sistem oluşturmak olsa da Türk ceza muhakemesi teori ve pratiğine genel olarak tahkik zihniyetinin hâkim olduğudur. Tebliğimizde teori ve uygulamaya hâkim olan tahkik ideolojisinin hâkimin objektif ve sübjektif tarafsızlığını nasıl olumsuz etkilediğı, psikolojik olarak hâkimi nasıl davanın tarafı haline getirebildiğı, muhakeme hilelerine kapı araldığı, sonuç olarak tarafsızlık ilkesini nasıl uygulanmaz hale getirebildiğı doktrin ve uygulamadan örneklerle ele alınacaktır. Tebliğimizde hâkimin tarafsızlığını sağlayacak reform önerilerine yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler:

yargı etiğı

itham sistemi

hakimin tarafsızlığı

tahkik sistemi

karma sistem

GİRİŞ

Hâkimin tarafsızlığı hem küresel olarak kabul görmüş bir hukuk kuralı hem de bir yargı etiği ilkesidir. Tarafsızlık ilkesine Türk Yargı Etiği Bildirgesinin 3’üncü maddesinde Bangolar Yargı Etiği İlkelerinin 2’nci maddesinde yer verilmiştir.

Hâkimin tarafsızlığına mevcut Anayasamızda yer verilmemişti. 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un birinci maddesi ile Anayasanın 9’uncu maddesine “bağımsız” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve tarafsız” ibaresi eklenmiş ve Anayasa’nın 9’uncu maddesi “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır” biçiminde değiştirilmiştir. Anayasanın 138’inci maddesinde ise “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar” denilerek hâkimlerin bağımsızlığına vurgu yapılmış, ancak hâkimlerin tarafsızlığından bahsedilmemiştir.

Her ne kadar mahkeme ve hâkim terimleri birbirinin yerine kullanılsa da bunlar ayrı kavramlardır. Mahkeme fiktif bir kurumdur, hâkim ise gerçek kişi. Bu anlamda mahkemenin tarafsızlığından bahsedilemez, gerçek kişilerin yani hâkimlerin tarafsızlığından bahsedilebilir. Bu kavram kargaşasının uygulamadaki hileli görünümü, bir mahkemenin şubesini açarak dosyanın mahkemenin bir şubesinden diğerine nakli suretiyle yahut bir mahkemedeki hâkim değişikliği ile somut bir dava veya belli davalar için yeni mahkemeler kurarak hâkimin bağımsızlığının bertaraf etmek, tabii hâkim ilkesini yok saymak hukukumuzda çok yaygın hileli uygulamalardan biridir.

Nitekim ilk defa, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 15 Şubat 2024 tarihli toplantısında, 2022/23093 sayılı başvuruyla ilgili olarak; mahkûmiyetin dayanağı olan delillerle doğrudan temas eden ile hükmü veren mahkeme heyetinin farklı olması nedeniyle Anayasanın 36’ncı maddesinde ifadesini bulan adil yargılama hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma

hakkının ihlal edildiğine karar vererek bu hileli uygulamayı hukuk tarihimize ilk kez deşifre etmiştir. Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, *Orhan Şahin v. Türkiye* başvurusunda 12 Mart 2024 tarihli kararıyla, kararı veren hakimlerin tanığı şahsen ve bizzat dinlememiş olmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul ederek “hakimin değişmezliği” ilkesini vurgulamıştır (Başvuru No: 48309/17)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesinin birinci fıkrasına göre ise tarafsız bir mahkemede yargılanma adil yargılanma hakkı kapsamındadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, hâkimin tarafsızlığını “sübjektif tarafsızlık” ve “objektif tarafsızlık” olarak ikiye ayırmaktadır. Sübjektif tarafsızlık hâkimin kişi olarak görmekte olduğu davada tarafsızlığını, objektif tarafsızlık ise mahkemenin taraflara eşit mesafede bulunduğu ve tarafsız davranacağına dair hak arayanlara güven veren bir görünüme sahip olmasını ifade etmektedir^[1]. Ceza Muhakemesi Kanunun 24’üncü maddesinin birinci fıkrasında göre hâkimin davaya bakamayacağı hâllerde reddi istenebileceği gibi tarafsızlığını şüpheyne düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir.

Hâkimin objektif ve sübjektif tarafsızlık ilkesin yaşama geçebilmesi ceza muhakemesi sisteminin gerekli ve yeterli şartları sağlamasına bağlıdır. Bu tebliğde tarafsızlık ilkesini Türk ceza muhakemesi sistemi açısından inceleyeceğiz.

Ceza muhakemesi hukukunda üç farklı sistem söz konusudur: itham sistemi, tahkik sistemi ve karma (işbirliği) sistem. Öğretide Türk ceza muhakemesi sisteminin karma sistem (işbirliği sistemi) olduğu iddia edilmektedir. Karma sistemin, tahkik sistemi ile itham sisteminin bazı olumlu özelliklerinin bir araya getirilmesinden oluştuğu söylenmektedir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu esas alınarak hazırlanan 5271 sayılı Ceza

[1] İbrahim ŞAHBAZ,, “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 25, 2008, s. 229-289, s. 259.

Muhakemesi Kanunun önceki kanuna göre itham sisteminin daha fazla özelliklerini barındıran karma bir sistem olduğu ileri sürülmektedir^[2].

Bu tebliğin tezi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun görünüşteki amacı daha fazla itham sisteminin özelliklerini içeren bir karma sistem oluşturmak olsa da Türk ceza muhakemesi mevzuatına, teorisine ve pratiğine genel olarak tahkik zihniyetinin hâkim olduğudur. Tebliğimizde mevzuat, teori ve uygulamaya hâkim olan tahkik ideolojisinin hâkimin objektif ve sübjektif tarafsızlığını nasıl olumsuz etkilediği, psikolojik olarak hâkimi nasıl davanın tarafı haline getirebildiği, muhakeme hilelerine kapı araladığı, sonuç olarak tarafsızlık ilkesini nasıl uygulanmaz hale getirebildiği doktrin ve uygulamadan örneklerle ele alınacaktır. Tebliğimizde hâkimin tarafsızlığını sağlayacak reform önerilerine yer verilecektir.

1. TAHKİK SİSTEMİNİN KARMA SİSTEME EVRİLMESİ VE KARMA SİSTEMİN TAHKİK (ENGİZİSYON) SİSTEMİNE REGRESYONU

Engizisyon (*Inquisition*) Latince tahkikat, soruşturma, sorgulama anlamlarına gelen bir sözcüktür. Engizisyon, orta çağda, Hristiyanlıkta sapkın (*heretik*) kabul edilen akım mensuplarını, sihya, büyücülük, cadılıkla uğraşanları, Yahudileri (konsevatörler) ve Hristiyan olmuş Müslümanları (*Moriskolar*) yok etmek amacıyla kurulmuş Katolik adli teşkilatı ve muhakeme usulüdür. Kilise ve devlet otoritesi altında faaliyet gösteren Engizisyon, MS XII. Yüzyılın sonlarından XIX. Yüzyıl ortalarına kadar aktif olmuştur. Engizisyon Hristiyan teolojisine dayanan bir sistem olmasının yanı sıra teorik altyapısını Klasik Roma Hukukundan almıştır. Roma'da kölelere, alt sınıflara ve Roma İmparatorlu-

[2] Burcu DÖNMEZ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019 s.83-87; Adhémar ESMEIN, Ceza Muhakemesi Sistemleri, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 31, Ağustos 2016, s. 205-213.

ğunun sonlarına doğru Hristiyanlara uygulanmıştır^[3].

Engizisyon sisteminde başlangıçta piskoposlar yargılamayı yürütürken zaman içinde engizisyon mahkemeleri Piskoposların yanı sıra Engizitör (muhakkik, müstantik) denilen görevlilerce yapılmıştır. Engizitörün yanı sıra ona yardımcı olan komiserler, noterler, familerler, gözlemciler gibi görevliler yargılama sürecinde yer almaktaydı. Engizitörler, hem davacı, hem hâkim konumundaydı. Maddi gerçeğe ne pahasına olursa olsun ulaşmak yargılamanın amacı olduğundan ikrar temel delil konumundaydı. İşkence ikrar elde etmek için başvurulmuş meşru sayılan bir delil elde etme aracıydı. Engizisyon 16'dan fazla türde işkence yöntemi geliştirmiş, işkenceyi bir adeta bir bilim haline getirmiştir.

Engizisyon sisteminde yargılamanın aşamaları, yemine davet ve af süreci (etkin pişmanlık), mahkemeye celp, sorgulama ve delillerin ibrazı, ikrar elde etmek için işkence ve hüküm aşamasından oluşmaktaydı. Engizisyon sisteminde yargılama gizli ve yazılı yürütülürdü. Engizitör, re'sen bir olaya el koyabilir ve delil toplayabilir. Sanık bir özne değil, yargılamanın nesnesidir^[4].

Engizisyon sisteminin başlarında sanıkların savunmalarını avukat vasıtasıyla yapmalarına izin verilirdi. Sanığın müdafisinin savunması dinlendikten sonra hüküm veriliyordu. Papa III. Innocentius “*Si Adversus Vos*” adlı fermanıyla avukatların ve noterlerin sapkınlarla yardım etmesini yasakladı. Kutsal Roma İmparatoru II. Frederich 1220-1239 tarihleri arasında yayınladığı fermanlarla sanıkların avukatlık hizmetinden yararlanmalarını yasakladığı gibi, sanıklara yardım eden avukatlar bir daha dönmek üze-

[3] Mehmet ESGİN, Hristiyanlıkta Engizisyon Mahkemeleri, Doktora tezi, YÖK Tez Merkezi, Konya 1998, s. 57-59.

[4] Gerd SCHWERHOFF (Çev. Ömer İPEK), Engizisyon Modern Çağda Heretizm Sorunu, Runik Kitap, İstanbul 2023, s 55-69; ESGİN, S. 274-85.

re sürgüne gönderiliyor, malları müsadere ediliyor, sapkın olarak yargılanıyor ve yargılananlara verilen cezalara çarptırıyorlardı^[5].

Rönesans ve reform hareketlerinin başlaması ve Fransız Devrimi ile hızlanan hukuk reformlarında tahkik sisteminden tamamıyla vazgeçilmemiş, ancak itham sisteminin kimi özellikleri Kıta Avrupa'sının farklı ülkelerinde *farklı oranlara* alınarak karma bir sistem oluşturulmuştur. Karma sistemin atası engizisyonudur. Karma sistem, içinde engizisyon sisteminin az veya çok kimi unsur ve özelliklerini barındırmaktadır.

Türk ceza muhakemesi hukuku sistemine gelince: Türkiye'de yürürlükte olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundan (CMK) önceki 4 Nisan 1929 tarihli 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundan iktibas edilmişti.

Faruk Erem “Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları” başlıklı makalesinde bizim hukuk sistemimiz hakkında vardığı sonucu şöyle ifade ediyor:

“Nihayet ‘Rönesans’ (yeniden doğuş) geldi. Engizisyon sistemi sarsıldı, fakat yok edilemedi. Arabulucu anlayışlar, karma usuller ortaya çıktı. Soruşturmanın ilk bölümü gizli, duruşma bölümü aleni idi. Kilise hukukunun direnişi çeşitli karma sisteme sebep oldu. Engizisyon sisteminin kalın izleri varlığını koruyordu. Alman usul yasası da bu tür izler taşır. Alman usulü dahi tam bir Rönesans ürünü sayılmaz. Fakat Anglo-Saksonların tepkisi tamdı. Türkiye Usul Kanunu(nu) Alman Kanunundan aldı. Alman Kanunu en az karma olan bir sistemi yansıtır. Esasında karma değildir. Belki şiddeti azaltılmış bir engizisyon dönemini yansıtır.»^[6]

[5] ESGİN, S. 292-293;

[6] Faruk EREM, “Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları,” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Ocak 1988, Sayfa:

CUMK'un yürürlüğe girdiği 1929 tarihinden yürürlükten kalktığı tarihe kadar ülkemizde ceza muhakemesi alanında uygulanan sistem işte bu *şiddeti azaltılmış engizisyon sistemi* olmuştur. Bu dönem yetişen hukukçular, bu sistem ile endoktrine edilmişler ve taklit yoluyla kuşaktan kuşağa devredilen değişime dirençli bir muhakeme kültürü ve habitusu oluşmuştur.

5271 sayılı CMK'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra durum değişmiş midir? Şimdi ona bakalım.

II. TAHKİK İDEOLOJİSİ, TÜRKİYE'DE HUKUK MESLEKLERİNİN YAPILANMASI VE TARAFSIZLIK

Engizisyon yargılama usulünde davacı ve hâkim sıfatının engizitörde toplandığını belirtmiştik. Ceza Muhakemesi hukukumuzda egemen olduğu kabul edilen karma sistemde ise itham sisteminin etkisiyle iddia makamı ile yargılama makamının ayrıldığı iddia edilmektedir. Acaba bu iddia Türk hukuku açısından ne kadar doğrudur? Adli teşkilata ilişkin mevzuat ve uygulama incelendiğinde hukukumuzda iddia makamı ve yargı makamının söylendiği gibi pek de ayrılmadığını görüyoruz. İddia makamı ile yargılama makamının ayrılığından ziyade birlikteliğini ve yargılamada diyalektiğin yok edildiğini gözlemliyoruz.

A. Hâkim ve Savcı Mevzuatında Birliktelik

1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde hâkimlik mesleği ve savcılık mesleği ayrı ayrı düzenlenmişti. Yüksek Savcılar Kurulu ve Yüksek Hâkimler Kurulu olmak üzere iki kurul mevcuttu. 1982 Anayasasıyla birlikte hâkim ve savcılık mesleği bir arada düzenlenerek Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu oluşturulmuştur. Keza 4/7/1934 tarih ve 2556 sayılı Hâkimler Kanunu 12 Eylül darbesinden sonra 2661 sayılı Kanunla Hâkimler ve Savcılar Kanunu olarak değiştirilmiştir. Hâkim ve Savcılık meslekleri aynı ve eşit kabul edilerek, iddia ve yargılama makamları bir-

leştirilmiştir.

B. Hâkim ve Savcılığa Alımda ve Eğitiminde Birliktelik

2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda hâkimlik ve savcılık aynı meslekler olarak düzenlenmiştir. Mesleğe alımları, eğitimleri, atanmaları aynı kurallarla tabidir.

1985 yılında yürürlüğe giren Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile adlî ve idari yargı hâkim ve savcı adaylarının yetiştirilmelerini sağlamak üzere Ankara'da Adalet Bakanlığı'na bağlı Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi kurulmuştur. Avrupa Birliği'ne katılım sürecinde üye ülkelerdeki mevzuata ve uygulamalara uyum sağlamak amacıyla, hukuk alanındaki eğitim ile diğer görevleri yerine getirecek bağımsız bir kurumun oluşturulması ihtiyacının doğması üzerine, 2003 yılında 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu kabul edilerek, tüzel kişiliğe sahip, bilimsel, idari ve mali özerkliği olan Türkiye Adalet Akademisi kurulmuştur. 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlüğe giren 703 Sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesi ile 4954 Sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu yürürlükten kaldırılarak, Türkiye Adalet Akademisi kapatılmıştır. 10 Temmuz 2018 tarihinde yürürlüğe giren 1 nolu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 60. maddesi ile Hâkim ve Savcı Eğitim Merkezi kurulmuş, 703 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 12. maddesinde Hâkim ve Savcı Eğitim Merkezi organları oluşturuluncaya kadar Akademi tarafından yapılması gereken görev ve hizmetlerin, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı tarafından yürütüleceği belirtilmiştir. 02/05/2019 tarihli ve 30762 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 34 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kamu tüzel kişiliğini haiz, bilimsel, idari ve mali özerkliği olan, özel bütçeli, Adalet Bakanlığı ile ilgili ve merkezi Ankara'da

bulunan Türkiye Adalet Akademisi yeniden kurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 28/12/2023 tarih 2019/72 E. 2023/229 K. sayılı kararıyla 34 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin tümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, iptal hükmünün kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

Türkiye Adalet Akademisi'nin eğitim programları incelendiğinde; eğitim programlarının tamamının hâkim savcılar ve adaylarına yönelik olduğu, hâkim ve savcı adaylarının birlikte ve aynı eğitime tabi tutulduğu gözlemlenmektedir. Kararnamenin 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde "talepleri halinde noterler ve avukatlar ile eğitim ve öğretim hizmetlerinden faydalanması uygun görülen diğer kişilere yönelik eğitim programları hazırlamak ve uygulamak" Akademisinin görevleri arasında sayılmış ise de bu yönde bir eğitim programına rastlanmamıştır.

C. Hâkim ve Savcı STK'larında ve Sosyal Hayatta Birliktelik

Hâkim ve savcı birlikteliğini, bu meslekler için kurulan sivil toplum kuruluşlarında da görmekteyiz. YARSAV, HAKSAV, YARGIDA BİRLİK kuruluşlarının üyelik koşullarını incelediğimizde hâkim ve savcı birlikteliğinin bu STK'larda da devam ettiğini ve içselleştirildiğini görüyoruz. YARGIÇLAR SENDİKASI'nın adından hareketle bu sendikanın sadece yargıçlar tarafından kurulduğu izlenimi veriyorsa da tüzüğünü incelediğimizde hâkim savcı birlikteliğinin burada da devam ettiğini görmekteyiz. Yargıçlar Sendikası Tüzüğü'nün 7'nci maddesinde sendikaya üye olabilecekler arasında ilginç bir şekilde "büro, bankacılık ve sigortacılık hizmet koluna tabi diğer kamu görevlileri'nin de yer aldığını görmekteyiz.

Hâkim savcı birlikteliğinin sosyal hayatta aynı lojmanlarda komşu olmak, aynı sosyal tesislere devam etmek gibi gündelik hayatta da sürdüğünü

gözlemlemektedir.

D. Hâkim ve Savcıların Çalışma Mekânlarında Birlikteliği ve Cumhuriyet Savcılarının Mekânsal ve Mali Hâkimiyeti

Hâkim ve savcılar, adliye saraylarında aynı mekânlarda çalıştıklarını, adliyelerin yönetiminin ise Başsavcılıkta olduğunun da altını çizmek gerekir. Adli mekân politikalarının belirlenmesi ve adliyelerde mekân düzenleme yetkisinin Cumhuriyet Başsavcısında olduğu, adliyelerde Cumhuriyet savcılarının ofislerinin hâkimlere göre daha konforlu olduğu gözden ırak tutulmamalarıdır. ^[7] Bir müvekkilimizle adliyeden cezaevine giderken müvekkilin telefonundaki yakınına “Avukatımızla savcının sarayından savcının oteline geçiyoruz” demesi Cumhuriyet savcılarının adliyelerdeki hâkimiyetinin sokaktaki vatandaş tarafından da gözlemlendiğini vurucu biçimde göstermektedir.

Öte yandan Cumhuriyet Başsavcısı, Adalet Bakanlığı bütçesinden adliyelere ayrılan kısım üzerinde harcama yetkisine sahiptir. Cumhuriyet Başsavcısı, adliyenin ita amiri konumundadır^[8].

E. Kürsüde ve Müzakere Sürecinde Birliktelik

Hâkim ve savcılar, yazılı hukukta bir dayanağı olmamasına karşın kürsüde de birliktedirler.

Emekli Savcı Ahmet AYVAZ’ın “**Bir Savcının Anıları Adaletin Gözyaşları**” isimli eserdeki şu anekdot bu konuya yeterince açıklık getirmektedir:

[7] Ali ALTINTAŞ, Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Bağlamında Karşılaştırmalı Hukukta Türkiye’de Adliye Yönetimi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013s.406-409.

[8] ALTINTAŞ, s. 413 vd.

Bakırköy 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nde fasılasız bir şekilde beş yıl boyunca iddia makamını temsil etme onuruna eriştim. İlk günde son ana kadar mahkeme heyeti ile olan ilişkilerim son derece medeni ve uyumlu oldu. Böyle olmakla beraber hiçbir zaman görüşüme uymayan kararları temyiz etmekten geri kalmadığımı da belirtmek isterim. Bu mahkemede halimden son derece memnundum., kaldı ki burada önemli davalara bakarken belli bir hukuksal birikime ulaşıyor ve içtihadı bilgileri ediniyordum. Kararları dört hukukçunun ortak akıl ve ferasetiyle vermekte olduğumuz için bir kişinin altından kalkmakta zorlanacağı meseleleri heyet halinde rahatlıkla çözüme kavuşturabiliyor, kimin kimden farklı bir bilgisi varsa ortaya döküyor ve bundan hepimiz yararlanıyorduk Bu mahkemede çalıştığım sürece ruhen arındım, dinlendim ve rahatladım.^[9]

Anekdottan anlaşıldığına Bakırköy 9. Ağır ceza Mahkemesi, savcının da katılımıyla dört kişiden oluşan bir heyet olarak çalışmıştır. Kitabın 499. Sayfasındaki anekdottan ise, bu çalışma biçiminin bu mahkemeye özgü olmadığını, yazarın İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinde çalışırken de savcının heyete dâhil edildiğini, müzakerelere aktif olarak katıldığını anlıyoruz. Hatta DGM'de görülen bir davanın müzakeresinde savcının tahliye talebine mahkeme başkanının **müzakere esnasında** “Efendim mutlaka cezalandırılması gereken bu insanları nasıl tahliye ederiz, böyle şey olur mu, haydi biz ettik, MİT ve Genelkurmay buna ne der”^[10] diye tepki göstermesi ülkemizde egemen olan “hukuk zihniyeti” açısından ve hâkim ve savcılarının hangi sosyal ve siyasi etkilerin altında karar verdiği ayrıca incelenmeye değer bir konudur.

Görüldüğü üzere karma sistem olduğu söylenen Türk Ceza Muhakemesi sisteminde iddia makamı ve yargılama makamı hukuken fiilen ayrıl-

[9] Ahmet AYVAZ “Bir Savcının Anıları Adaletin Gözyaşları” Librum Yayınları, İstanbul, 2017, s. 524.

[10] AYVAZ s. 499

mamıştır. Her ne kadar görünüşte bu makamlar ayırmış gibiyse de iddia makamı ve yargılama makamı rol ve işlevleri birbirine karışacak şekilde iç içe geçmiş durumdadır. Hukukumuzda iddia ve yargılama makamlarının birliğinden bahsetmek abartı olmayacaktır. Türk ceza muhakemesi sisteminde bir tarafta iddia ve yargılamayı birlikte yürüten hâkim ve savcı, diğer tarafta savunmayı temsil eden zayıf ve etkisiz bir müdafilik kurumu bulunmaktadır. Yargılamada üçlü bir diyalektik değil, ikili bir kutupluluk söz konusudur. Hukukumuz açısından sıklıkla vurgulanan sav-savunma-yargı üçlemesi fiilen gerçeği yansıtmamaktadır. Hâkim ve savcı işlevleri birbirinden tam olarak ayrılmamıştır. Hâkim savcı birlikteliği Hâkim Dr. Ali Altıntaş tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

Ceza davasının taraflarından birisi konumundaki savcılık makamının, mahkemeler ve yargıçlar üzerinde artan etkisi, üzerinde durulması gereken önemli bir sorundur. Bunun en önemli sebeplerinden birisi, mahkemelerin içinde bulunduğu yerel yapının yani adliyenin CBS tarafından yönetilmesidir. Bir diğer önemli sebep, yargıçlık ve savcılık mesleklerinin bir, bütün ve iç içe geçmiş görüntüsüdür. Bu birliktelik yargıçlar ve savcılarının statülerinin aynı kanunla düzenlenmesinden başlayıp özlük işlerinin HSYK'ye bırakılmasına, CBS'nin adliyelerde mahkemelerle aynı mekânı paylaşmasından, adliye yönetiminde ve yargılama işlerinde ağırlıklı bir rol üstlenmesine kadar varır. Elbette Cumhuriyet savcılarının da belli Ceza davasının taraflarından birisi konumundaki savcılık makamının, mahkemeler ve yargıçlar üzerinde artan etkisi, üzerinde durulması gereken önemli bir sorundur. Bunun en önemli sebeplerinden birisi, mahkemelerin içinde bulunduğu yerel yapının yani adliyenin CBS tarafından yönetilmesidir. Bir diğer önemli sebep, yargıçlık ve savcılık mesleklerinin ^[11]bir, bütün ve iç içe geçmiş görüntüsüdür. Bu birliktelik yargıçlar ve savcılarının statülerinin aynı kanunla düzenlenmesinden başlayıp özlük işlerinin HSYK'ye bırakılmasına, CBS'nin adliyelerde mahkemelerle

[11] Ali ALTINTAŞ, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Bağlamında Türkiye’de Adliye Yönetimi,” s. 90.

aynı mekânı paylaşmasından, adliye yönetiminde ve yargılama işlerinde ağırlıklı bir rol üstlenmesine kadar varır. (...)Zira bu durum, adli yargı alanında en büyük sıkıntılardan biri olan yargıçlar ve savcılarının bir blok halinde mütalaa edilmesinden kaynaklanan ve savunmayı bir anlamda dışlayan bir yapılanmadır. Bu rahatsız edici durum, “savcı eşittir yargıç” formülü, aslında klasik “sav-savuma-hüküm” yapılanmasına da aykırıdır.⁹

Hâkim savcı birlikteliğinin uygulamadaki sonucu, zaman zaman hâkimin, iddia makamı rolünü oynamasıdır. Diyalektik olarak iddia savunma arasına çıkması gereken iletişim çatışmaları çatışması, hâkim ve savunma arasına cereyan etmekte hâkimler sık sık davacı gibi hareket etmektedir. Bu ise engizisyon (tahkik) sisteminin en bariz özelliklerinden biridir.

1. TÜRK CEZA MUHALEMESİ KANUNUNDA ENGİZİSYON SİSTEMİ KALINTILARI

A. İddianamenin İadesi Kurumu

CMK’nun 174’nci maddesinde davaya bakacak mahkemenin/hâkimin kovuşturma başlamadan soruşturma evresine ilişkin bütün belgeleri inceledikten sonra iddianamenin kabul veya iadesine karar vereceği düzenlenmiştir. CMK’nun 175’nci maddesine göre iddianamenin kabulüyle kamu davası açılmış olur. Başka bir ifadeyle mahkeme kendi bakacağı davayı açmaktadır. Engizisyon sisteminde olduğu gibi hâkim ve savcı sıfatı aynı kişide birleşmektedir. Hâkim, iddianameyi kabul etmekle kovuşturma aşaması başlamadan dava ile ilgili doğal olarak mahkûmiyet yönünde kanaat oluşturmaktadır. İddianamenin kabulüne karar veren hâkimin, duruşma evresinde bu aşamada oluşturduğu önyargıyla hareket etmesi kaçınılmazdır.

B. Sanığın Sorgusunda Yetersiz ve Hileli Düzenlemeler

Ceza Muhakemeleri Kanununun (CMK) 192'nci maddesine göre mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmayı yönetir ve sanığı sorguya çeker. CMK 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendine göre sorgu, şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak “dinlenmesini” ifade eder.

CMK'nun 191'inci maddesine göre iddianamenin kabulü kararıyla duruşmaya başlanır. Tanıklar duruşma salonundan dışarı çıkarılırlar. Duruşmada, sırasıyla sanığın açık kimliği saptanır, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınır, iddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirmesi anlatılır. Sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu ve CMK'nun 147'nci maddesinde belirtilen diğer hakları bildirilir. Sanık “açıklamada bulunmaya” hazır olduğunu bildirdiğinde, “usulüne göre sorgusu” yapılır. Buna göre sanığın suçla ilgili açıklama yapmaya başlamasıyla teknik olarak sorgu işlemi başlamış olmaktadır.

Sanığın sorgusu “usulüne göre” göre yapılacağına göre bu usul nedir? Anılan madde ve CMK'nun 147'nci maddesinde de sanığın üzerine atılı suçla ilgili açıklama yapmaya başladığı aşamanın “usulüne” ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Susma hakkını kullanmayan sanık kendisine yüklenen suçla ilgili açıklama yapacak, hâkim de onu dinlemekle ve işittiklerini tutanağa geçirmekle mi yetinecektir?

Hâkim sanığın açıklamaları sırasında veya sonrasında sanığa soru sorabilecek midir? Sorgu soru cevap şeklinde mi yapılacaktır? Sorgu işlemi sanığın hâkim tarafından sorulan soruları yanıtlaması mıdır? Eğer öyle ise hâkimin soracağı soru türlerinde bir kısıtlama var mıdır? Hâkim sorgu esnasında sanığa her istediği soruyu sorabilir mi?

Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, CMK'nun 147'nci maddesinde düzenlenmesinde şekil ile yetinilip esasın unutulduğunu, sorguda olaya ilişkin sorulup sorulamayacağı ve nasıl sorulacağını düzenlenmediğini belirtmişlerdir. Yazarların kitabın soruşturma işlemleri kısmında ele aldıkları bu sorun hakkında; “susma hakkını kullanmayan şüpheliye soruları ifadeyi alan kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısı veya sorguyu yapan sulh ceza hâkimi sorar. Bu soruların anlattırıcı ve ucu açık sorular olması gerekir. Evet veya hayır ile cevaplandırılabilen yönlendirici soru sorulamaz, zira bu sorular yasak sorgu yöntemi oluşturlar” demektedirler. Bu açıklamaların, ifade ve sorgunun aynı madde içinde düzenlenmesinden hareketle duruşma sorgusu için de geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Yazarlara göre sorgusu sırasında sanığa kapalı uçlu ve yönlendirici soru sorulamaz. Sorgunun, Anglo-Amerikan sisteminde geçerli olan çapraz sorgu sisteminin ilk aşamasını oluşturan “esas sorgu” (*direct examination*) şeklinde yapılması, çapraz sorgu (*cross examination*) tekniklerinin kullanılmaması gerekir. Yazarlar, hâkimin kapalı uçlu ve yönlendirici sorular sorarak çapraz sorgu teknikleriyle sorgu yapmasını yasak sorgu olarak nitelemişlerdir. Yazarlara göre, hâkim sorguda sanığa ancak açık uçlu sorular yöneltebilecektir.^[12]

Bahri Öztürk ve arkadaşları ise, sorgunun amacının “MADDİ GERÇEĞE ULAŞMAK” olduğunu belirttikten sonra “BEYAN GERÇEĞE TİPATİP UYGUN OLACAKTIR” (büyük harf kullanımları yazarlara aittir) cümlesiyle sorgunun amacını belirlemişlerdir. Yazarlar, sorgunun amacının “sanığın direncini kırmak için” şok taktiği, sondaj taktiği, mozaik taktiği, zik zak taktiği gibi “sanığı şaşırtan yöntemler kullanılması” gerektiğini ileri sürmektedirler. Yazarlar, yasak sorgu sayılabilecek çeşitli yöntemler önermektedir. Yazarlar tam bir tahkik ideolojisiyle kaleme aldıkları bu bölümde neyse ki, içinde cevabı da bulunan veya buna yakın olan veya belli hususları sabit sayan soruların (*suggestiv* sorular) sorulmaması gerektiğini,

[12] Feridun YENİSEY ve Ayşe NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 625.

bu soruların irade özgürlüğünü ortadan kaldırdığını veya önemli ölçüde sınırlandırdığı için caiz olmadığını ifade etmişlerdir. Başka bir ifadeyle yazarlar hâkimin, sanığa yönlendirici soru sormayacağı kanısındadırlar^[13].

Sorgunun nasıl yapılacağına, sorguda sanığa hâkim tarafından soru sorulup sorulamayacağı, sorulabilirse hangi tür soruların caiz olduğuna, sorulara ve sorgu tarzına itiraz etmenin mümkün olup olmadığına ilişkin bir Yargıtay kararına rastlamadık. Feyyaz Gölcüklü, Aralık 1954 tarihinde yayınladığı “Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı” başlıklı makalesinde belirttiğine göre yazar bu konuda bir karara rastlamamış. Yazar, hakim gerçeği öğrenmek için yalan söylemesinin ve sanığa yanıltıcı soru sorulmasının, seçimlik (altenative) soruların, kompleks ve geniş soruların, aldatıcı ve telkin edici soruların, neticesi sanık tarafından görülemeyen soruların sorulmasının sorgunun dürüstlüğü prensibine aykırı olduğunu belirttikten sonra Yargıtay’ın bu konudaki tutumunu şöyle açıklıyor:

*“...acaba yargıç kanunun sükûtundan bil istifade bu nevi soruları sanığa sorabilecek midir? Sorumuza evvela temyiz mahkemesi içtihatları içinde cevap arayalım. Türk Temyiz mahkemesi içtihatları arasında sanığın sorgusu konusunda verilmiş herhangi bir karara rastlamadık. Bu durum sanığın sorgusunun tamamen dürüst bir şekilde yapıldığının bir delili olduğu gibi, sorgu müessesesine fazla önem verilmeyip tahkikat ve duruşma zabıtlarında sorgunun şekline müteallik kısımların atlandığı, **yalnızca cevapların zapta geçirildiği** ve binnetice sorgu tekniği Yüksek Mahkemenin meçhulü olduğu manasına da tefsir edilebilir. Hatta bu ikinci ihtimali daha kuvvetli buluyoruz”^[14]*

[13] Bahri ÖZTÜRK, Durmuş TEZCAN, Mustafa R. Erdem ve arkadaşları, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019,s. 374 vd.

[14] Feyyaz GÖLCÜKLÜ, : -“Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Yıl 1955 Cilt: 10 Sayı: 02 (02, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3199/44516>

Makalenin kaleme alındığı 1954 yılından bu yana durumda bir değişiklik olmamıştır. Şu anda da bu konularda bir Yargıtay kararı bulmak mümkün değildir. Çünkü “tutanak suiistimali” yoluyla bu konular Yargıtay denetiminden kaçırılmaktadır. Duruşmada sorgu usulü yasal boşluk nedeniyle tamamen hâkimin “keyfine göre” yapılmaktadır. Hâkimler tutanağa geçirmeksizin, sanığı azarlayabilmekte, ihsası rey olacak ve hatta hâkimin taraflılığını gösteren açıklamalarda bulunabilmektedir. Sanığa “yıkıcı çapraz sorgu” teknikleriyle, yönlendirici ve kapalı uçlu soru sorabilmekte, sorulan sorular zapta geçmemekte, sadece cevaplar zapta geçmektedir.

Konu ile ilgili Yargıtay kararı olmasa da, aynı zamanda tecrübeli hâkim olan iki yazarın düşünceleri uygulamaya az da olsa ışık tutmaktadır. Mustafa Artunç ve Mehmet Tevfik Elmas, “Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve İstinaf” adlı kitaplarında sanığın yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmak istediğini bildirmesi halinde, CMK’nun 147’nci maddesi uyarınca sanığın sorgusunun yapılacağı, sanığın sorguda ayrıntılı olarak dinlenmesi gerektiği, sanığın “önceki beyanlarımı doğrudur, aynen tekrar ederim” şeklindeki sözlerinin tutanağa geçirilmesiyle yetinilmemesi gerektiği, mahkeme başkanı ve hâkimin hem sorgu sırasında hem de sorgu sonrası dosya ile ilgili her türlü soruyu sanığa sorabileceği yönünde görüş bildirmişlerdir. Yazarlar sorunun soru-cevap şeklinde yapılacağına ilişkin açık bir ifade kullanmamakla birlikte hâkimin sorgu sırasında sanığa “her türlü sorunun” sorulabileceği kanısındadırlar.^[15] “Her türlü soru” ifadesi, yönlendirici, yanıltıcı ve kapalı uçlu soruları kapsadığında şüphe yoktur. Yazarların her ikisinin de deneyimli hâkimler olduğu dikkate alındığında, hâkim olarak yaptıkları yargılamalarda sorgu sırasında dosya ile ilgili her türlü soruyu sordukları sonucuna varabiliriz.

Uygulamada rastladığımız başlıca sorgu türlerini kısaca inceleyelim. Bu

[15] Mustafa ARTUÇ ve Mehmet Tevfik ELMAS, Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve İstinaf, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 143.

sorgu türleri karma olarak da uygulanabilmektedir.

1. Soru Cevap Tarzında Sorgu

Uygulamada en sık rastlanan sorgu tarzıdır. Mahkeme başkanı veya hâkim, iddianameyi açıklamadan sanığa “üzerine atılı suçlamayı biliyor musun?” diye sorduktan sonra “suçlamalar konusunda ne diyorsun?” diyerek sorguya başlar. Sanık cevap verirken veya sanığın cevabından sonra araya girerek çeşitli sorular sormaya devam ederek sanığı sorgular. Bu usulü uygulayan mahkeme başkanı veya hâkimler, genellikle, eğer SEGBİS ile duruşma kayda alınmıyorsa sordukları soruları tutanağa geçmeden sadece sanığın verdiği cevapları tutanağa geçerler.

CMK’unda mahkeme başkanının veya hâkimin ne tür sorular sorabileceği ve ne tür sorular soramayacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanımızca, Mahkeme başkanı veya hâkimin sorguda sanığa, yönlendirici ve aldatıcı sorular soramaması gerekir. Bu konuyu Uygulamada mahkeme başkanı veya hâkim her türlü soruyu sorabilmektedir.

2. Sanığın Hazırlıktaki İfadesi Üzerinden Sorgu

Bu usulü uygulayan mahkeme başkanı veya hâkimler, sanığın dosyadaki hazırlık ifadesini açarak sanığa “hazırlıktaki ifaden doğru mu?” sorusunu yöneltmekte, sanık “doğru” derse ifadeyi okuyarak zaman zaman da sanıktan teyit alarak tutanağa yazdırmaktadır. Oysa CMK’nun 213’ncü maddesine göre aralarında çelişki bulunması halinde; sanığın, hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcısı tarafından alınan veya müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesine ilişkin tutanaklar duruşmada okunabilir. Bu yöntemle sorgu yapmak kanuna açıkça aykırıdır.

3. Sanığın Sözlü Savunma Yapması Şeklinde Sorgu

Bu usulü uygulayan mahkeme başkanı veya hâkimler, “suçlamalar ko-

nusunda ne diyorsun?” sorusundan sonra genellikle başka soru sormazlar ve sanığın açıklamalarını tutanağa yazdırırlar.

4. Sanığın Hazırladığı Yazılı Metni Okuması Şeklinde Sorgu

Bu tür sorguya genellikle siyasi davalarda ve kamuoyunun yakından ilgilendiği davalarda tanık olmaktadır. Sanık önceden hazırladığı savunma dilekçesini mahkemenin huzurunda aynen okumaktadır. Sanığın okuması sırasında veya sonrasında mahkeme başkanı veya hâkim sorular sorabilmektedir. Bu yöntemin uygulandığı davalarda sanığın savunmasının ses kaydı alınmakta ve daha sonra çözümlenmektedir.

5. Sorguda Farklı Üsluplar ve Yasak Sorgu Yöntemleri

Mahkeme başkanları ve hâkimler tarafından sorguda farklı yöntemler uygulandığı gibi üslup farklılıkları da dikkat çekmektedir. Hakimden içsel olarak ne yaşarsa yaşasın nötr bir tutum beklenir. Ancak hâkimin mizacına ve psikolojik durumuna göre sanığa tutum ve davranışları değişmektedir. Mahkeme başkanı ve hâkimlerin sorguda duygu durumları değişebilmekte, dava ile özdeşleşebilmekte, transferans ve kontrtransferans yaşayabilmektedirler. Zaman zaman CMK’nun 148’nci maddesine aykırı tutum ve davranış sergileyen sanığa kötü davranan hâkimlere rastlamak mümkündür.

Sonuç olarak CMK’nda “sanığın sorgusu” yetersiz, hileli ve tuzaklı şekilde düzenlenmiş, engizisyon sistemi bakiyesi bir kurumdur. Sanığın sorgusu, tahkik sisteminden kalma hâkimin objektif ve subjektif tarafsızlığını gölgeleyen bir kurumdur.

C. Hâkimin Re’sen delil toplaması

Mülga 1412 sayılı CUMK’nun 237’nci maddesinin üçüncü fıkrası “Mahkeme vuku bulan talep üzerine veya kendiliğinden şahit ve ehlihibre celbini ve başkaca sübut sebeplerinin ihzar ve iradını emredebilir” hükmünü içermekteydi. Bu maddeye istinaden hâkim, soruşturma esnasında

toplanmamış delilleri toplayabiliyordu. 5271 sayılı CMK'na bu hüküm alınmamıştır. Anılan 237'nci maddesinin 5271 sayılı CMK'nundaki karşılığı olan “delillerin ortaya konulması ve reddi” başlıklı 206'ncı maddesinde veya Kanun'un herhangi bir başka maddesinde mahkemenin “kendiliğinden” delil toplamasına dair bir yetkiden söz edilmemektedir. Öğretide CMUK'nun 214'ncü maddesinin ve 237'nci maddesinin üçüncü fıkrasının 5271 sayılı Kanun'a alınmamasının basit bir değişiklik değil, önemli bir zihniyet değişikliğinin ifadesi olduğu ileri sürülmüştür.^[16] Başkan ve hâkimin görevini düzenleyen CMK'nun 192. Maddesinde de, delillerin toplanmasından değil, ikame edilmesinden söz edilmesi de bu görüşü destekler niteliktedir. .

Bununla birlikte ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacının bir gereği olarak mahkemenin de re'sen delil toplama yetkisine sahip olduğu ve özellikle kovuşturma evresinde ortaya çıkan bir delilin toplanmasına talep olmaksızın karar verebileceği ileri sürülmektedir.^[17] Anayasa Mahkemesi de mahkemenin pasif konumda olmadığı, aksine yeterli kanaate ulaşıncaya kadar maddi gerçeği araştırmaya devam etmek zorunda olduğunu ve bu bağlamda gerekli tüm araştırmaları re'sen yapmakla yükümlü

[16] Bahri ÖZTÜRK, Durmuş TEZCAN, Mustafa R. Erdem ve arkadaşları, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yay., 2019, s. 334.

[17] Fahri Gökçen TANER, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 363, Yener ÜNVER, Hakan HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 3, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 1495; Doğan GEDİK, “Ceza Muhakemesinde Hakim Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, D.E.Ü. *Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 940-941; Nur CENTEL, Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Beta Basım Yayınevi., İstanbul, 2019, s. 741; (913-963; Cumhuriyet ŞAHİN, Neslihan GÖKTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi., 2019, s. 106-107; Bilal OSMANOĞLU, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı VE Mahkemelerin Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi, *TBB Dergisi*, 2020 (151), s. 110.

olduğunu ileri sürmektedir.^[18] Yargıtay da ceza mahkemesinin, kovuşturma evresinde hâkim tarafından delil toplamasının önünde yasal bir engel olmadığı görüşündedir.^[19] Hâkimin re'sen delil toplaması, engizitör hâkim anlayışının bir ürünüdür.

D. Hâkimin Delilleri Ortaya Koyması

CMK'nun 192nci maddesinin birinci fıkrasına göre “mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmayı yönetir ve sanığı sorguya çeker; delillerin ikame edilmesini sağlar.” Delilin ikame edilmesi yani ortaya konulması, okunacak belgelerin okunması veya anlatılması, tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi bizzat hâkim tarafından yapılan işlemlerdir. Çelişmeli bir yargılamada deliller “tarafarca”, önce iddia delilleri sonra da savunma delilleri ortaya konulur. Tahkik sistemi ve Karma sistemde ise, insan doğasına aykırı bir şekilde, taraf kavramı yoktur. Mevcut sistemde, hangi delilin ne zaman, hangi sırayla ortaya konulacağı, bir delilin ortaya konulup konulmayacağı konusunda iddia makamının veya savunma makamının bir inisiyatifi bulunmamaktadır. Tahkikat tamamen hâkimin inisiyatifinde yürütülmektedir. Bu engizisyon sisteminin temel bir özelliği olup, hâkimin tarafsızlığını zedeleyen bir durumdur.

E. Sanık Odaklı -Müdafi Engelli Düzenlemeler

Hukukumuzda sanık, bireysel savunma makamı olarak toplumsal savunma makamı olan müdafie nazaran daha merkezi bir konuma sahiptir. Hukuki bilgi ve deneyimi olmayan sanığın bireysel savunma makamı olarak *sözde taltif edilmesi, çoğu yazar tarafından bunun savunmaya verilen önemle açıklanması* bir aldatmaca, tahkik sisteminin ince bir hi-

[18] AYM, E. 2015/9, K. 2015/94 ve T. 22.10.2015 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>).

[19] 9. CD, E. 2013/15382, K. 2014/2802 ve T. 17.03.2014 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/ictihat/yuksek-mahkeme/yargitay%20karari/MFRzWUdMZXViVG9KalJqUnpwbmNMUT09>).

lesidir. CMK'nun 215'nci maddesinde göre suç ortağının, tanığın veya bilirkişinin dinlenmesinden ve herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığı katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafine sorulur. Aynı kanunun 216. Maddesine göre ise ortaya konulan delillerle ilgili tartışmada söz, sırasıyla katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, *sanığa* ve müdafine veya kanuni temsilcisine verilir. Hükümden önce son söz, hazır bulunan sanığa verilir. Görüldüğü gibi Ceza Muhakemesi sistemimizde savunma olarak bireysel savunmaya yani sanığın kendi kendisini savunmasına sözde özel önem verilmiş, sanığın duruşmanın her aşamasında *müdafisinden önce* söz alarak aktif olması istenmiştir. Duruşma salonundaki konumlandırma nedeniyle müdafî yardımından yararlanamayan hukuki bilgi ve tecrübeden de yoksun sanığa müdafîinden önce söz verilerek âdeta tuzak kurulmaktadır. Sanığın her ne kadar muhakemenin bir süjesi olduğu ileri sürülse de, sanığın duruşmada engizisyon sisteminde olduğu gibi halen büyük ölçüde obje konumundadır.

F. **Tanığın ve Bilirkişinin Dinlenmesindeki** Düzenlemeler

CMK'nun 59'uncu maddesine göre “tanık, dinlenmeden önce hakkında tanıklık yapacağı olayla ilgili olarak mahkeme başkanı veya hâkim tarafından, kendisine bilgi verilir; hazır olan sanık, tanığa gösterilir. Sanık hazır değilse kimliği açıklanır. Tanıktan, tanıklık edeceği konulara ilişkin bildiklerini söylemesi istenir ve tanıklık ederken sözü kesilmez. Tanıklık edilen konuları aydınlatmak, tamamlamak ve bilgilerinin dayandığı durumları gereğince değerlendirebilmek için tanığa ayrıca soru yöneltilebilir.” Aynı Kanunun 201'nci maddesine göre ise Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; tanıklara, bilirkişilere duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Aynı Kanunun 68'nci maddesinin birinci fıkrasına göre Mahkeme, her zaman bilirkişinin duruşmada dinlenmesine karar verebileceği gibi, ilgililerden birinin

istememesi halinde de açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya çağırabilir.

Kanundaki tanık dinlenmesine ilişkin düzenlemeler, yetersizdir. Yalancı tanıklık ve hatalı tanıklığa kapı aralayan suiistimal açık düzenlemelerdir. Düzenlemelerin uygulanma biçimi ise düzenlemeden daha da kötüdür. Uygulama hâkimden hâkime mahkemeye değişmektedir. Tanık ve bilirkişilerin hâkim tarafından sorgulanması da engizisyon sisteminin bir kalıntısıdır. Tanık ve bilirkişinin dinlenmesi ve sınanmasında en sağlıklı yöntem itham sistemindeki orijinal haliyle çapraz sorgu metodudur.

Öte yandan, CMK'nun 68'nci maddesinde bilirkişilerin duruşmaya çağırılacağı hükme bağlanmış olmasına rağmen mahkemeler bu yöndeki talepleri genellikle reddetmekte, bilirkişilerin yazılı mütalaasını almakla yetinmektedir. CMK'nun 201'nci maddesinde düzenlenen doğrudan soru yöneltme hakkı mutlak bir haktır. Her iki madde de bilirkişilerin “duruşmaya çağrılmaları halinde” bilirkişilere soru yöneltebileceği hükme bağlanmamış, bilakis bilirkişilere doğrudan soru yöneltme hakkı her hangi bir koşula bağlanmaksızın mutlak olarak tanınmıştır. Kanun koyucu aksini düşünmüş olsaydı bilirkişileri özel olarak saymazdı.. Bu nedenlerle doğrudan soru yöneltme hakkı olanlar, bilirkişiye doğrudan soru yöneltme hakkını kullanmak istediklerini belirterek bilirkişinin duruşmaya çağrılmasını talep ettiklerinde, kanaatimizce hâkim bu talebi kabul etmek zorundadır. Kanunun hâkime bilirkişilerin duruşmaya çağrılması konusunda takdir hakkı tanıyan diğer hükümleri, doğrudan soru yöneltme hakkını ortadan kaldıracak şekilde kullanılamamalıdır.

Bilirkişilerin duruşmada dinlenmemelerinin uygulamadaki sonuçlarına da kısaca değinmek gerekir:

1. Yargı Yetkisinin Fiilen Bilirkişiye Devri Sorunu

Gerek ceza gerek hukuk davalarında bilirkişiye görevlendirilmesi yapıldıktan sonra dosya bilirkişiye veya bilirkişi heyetine teslim edilmekte ve yazılı rapor alınmaktadır. Rapor teslim edildikten sonra yine taraflarca itiraz görürse aynı bilirkişilerden itirazlara karşı ek rapor alınmaktadır. Ek raporlar, genel olarak “kök rapordaki görüşümüzde değişiklik yoktur,” şeklinde olmaktadır. Beyan yazılı olduğu için, itirazlar cevapsız kalabilmektedir. Bu raporlar duruşmada tartışılmamaktadır. Hâkim tarafından raporun okunup okunmadığını tespit etmek mümkün değildir. Çoğu kez bu rapor, aynen karara dönüşmektedir. Bu uygulama nedeniyle bilirkişilik, “**taşeron hâkimliğe**” dönüşmüş durumdadır. Taşeron hâkimlik nedeniyle dava, fiilen mahkeme dışına taşınmış olmaktadır. Bu sistemde dosyayı okumadan, bilirkişi raporunu olduğu gibi karara geçirerek hâkimlik yapmak pekâlâ mümkündür.

2. İmzacı Bilirkişi ve Bilirkişilik Görevinin 3. Kişiye Devri Sorunu

HMK m. 276 - (1)’e göre bilirkişi, mahkemece kendisine tevdi olunan görevi bizzat yerine getirmekle yükümlü olup, görevinin icrasını kısmen yahut tamamen başka bir kimseye bırakamaz. Bilirkişilik bizzat yerine getirilmesi gereken bir görevdir. Ancak mevcut sistemde bilirkişinin raporu bizzat hazırlayıp hazırlamadığını denetleme imkânı yoktur.

Uygulamada heyet halinde hazırlanan bilirkişi raporlarında raporun tek bilirkişi tarafından imzalanıp kaleme teslim edildikten sonra, sadece hazırlanmış raporu kalemde imzalamak dışına rapora katkısı olmayan uygulamadaki adıyla “imzacı bilirkişilik” kurumu oluşmuştur. 33 yıl gibi uzun sayılabilecek meslek yaşamımızda Fransızca bilmeyen bilirkişilerin Fransızca biliyormuş gibi Fransızca metinler üzerine rapor yazdığını, bilirkişilik bürosu kurup stajyerlere seri şekilde rapor yazdırıldığını, tarafların bürolarında raporun hazırlanıp bilirkişi tarafından imzalanıp mahkemeye verildiğini vs. gördük veya işittik. Yani uygulamada “hâkimlik alt taşeronluğu” da oluşmuş durumdadır.

3. Bilirkişinin Ehliyetinin Tartışma Dışı Kalması Sorunu

Uygulamada bilirkişinin bilirkişilik yaptığı konuda ehil olup olmadığı çoğu kez tartışma dışı kalmaktadır. Mahkemenin seçtiği bilirkişi tartışmasız uzman kabul edilmektedir.

II. ENGİZİTÖR HÂKİM VE SAVCI ZİHNİYETİ VE İTHAM SİSTEMİNE KARŞI DİRENÇ

Avrupa Birliği müktesebatına uyum zorlamasıyla, aslında yapılan değişikliği uygulama iradesi ve hazırlığı olmaksızın, mevzuat düzeyinde bazı sözde iyileştirmeler yapılsa da bu iyileştirmeler tahkik ideolojisiyle yetiştirilmiş hâkim savcılar eliyle emekli Yargıtay başkanı ve ceza hukuku profesörü Sami Selçuk'ın isabetle belirttiği gibi *yargılama dolanları ve saptırmalarıyla (détournement de procedure)* kısa sürede etkisiz hale getirilir^[20].

Bunun en tipik örneği 5271 sayılı kanunun 201'nci maddesiyle getirilen doğrudan soru yöneltme müessesidir. Kanunun yürürlüğe girmesinin üzerinden neredeyse yirmi yıl geçmesine rağmen bu düzenlemeye karşı direnç hâlâ devam etmektedir. Çapraz sorgunun düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunun 201'inci maddesinde “yöneltile soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir” denilmektedir. İtiraz vaki olmadığı takdirde mahkeme başkanı veya hâkimin soruyu denetleyeceğine dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun koyucu, aynen benimsemese de maddeyi esinlendiği Anglosakson hukukundaki çapraz sorguya benzer bir soru yöneltme düzeni öngörülmüştür. Ancak, öğretide ceza muhakemesi sistemimizin itham sistemi olmayıp karma sistem olduğu, hâkimin re'sen araştırma yetkisi olduğu gerekçesiyle mahkeme başkanı veya hâkimin soruları itiraz olmasa da

[20] Sami SELÇUK, Suç Yargılama Süreci Hukuku: Dogmatığı ve/ya Grameri, İmge Kitabevi 2022, s.615-684

denetleme yetkisi olduğu ileri sürülmüştür.^[21] Bu görüş engizisyon ideolojisinin bir ürünüdür.

Keza yine avukatın dosya incelemesinden, şüpheli ve sanığın müdafiden yararlanma ile ilgili haklarını kullanmasına kadar pek çok kanun hükmünü bu engizitör zihniyete uygulatmaya çalışmak deveye hendek atlatmaktan zordur.

III. SONUÇ VE ÖNERİLER

Sonuç olarak ceza muhakemesi sistemimiz, tahkik (engizisyon) sisteminin çok fazla özelliklerini içinde barındıran bir sistemdir. Olağanüstü dönemlerde ve siyasi davalarda ise türlü işkenceler dâhil olmak üzere saf engizisyon sistemine, yani özüne regrese olup, neredeyse pür engizisyon sistemine dönüşmektedir. Uygulamada sıkça dile getirilen “kolluk fezlekesinin iddianameye iddianamenin hükme dönüşmesi” eleştirisinin temelinde karma sistem ve bu sistemin mahsulü olan engizitör hâkim savcı habitusu yatmaktadır. Bu sistem içinde hâkimin objektif ve sübjektif tarafsızlığını sağlamak mümkün değildir.

Bu konuda ciddi bir hukuk reformu yapılmak isteniyorsa, her şeyden önce kuvvetler ayrılığına dayalı her bakımdan hâkimlik **bağımsızlığını ve teminatını** sağlayan bir anayasanın varlığı şarttır.

Hâkimlik ve savcılık mesleğini, işe alım, sosyal ortam, çalışma yeri bakımından birbirinden ayırmak ve adliye yönetiminin başsavcıdan alınması gereklidir. 1961 Anayasasında olduğu gibi Hâkimler Kurulu ve Savcılar Kurulu ayrı olmalıdır. Keza hâkimler kanunu ve savcılar Kanunu iki ayrı kanun şeklinde düzenlenmelidir.

[21] DÖNMEZ, s. 354

Savcılık binaları adliyelerden ayrı mekânlarda olmalıdır. Adliyelerin ita amirliği ve adliye yönetimi başsavcılardan alınmalıdır. Yürütmenin savcılar eliyle yargıya müdahalesinin önüne geçilmeli, hâkimlik ve savcılık meslekleri her yönden birbirinden ayrılmalıdır.

Engizisyon yargılamalarına kapı aralayan Ceza Muhakemesi hukukunda karma sistemden tamamen vazgeçilmeli itham sistemine dayalı muhakemede diyalektiği sağlayacak iddia ve savunmanın aktif hakimlerin daha pasif olduğu yeni bir ceza muhakemesi kanunu yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

ALTINTAŞ Ali, Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Bağlamında Karşılaştırmalı Hukukta Türkiye’de Adliye Yönetimi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

ALTINTAŞ Ali, Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Bağlamında Türkiye’de Adliye Yönetimi, MEMLEKET Siyaset Yönetim Dergisi, C.7 S.17 2012/17 s. 34-104

ARTUÇ Mustafa ve ELMAS Mehmet Tevfik, Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve İstinaf, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017

AYVAZ Ahmet, Bir Savcının Anıları Adaletin Gözyaşları, Librum Yayınları, İstanbul, 2017.

CENTEL Nur, ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

DEMİRKENT Dinçer, Adaleti Sağlamak Değil, Hakikati İnşa Etmek: Engizisyon Yargılama Usulü, Ankara Barosu Dergisi, 2017/2, s. 204-2017.

DÖNMEZ Burcu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

EREM Faruk, “Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları,” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Ocak 1988, Sayfa: 91-99

ESGİN Mehmet, Hırsitiyanlıkta Engizisyon Mahkemeleri, Doktora tezi, YÖK Tez Merkezi, Konya 1998.

ESMEIN Adhémar, Ceza Muhakemesi Sistemleri, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 31, Ağustos 2016, s. 205-213.

GEDİK Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlen-

dirme Serbestliği (CMK m.217)”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 940-941.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, : “Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı,” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl 1955 Cilt: 10 Sayı: 02 (02, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3199/44516>

KISACIK Raşit, Dünyada ve Türkiye’de İşkencenin Tarihi, Ozan Yayıncılık, İstanbul, 2017.

KOÇAOĞLU Serhat Sinan, “Susma Hakkı,” Ankara Barosu Dergisi 2011 / 1, s. , s. 38.

SELÇUK Sami, Suç Yargılama Süreci Hukuku: Dogmatikliği ve/ya Grameri, İmge Kitabevi 2022.

SCHWERHOFF Gerd (Çev. Ömer İPEK) , Engizisyon Modern Çağda Heretizm Sorunu, Runik Kitap, İstanbul 2023.

ŞAHBAZ İbrahim, “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı: 25, 2008, s. 229-289.

ŞAHİNKAYA Yalçın, Suçsuzluk Karinesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008

ÖZBALCI Yalım Yarkın, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İçerik ve Denetim Bağlamında Duruşma Tutanaqları”, Suç ve Ceza Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2019, Sayı: 2, s. 141.

OSMANOĞLU, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı VE Mahkemelerin Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi, TBB Dergisi, 2020 (151), s. 105-138.

ÖZTÜRK Bahri, TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa R. ve arkadaşları, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı,

Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

ŞAHİN Cumhur, GÖKTÜRK Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku
-II-, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.

TANER, Fahri Gökçen Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılan-
ma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayınevi, An-
kara, 2019.

TOPUZ Gökçen, KONAN Belkıs, “Geçmişten Günümüze Türk Hu-
kukunda Hâkimin Tarafsızlığı” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Der-
gisi, 2017, sayı: 4, s. 763-794.

ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 3,
15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

YENİSEY Feridun ve NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku,
3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

Tutuklama Tedbirine İlişkin Kararlarda Gerekçelendirme Sorunu

Yağmur Müge ERDOĞAN*

GİRİŞ

Gerekçe, yargı organlarının ulaştığı sonucun mantıksal dayanağını^[1] ve temelini oluşturur.^[2] Şeffaflık ile hesap verilebilirliği sağlayan gerekçe yargı fonksiyonunun keyfi kullanımını engeller ve hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleşmesinde rol oynar.^[3] Kişilerin kendileri hakkında verilen bir yargı kararının hukuki ve maddi sebeplerini bilmeleri, kararı anlayabilmeleri ve ilgili kanun yoluna başvurabilmeleri, kararın ancak konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçeyi içermesiyle mümkündür.^[4] Bu nedenle mahkemelerin ve hâkimlerin kararlarını -savcılarının da karar ve taleplerini- hangi temele

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

- [1] Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı (Ankara: Seçkin, 2023), 811; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı (İstanbul: Beta, 2019), 831.
- [2] Zafer İçer, *Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması* (Ankara: Seçkin, 2023), 46.
- [3] İçer, *Gerekçeli Karar Hakkı*, 73; Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı (Ankara: Seçkin, 2023), 649; Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı (Ankara: Seçkin, 2023), 559.
- [4] İçer, *Gerekçeli Karar Hakkı*, 21, 50; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 179; Harris, O'Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan, 2. Baskı (İstanbul: On İki Levha, 2022), 405.

dayandırdıklarını yeterince açık ve belirgin bir şekilde belirtme yükümlülüğü bulunmaktadır.^[5] Bu yükümlülük Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrasında ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 34. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

Söz konusu hükümlerden, bir koruma tedbiri olan tutuklamaya ilişkin kararların da yeterli bir gerekçeyi içermesi gerektiği anlaşılmaktadır. Nitekim bu husus CMK'nin çeşitli maddelerinde de ayrıca ve defalarca vurgulanmıştır.^[6] Kanunda gerekçeye sürekli olarak bir vurgu olduğu görülmekte olup mevzuatımızda bu konuda bir eksiklik bulunmamaktadır. Hatta “kuvvetli belirti” arayan Anayasa ile “kuvvetli şüphe”yi öngören CMK hükümlerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS/Sözleşme) “makul şüphe”yi yeterli gören 5. maddesine nazaran daha ileri bir koruma sağladığı da söylenebilir.^[7] CMK'de tutuklama tedbirine ilişkin her türlü kararın ve hatta tutuklama isteminin gerekçeli olması gerektiğine ilişkin çok sayıda amir hüküm bulunmasına, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından sık sık ihlal kararı verilmesine ve yargı reformlarıyla bu konuda çeşitli düzenlemeler yapılmasına rağmen,

[5] Harris, O'Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 405.

[6] Örneğin 101. maddenin 1. fıkrasında Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminde gerekçe göstermesi gerektiği, aynı maddenin 2. fıkrasında tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesinin, tutuklama nedenlerinin varlığının, tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunun ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı somut olgularla gerekçelendirilmesi gerektiği ifade edilmiş ve nihayet 102. maddenin 1., 2. ve 4. fıkralarında tutukluluk süresinin uzatılmasına ilişkin kararlarda gerekçe gösterileceği emredici bir şekilde düzenlenmiştir.

[7] Faruk Turhan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi ve Türk Hukuku”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 3-4 (Aralık, 2001): 96.

gerekçelendirme sorununun uygulamada halen devam ettiği görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki gerekçeli karar hakkı, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerden hakkaniyete uygun yargılanma hakkı (f. 1) bağlamında ele alınsa da,^[8] esas olarak Sözleşme ile korunan diğer hak ve özgürlükler ile de ilişkilidir. Tutuklama tedbirine ilişkin kararlarda ilgili ve yeterli gerekçe bulunmaması halinde AİHM, konuyu 6. madde değil doğrudan 5. madde kapsamında ele alıp bu hak bakımından ihlal kararı vermektedir.^[9] AİHS'nin 5. maddesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını korumakta olup devlet tarafından gerçekleştirilen her türlü tutma ve dolayısıyla tutuklama tedbiri bu maddenin denetimine girmektedir. Maddenin genel amacı, kişilerin özgürlüklerinden keyfi bir biçimde mahrum bırakılmasının önüne geçilmesidir.^[10] Söz konusu maddenin 3. fıkrası, bir tutukluluğun her aşamada gerekçelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.^[11]

[8] Harris, O'Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 405.

[9] Ahmet Müşerref Yakışık, "AİHM Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Gerekçeli Karar Hakkı", içinde *Türkiye Adalet Akademisi Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması Bildiriler Kitabı 2. Cilt*, ed. Hasan Kadir Yılmaztekin vd. (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2022), 340.

[10] Harris, O'Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 274.

[11] Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasına göre, "İşbu maddenin 1 (c) fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir." Fıkranın atfı yaptığı 1. fıkranın (c) bendine göre ise, "1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz: ... (c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması

I. TUTUKLAMA KARARLARINDA GEREKÇENİN ÇEŞİTLİ İŞLEVLERİ

A) KEYFİLİK DENETİMİNİ MÜMKÜN KILMASI

Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrası uyarınca^[12] tutuklama tedbirine ancak tutuklamayı zorunlu kılan hallerde başvurulabilir.^[13] Dolayısıyla gerekçe, işleminin keyfi yapılmadığını, bir zorunluluktan kaynaklandığını göstermeye yarar.^[14] Tutuklama kararlarının gerekçeli olması aynı zamanda yargı organlarının sübjektif olarak tarafsız olduklarını da gösterir. Gerekçe gösterilmeksizin salt belirsiz kavramlara dayanılarak verilen kararlar sübjektif tarafsızlığı ihlal ederek keyfilik riskini ortaya çıkarır.^[15]

AİHM Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamında tutukluluğun

ve tutulması; ..." Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. Madde Rehberi: Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, (Strazburg: Avrupa Konseyi, 2021), 7.

- [12] "Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir."
- [13] "Tutuklama, kişi özgürlüğü açısından ciddi sakıncalar yaratan ayrık bir önlem olarak uygulanacak bir kurumdur. Tutuklama veya tutukluluğun sürmesi kararı ancak zorunluluk olan durumlarda verilmelidir." AYM, E. 1991/8, K. 1992/20, Kt. 31.03.1992. Bkz. Ulaş Karan, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", içinde *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, ed. Sibel İnceoğlu (Ankara: Şen, 2013), 194.
- [14] Aynı yönde bkz. Erdal Yerdelen, "Koruma Tedbirleri Bağlamında Gerekçeli Karar Hakkı", içinde *Türkiye Adalet Akademisi Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması Bildiriler Kitabı 2. Cilt*, ed. Hasan Kadir Yılmaztekin vd. (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2022), 70.
- [15] Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (Ankara: Seçkin, 2013), 61.

hukukiliğini değerlendirirken, tutuklamaya ilişkin kararlarda gerekçenin hiç olmamasını ya da eksik olmasını göz önünde bulundurmaktadır.^[16] Dolayısıyla tutuklamanın keyfiliğinin denetiminde asıl önemli olan, tutuklamanın kanuni dayanağının bulunup bulunmadığından ziyade, tutuklamaya esas teşkil eden kararın gerekçesidir.^[17] Tutuklama kararı tedbirin amacına uymuyorsa veya tutuklama gerekçesiyle tutuklamanın koşulları arasında bir bağlantı yoksa ya da tutuklamaya gerekçe teşkil eden olaylar tutuklama tedbiri ile ölçülü değilse, tutuklama keyfi olarak kabul edilmektedir.^[18]

B) ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DENETİMİNİ MÜMKÜN KILMASI

Koruma tedbirlerine özgü -geçici olma, araç olma, haklı görünüş, ölçülülük (orantılılık) vb.- tüm özellikler tutuklama bakımından da aranır. Tutuklama tedbirine başvurmakla elde edilecek kamu yararı ile temel hak ve özgürlüğün kısıtlanması dolayısıyla ortaya çıkacak zarar arasında bir ölçü varsa; araç ve amaç arasında bir denge bulunuyorsa ve tutuklama somut olayda bir zorunluluk ise, ölçülülükten söz edilebilecektir.^[19] Nitekim bu

[16] AİHM, *S., V. ve A./Danimarka* [BD], B. No: 35553/12, 36678/12 ve 36711/12, 22.10.2018, § 92. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *AİHS 5. Madde Rehberi*, 15.

[17] AİHM, *Alparslan Altan/Türkiye*, B. No: 12778/17, 16.04.2019, § 110. Bkz. Recep Doğan, “AİHM Kararları Işığında Tutuklama Tedbirinin Hukuka Uygunluğunun Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2021, no. 155 (2021), 37.

[18] AİHM, *James, Wells ve Lee/Birleşik Krallık*, B. No: 25119/09, 57715/09 ve 57877/09, 18.09.2012, § 91-95. Bkz. Doğan, “AİHM Kararları”, 14.

[19] Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 318; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 368; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 335; Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 475; Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 25.

husus CMK'nin 100. maddesinin 1. fıkrasında da açıkça belirtilmiştir.^[20]

Ölçülülük ilkesi gereği, suç işlediği yönünde kuvvetli şüphe bulunsa bile, kişinin hâkim huzuruna çıkarılması, tutuklamaya göre daha hafif bir tedbirle (adli kontrole) sağlanabilirse, öncelikle o tedbire başvurulması gerekir.^[21] Tutuklama oldukça ağır ve son çare olarak uygulanması gereken bir tedbir olduğu için, alternatif tedbirlerin amaca ulaşmada neden yetersiz kalacağı hem tutukluluk talebinin gerekçesinde^[22] hem de tutukluluğun her aşamasında verilen kararların gerekçelerinde “somut bulgulara dayalı olarak ve ikna edici bir şekilde”^[23] açıklanmalıdır. Bu husus da CMK'nin 101. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında açıkça belirtilmektedir.^[24] Alternatif tedbirlerin yeterliliği hususunun değerlendirilmemesi ise AİHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlaline yol açmaktadır^[25].

[20] “İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.”

[21] Mehmet Öncü, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Tutuklama (II): Gerekçeli Karar Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 131-132 (Temmuz-Ağustos, 2015): 118-119; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 392. AİHM, *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 13229/03, 29.01.2008, § 70. Bkz. Harris, O'Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 290. Tutuklama tedbirinin son çare olarak uygulanması aynı zamanda gereklilik unsuru ile de ilgilidir. Bkz. Yerdelen, “Koruma Tedbirleri”, 79.

[22] Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 60.

[23] Öncü, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, 119-120.

[24] CMK m. 101/1: “...Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilir.” CMK m. 101/2: “d) (Ek:8/7/2021-7331/14 md.) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda; ... Adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını, gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir.”

[25] AİHM, *Khodorkovskiy/Rusya*, B. No: 5829/04, 31.05.2011, § 202. Bkz. Harris, O'Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 329, dñn. 547.

II. TUTUKLAMA TEDBİRİNE İLİŞKİN KARARLARDA GEREKÇE

A) GENEL OLARAK

Tutuklama tedbirine ilişkin kararlarda, bireyin özgürlüğünü sınırlamak için kamu yararı adına gerçek bir gereklilik olup olmadığına dair somut olaya ilişkin lehe ve aleyhe tüm koşullar incelenmeli ve bu inceleme gerekçelendirilerek açıklanmalıdır.^[26] Kararda kuvvetli suç şüphesi ile tutuklanma nedeninin dayandığı olgular ve somut olayda tutuklamanın ölçülülük ilkesine uygun olduğu, kısacası tutuklamanın şartlarının somut olayda gerçekleştiği izah edilmelidir.^[27]

AİHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrası tutuklamanın genel kural olmamasını amaçlar. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi kapsamındaki bir tutukluluğun -süresi fark etmeksizin- davanın özel koşulları gözetildiğine gerçekten gerekli olması ve mahkemenin kişinin tutuklanması veya tutukluluğunun devam etmesi için *konuyla ilgili ve yeterli* gerekçeleri ikna edici bir şekilde göstermiş olması gerekmektedir.^[28] Gerekçede kuvvetli şüphenin varlığının yanı sıra tutukluluğu haklı kılacak kamu yararının

[26] AİHM, *Letellier/Fransa*, B. No: 12369/86, Seri A No. 207, 26.06.1991, § 35. Bkz. Harris, O'Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 326-327. AİHM, *Labita/İtalya* [BD], B. No: 26772/95, 06.04.2000, § 152. Bkz. Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt* (Ankara: Şen, 2012), 389-390.

[27] Yener Ünver, "Türk Ceza Hukukunda Gerekçeli Karar Hakkı", içinde *Türkiye Adalet Akademisi Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması Bildiriler Kitabı 2. Cilt*, ed. Hasan Kadir Yılmaztekin vd. (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2022), 24.

[28] AİHM, *Wemhoff/Almanya*, B. No: 2122/64, Seri A No. 7, 27.06.1968, § 12; AİHM, *Idalov/Rusya* [BD], B. No: 5826/03, 22.05.2012, § 140; AİHM, *Buzadji/Moldova* [BD], B. No: 23755/07, 05.07.2016, § 102. Bkz. Harris, O'Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 327.

olayda mevcut olduğu da gösterilmelidir.^[29] Kamu yararının dayandığı tutuklama nedenleri ulusal mevzuatlarda yer almakta olup Türk hukukunda ise CMK'nin 100. maddesinde düzenlenmiştir.^[30]

Gerekçenin genel, soyut, basmakalıp ya da çok kısa ve ayrıntısız olması, yetersiz olduğunu gösterir.^[31] Somut olayı diğer olaylardan ayırmaya yarayacak özelliklere değinilmeden, “kuvvetli suç şüphesinin varlığı”, “adli kontrol tedbirlerinin yetersiz kalacağı”, “somut delillerin bulunması”, “başka türlü delil elde etme olanağının bulunmaması”, “tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu” şeklinde kanunda yer alan soyut ifadelerin ya da uygulamadaki kalıp ifadelerin tekrarı^[32] yeterli gerekçe olmayıp^[33] formül (şablon/matbu) gerekçe teşkil etmektedir.^[34]

[29] Kamu yararını haklı kılan hukuki sebepler, bir kısmı aşağıda daha detaylı ele alınacağı üzere, AİHM tarafından kaçma tehlikesi, adaletin işleyişine müdahale tehlikesi, suç önleme amacı (suçta tekerrür riski) ve kamu düzeninin bozulması tehlikesi şeklinde dört kategoriye ayrılmaktadır.

[30] Doğru ve Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 401.

[31] AİHM, *Letellier/Fransa*, B. No: 12369/86, Seri A No. 207, 26.06.1991, § 51; AİHM, *Yağcı ve Sargın/Türkiye*, B. No: 16419/90 ve 16426/90, 08.06.1995, § 52, AİHM, *Smirnova/Rusya*, B. No: 46133/99 ve 48183/99, 24.07.2003, § 70. Bkz. Harris, O'Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 329.

[32] AİHM, *Szeloch/Polonya*, B. No: 33079/96, 22.02.2001, § 91. Hans-Heiner Kühne ve R. Eser, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tutuklama Konusundaki Yargısı -2000 ve 2001 Yıllarındaki Gelişim Üzerine Bir İnceleme-”, çev. Oğuz Şimşek, içinde *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, proje yön. Kayıhan İçel, yay. haz. Yener Ünver, (Ankara: Seçkin, 2004), 168.

[33] Bu şekildeki kararlar AİHM tarafından gerekçesiz veya gerekçesi yetersiz olarak nitelendirilmekte ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlali olarak görülmektedir. Bkz. Doğru ve Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 400-401.

[34] İçer, *Gerekçeli Karar Hakkı*, 245; Muhammet Polat İçten, “Tutuklama ve Türkiye'deki Tutuklama Kararlarının Gerekçesizliği Sorunu”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 3, no. 5 (Eylül, 2019): 70.

Kararın hukuki alt yapısını göstermeye yarayan kanuni dayanak tek başına bir gerekçe oluşturmamaktadır.^[35] Bunun yanı sıra tutuklama kararının gerekçesinde, kuvvetli suç şüphesini oluşturan deliller ile şüpheli veya sanık arasında irtibatlandırma yapılmalıdır.^[36] Kanunda öngörülen ölçütler somut olayın özellikleri bağlamında kararda somutlaştırılmalı ve bu şekilde gerekçe temellendirilmelidir.^[37]

Tutuklama için somut olgular arandığından, varsayım, genel yaşam tecrübeleri veya akıl yürütme yoluyla tutuklama kararı verilemez. Tutuklamaya esas olan şüphe, somut ve yaşanmış olaylara dayanmalıdır.^[38]

Gerekçenin akla ve mantığa uygun yani makul olması gerekir. Dolayısıyla gerekçede kullanılan argümanlar, şüpheli ya da sanığın davranışları ile boşa çıkarılmamış olmalıdır. Örneğin yurt dışında bulunmasına rağmen, hakkında soruşturma başlatıldığını öğrenerek yurda dönen ve ifade vermek üzere teslim olan bir kişiyi tutuklamak için kaçma şüphesine dayanılması halinde ilgili ve yeterli bir gerekçeden söz edilemez.^[39]

Tutuklama kararlarının gerekçesinde, tutuklama şartlarının her bir şüpheli veya sanık bakımından mevcut olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir.^[40] Bir diğer ifadeyle, her bir şüpheli veya sanık için ayrı ayrı suç isnadı ve kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin bireyselleştirile-

[35] İçer, *Gerekçeli Karar Hakkı*, 95.

[36] Yerdelen, “Koruma Tedbirleri”, 76; Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, *Tutuklama Raporu (5 Ocak 2011)*, 2. Baskı (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2011), 40.

[37] İçer, *Gerekçeli Karar Hakkı*, 94.

[38] Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 52.

[39] Örnek için bkz. Öncü, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, 109-110.

[40] Bu durumun aynı zamanda masumiyet karinesinin bir gereği olduğu yönündeki görüş için bkz. İçer, *Gerekçeli Karar Hakkı*, 119-120.

rek gösterilmesi gerekir. Uygulamada ise özellikle örgütlü suçlara ilişkin soruşturmalarda bireyselleştirmenin yapılmadığı, çok sayıda klasörden oluşan hacimli dosyaların yalnızca dosya kapsamı ve delil durumu gözetilerek kuvvetli suç şüphesi bulunduğu gerekçesiyle sulh ceza hâkimliğine sevk edildiği bilinmektedir. Ancak hâkimin böyle bir dosyaya kısa süre içerisinde vakıf olarak, tutuklamanın gerekliliğini ve tutuklama nedenlerini değerlendirerek yeterli bir gerekçe yazabilmesi mümkün değildir.^[41]

B) TUTUKLULUĞUN DEVAMINA İLİŞKİN KARARLAR- DA GEREKÇE

Kuvvetli suç şüphesinin sürmesi tutukluluğun devamı için zorunlu bir koşul olmakla birlikte belli bir süreden sonra tek başına yeterli değildir.^[42] Tutukluluğun devamına ilişkin bir önceki kararda gösterilen gerekçenin aynı- sı yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır.^[43] Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarında vurgulandığı üzere, tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda, bir önceki karardakine oranla daha fazla gerekliliğin bulunması gerektiğinden, sonraki kararda tutukluğun devamına ilişkin olguların bulunduğu yönünde ikna edici ve farklı gerekçeler gösterilmelidir.^[44] Nitekim tutuklama kararı ilk kez verildiği olayın koşullarında ölçülü olarak görülebilecek iken, aradan geçen sürede kaçma veya delilleri karartma şüphesi ortadan kalkmış olabileceğinden ölçüsüz kalabilecektir.^[45] Eğer tutukluluğun deva-

[41] Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, *Tutuklama Raporu*, 38.

[42] AİHM, *Mansur/Türkiye*, B. No: 16026/90, 08.06.1995, § 52. Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim tarihi: 03.05.2024).

[43] Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 60.

[44] Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 59-60. Örn. AYM, *Firas Aslan ve Hebat Aslan*, B. No: 2012/1158, 21.11.2013. Bkz. Yerdelen, “Koruma Tedbirleri”, 80-81; Örn. AİHM, *Yağcı ve Sargın/Türkiye*, B. No: 16419/90 ve 16426/90, 08.06.1995, § 50; Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 400.

[45] Yerdelen, “Koruma Tedbirleri”, 80.

mına ilişkin önceki kararda dayanak yapılan olgular devam ediyorsa, bu da ikna edici ve denetime açık bir şekilde kararda gösterilmelidir. Buna karşın tutukluluğun devamına ilişkin yeni kararda, hiçbir gerekçe gösterilmemesi veya önceki karardaki gerekçede yer verilen ifadelerin bire bir tekrar edilmesi ya da “suçların niteliği”, “delil durumu” gibi ifadelerle yer verilmesi AİHS’nin 5. maddesinin ihlaline yol açabilecektir.^[46]

Uygulamada, “işlenen suçun niteliği (örneğin katalog suçlar arasında yer alması)”, “dosyada esaslı bir değişikliğin olmadığı”, “şüpheli lehine yeni bir olgunun bulunmadığı”, “kuvvetli şüphenin devam ettiği”, “azami sürenin dolmamış olması” şeklindeki soyut ifadelerle önceki kararın otomatik devamı niteliğinde kararlar verilmektedir.^[47] Bu gerekçeler istisnanın kurala dönüştüğünün, aslında yargılamanın esas olarak tutuklu yapılması gerektiği yönündeki hatalı düşüncenin bir yansımasıdır. Bu durumda AİHS’nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlali gündeme gelmektedir. Üstelik lehte yeni bir olgu ortaya çıkmadığı sürece tutukluluk durumunun devam etmesi halinde AİHM içtihatlarının aksine ispat yükü şüpheli veya sanık aleyhine yer değiştirmiş olmaktadır.^[48]

Mahkeme, dinlenecek tanık sayısının çok olması, tanıkların bir kısmının yurt dışında bulunması, yazılı belge miktarının çok olması, tercüme edilecek belgelerin bulunması gibi davanın özel zorluğu veya karmaşıklığı gerekçesine dayanıyorsa, tutuklamanın devamına ilişkin kararında bu durumu izah etmelidir.^[49] Bu aynı zamanda, AİHS’nin 5. maddesinin 3. fıkrası

[46] AİHM, *Mansur/Türkiye*, B. No: 16026/90, 08.06.1995, § 53; Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 59-60.

[47] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 403.

[48] Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, *Tutuklama Raporu*, 43.

[49] Peter Scholz, “Alman Ceza Muhakemesinde Tutuklama Kararlarında Gerekçenin ‘Derinliği’”, çev. Zehra Başer Doğan, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 143-144 (Temmuz-Ağustos, 2016): 9.

gereğince tutuklulukta geçecek makul süre bakımından da bir ihlal olup olmadığına denetlenmesini sağlamaktadır.^[50]

Anayasa Mahkemesi, tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda, davanın genel durumunun yanı sıra tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun da dikkate alınması ve tutukluluk gerekçelerinin her bir sanık bakımından bireyselleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Aynı davadaki bazı sanıkların kaçak olması gibi gerekçelerle genelleme yapılarak diğer sanıkların da aynı davranışlarda bulunabileceğinin varsayılması bireyselleştirmeyi engellemektedir.^[51]

C) SALIVERİLME TALEPLERİNİN REDDİNE İLİŞKİN KARARLARDA GEREKÇE

AİHM tutuklama nedenlerinin devam etmesi halinde saliverilme taleplerinin reddedilebileceğini kabul etmektedir. Ancak bunun için, kişinin saliverilmesinin, tutuklama nedenleri kapsamında yer alan gerçek bir tehlikeyi içermesi ve diğer koruma tedbirlerinin uygulanmasının söz konusu tehlikeyi bertaraf etmede yeterli olmaması gerekmektedir.^[52] Bu gereklilik de elbette saliverilme talebinin reddine ilişkin kararların ilgili ve yeterli gerekçeleri içermesiyle ortaya konabilmektedir. Dolayısıyla kişiye isnat edilen suçun ağırlığı, “işlenen suçun niteliği” ve “dosyadaki delillerin durumu” gibi soyut, genel, basmakalıp ifadeler saliverilme talebinin reddinin gerek-

[50] Doğan, “AİHM Kararları”, 33. Örneğin W./İsviçre davasında AİHM, olayın olağanüstü karmaşıklığı ve özel zorlukları nedeniyle 4 yıl 4 gün süren tutukluluk süresini makul bulmuştur. AİHM, *W./İsviçre*, B. No: 14379/88, 26.01.1993, § 41-42. Bkz. Turhan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, 91.

[51] AYM, *Hanefti Avcı*, B. No: 2013/2814, 18.06.2014, § 84. Bkz. Öznur Sevdiren, “Tutuklama Nedenlerine İlişkin Kanuni Karine Sistemi (Katalog Suçlar) Sorunu: Alman Hukuku ve AİHM Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 206 (Ocak, 2022): 152.

[52] Harris, O’Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 329.

çesini oluşturmaya tek başına elverişli değildir.^[53] Esasında, tutukluluk süresi uzadıkça, özgürlüğün kısıtlanmasına devam edilebilmesi için o kadar fazla gerekçe ve delil gösterilmesi gerekir.^[54]

D) TUTUKLAMA NEDENLERİNİN GEREKÇELENİRİLMESİ

Tutuklama nedenleri, bir diğer ifadeyle kişi özgürlüğünden ayrılmayı gerektirecek nitelikte kamu yararını haklı kılan hukuki sebepler, AİHM'ye göre dört başlık altında incelenmektedir. Bunlar; kaçma tehlikesi, adaletin işleyişine müdahale (delillerin karartılması) tehlikesi, suçun önlenmesi amacı (suçta tekerrür tehlikesi) ve kamu düzeninin bozulması tehlikesidir.^[55] Burada CMK'nin 100. maddesinin 2. fıkrası ile uyumlu olarak kaçma tehlikesi ve adaletin işleyişine müdahale tehlikesi üzerinde durmakla yetinilecektir. Nitekim CMK'de iki tutuklama nedeni öngörülmüştür. İlki şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı iken (CMK m. 100/2-a); ikincisi, şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme ya da tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunması hususlarında kuvvetli şüphe oluşturmalarıdır (CMK m. 100/2-b).

1- Kaçma Tehlikesi (CMK m. 100/2-a)

Mansur/Türkiye ile Yağcı ve Sargın/Türkiye kararlarında da belirtildiği

[53] AİHM, *Merabishvili/Gürcistan* [BD], B. No: 72508/13, 28.11.2017, § 222. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *AİHS 5. Madde Rehberi*, 38; AİHM, *Solmaz/Türkiye*, B. No: 27561/02, 16.01.2007, § 41 ve AİHM, *Koştı ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 74321/01, 03.05.2007, § 30. Bkz. Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 548, 552.

[54] AİHM, *Vaccaro/İtalya*, B. No: 41852/98, 16.02.2001, § 37. Bkz. Kühne ve Eser, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", 168.

[55] Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 390; Karan, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", 192-193.

gibi suçun soyut niteliği (örneğin katalog suçlar arasında yer alması) ve kişinin alabileceği muhtemel cezanın ağırlığı tek başına kaçma tehlikesini açıklamada yetersizdir.^[56] Eğer alternatif tedbirler (örneğin adli kontrol) kişinin mahkemede hazır bulunmasını sağlayabilecek ise, bu durumda tutuklama kararının gerekçesinde kaçma tehlikesine dayanılmaz.^[57] Soyut kaçma şüphesi tutuklama kararı verilebilmesi için yeterli olmayıp kaçma şüphesinin neden devam ettiği kararda açıklanmalı ve bu şüphenin tutuklamayı gerektirecek yoğunlukta olduğu somut olaya ilişkin olgularla desteklenmelidir.^[58] Öte yandan AİHM tutukluluk süresi uzadıkça kaçma tehlikesinin azaldığı görüşündedir.^[59]

Kaçma şüphesi değerlendirilirken kişinin karakteri, ahlakı, ikamet ettiği yer, mesleği, malvarlığı, aile bağları, kovuşturulduğu ülke ile olan bağları değerlendirilmelidir. Örneğin kişinin o devlette kalıcı bir ikametgâhı, sabit aile bağları varsa, bunlar kaçma tehlikesini azaltan etkenler olarak göz önünde bulundurulabilir. Ancak belli bir ikametgâh adresinin olmaması ise tek başına kaçma tehlikesi ortaya çıkarmamaktadır.^[60] Buna karşın, daha önceki kaçma teşebbüsleri, yakalanma sürecinin zor olması, sahte kimlik kullanması, önemli miktarda nakit döviz bulundurması, yurt dışı irtibatlarının yoğun olması, yabancı dil öğrenmeye çalışması, sıkı ailevi veya mesleki ilişkilerinin bulunmaması, başka bir ülke ile oraya kaçmasını

[56] AİHM, *Mansur/Türkiye*, B. No: 16026/90, 08.06.1995, § 55; AİHM, *Yağcı ve Sargın/Türkiye*, B. No: 16419/90 ve 16426/90, 08.06.1995, § 51. Bkz. Turhan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, 86-87.

[57] AİHM, *Kreps/Polonya*, B. No: 34097/96, 26.07.2001, § 43. Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim tarihi: 03.05.2024).

[58] Yerdelen, “Koruma Tedbirleri”, 76-77.

[59] AİHM, *Neumeister/Avusturya*, B. No: 1936/63, Seri A No. 8, 27.06.1968, § 10; Doğru ve Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 495.

[60] AİHM, *Sulaoja/Estonya*, B. No: 55939/00, 15.02.2005, § 64. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *AİHS 5. Madde Rehberi*, 38.

sağlayabilecek nitelikteki bağlarının varlığı ya da kaçma planı yaptığına ilişkin belirtiler, terör örgütü üyeliği kaçma tehlikesini gösterebilecek hususlardır.^[61] Örneğin AİHM W./İsviçre davasında, kişinin başka ülkelerle yakın bağlantısının olması, kendi ülkesi dışında kullanılmaya hazır önemli miktarda parasının ve çok sayıda pasaportunun bulunması gibi hususları kaçma tehlikesi için yeterli bulmuştur. Benzer şekilde Punzelt/Çek Cumhuriyeti davasında AİHM, kişinin daha önce Almanya'daki cezai takibattan kaçmış olması ile yurt dışında çok sayıda iş bağlantılarının bulunması yönündeki gerekçeyi ilgili ve yeterli bulmuştur.^[62]

Gerekçelendirme bakımından önemli olan, kaçma şüphesinin somut, yaşanmış olgulara dayanması ve şüpheli veya sanık ile irtibatlandırılmasıdır. Varsayımlar ve tahminler kaçma şüphesine dayanak oluşturmaz ve dolaısıyla tutuklama tedbirine ilişkin kararlar bakımından yeterli bir gerekçe teşkil etmez.^[63]

2- Adaletin İşleyişine Müdahale Tehlikesi (CMK m. 100/2-b)

Şüpheli gözaltına alındığı sırada adli merciler henüz delillerin tamamına erişememiş olabilirler. Bu nedenle soruşturma devam ederken şüphelinin salıverilmesi halinde, henüz elde edilememiş delillerin yok edilebileceği, gizlenebileceği, değiştirilebileceği, tanıklara veya mağdurlara baskı yapılabileceği yahut dışarıdaki suç ortaklarıyla işbirliği yapılabileceği tehlikesi ortaya çıkabilir. Delillerin karartılması tehlikesine dair haklı gösterilebilecek böyle bir endişe varsa tutuklama meşru görülebilir. Ancak bunun için,

[61] Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 396; Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 53-54.

[62] AİHM, *W./İsviçre*, B. No: 14379/88, 26.01.1993, § 33; AİHM, *Punzelt/Çek Cumhuriyeti*, B. No: 31315/96, 25.07.2000, § 76. Bkz. Serkan Cengiz vd., *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları* (Ankara: Şen, 2008), 42-43.

[63] Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 54.

kişinin adaletin işleyişine müdahale edeceğine dair “delil durumu”, “dosya içeriği” gibi genel bir ifade yeterli olmayıp bunu destekleyen delillerin gösterilmesi, olaylar ile bağlantısının kurulması gerekir.^[64]

Tutuklanmaması halinde veya tutuklu ise salıverilmesi durumunda şüpheli ya da sanığın muhakemenin işleyişini engelleme tehlikesinin bulunduğu somut delillerle desteklenmeli ve kararın gerekçesinde gösterilmelidir. Şüpheli ya da sanığın gerçekleştirdiği davranışlar maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını zorlaştırmak bakımından objektif olarak elverişli olmalıdır.^[65] Dolayısıyla böyle bir davranışın gerçekleştirilebileceği yönündeki varsayımlar ve tahminler tutuklama kararı için yeterli gerekçe oluşturmaz. Sanığın tutum ve davranışları, ilişkileri, önceki yaşamı, kısacası yaşanmış belirli olgular, şüphelilerin bir kısmının henüz yakalanmamış olması gibi hususlar delilleri karatma tehlikesi ile irtibatlandırılmalıdır.^[66] Örneğin AİHM W./İsviçre davasında, sahte hesap oluşturma ya da hesapları yok etme gibi olası tüm delilleri ortadan kaldırma niyetini açığa vuran tutum ve davranışların, sahte kanıt üretme veya tanıklarla gizli anlaşmalar yapma gibi hususların delillerin karartılması yönünde haklı bir endişe yaratacağını vurgulamıştır.^[67]

Soruşturmanın tamamlanmamış veya delillerin henüz toplanamamış olması en başta bu tutuklama nedenine dayanılmasını haklı kılabiliirse de, soruşturma ilerledikçe ve ifadeler alınıp doğrulandıkça delillerin karartılması tehlikesi azalır ve bu gerekçe ilgisiz ve yetersiz kalarak tutuklama

[64] AİHM, *Becciev/Moldova*, B. No: 9190/03, 04.10.2005, § 59. Bkz. Doğru ve Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 403. AİHM, *Merabishvili/Gürcistan [BD]*, B. No: 72508/13, 28.11.2017, § 224. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *AİHS 5. Madde Rehberi*, 39.

[65] Scholz, “Alman Ceza Muhakemesinde”, 186.

[66] Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 54-55.

[67] AİHM, *W./İsviçre*, B. No: 14379/88, 26.01.1993, § 36. Bkz. Serkan Cengiz vd., *Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, 44.

da temelden yoksun hale gelir.^[68] Dolayısıyla uzun süreli tutukluluklarda gerekçe olarak salt delillerin karartılması, tanık, mağdur veya diğer kişilere baskı yapılması tehlikelerinin gösterilmesi, bir diğer ifadeyle ceza muhakemesinin düzenli bir şekilde yürütülmesinin garanti altına alınmasının öne sürülmesi, AİHM nezdinde genel olarak kabul görmemektedir.^[69]

Şüphelinin soruşturmanın başlamasından aylar sonra tutuklanması halinde de delilleri karartma tehlikesi akla uygun bir gerekçe teşkil etmemektedir. Örneğin başvurusunun soruşturma aşamasında iki kez ifade verdikten beş ay sonra tutuklandığı Ringeisen/Avusturya davasında AİHM, tanıklara baskı yapma tehlikesi gerekçesini yerinde bulmamıştır.^[70]

Özetle, tutuklama tedbirine ilişkin her kararda tutuklama nedenlerinin varlığı somut olay ve olgulara dayalı olarak gerekçede gösterilmelidir. Somut olayda kaçma veya delilleri karartma şüphesi bulunan şüpheli ya da sanık davranışının neler olduğu kararda gösterilmeli, soruşturma ya da kovuşturmanın ulaştığı aşama ve olayın özellikleri dikkate alınarak makul bir gerekçe oluşturulmalıdır.^[71]

E) KUVVETLİ SUÇ ŞÜPHESİNİN GEREKÇELENİRİLMESİ

Tutuklamaya ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesinin varlığı, bu şüpheyi

[68] AİHM, *Clooth/Belçika*, B. No: 12718/87, Seri A No. 225, 12.12.1991, § 43. Bkz. Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 403.

[69] AİHM, *Szeloch/Polonya*, B. No: 33079/96, 22.02.2001, § 90-92. Bkz. Kühne ve Eser, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, 169.

[70] AİHM, *Ringeisen/Avusturya*, B. No: 2614/65, 16.07.1971, § 106. Bkz. Turhan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, 88.

[71] Öncü, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, 112-113.

gösteren delillerin neler olduğu gösterilmek suretiyle açıklanmalı ve deliller ile oluşan şüphe arasında mantıksal bağ kurulmalıdır. Örneğin kasten öldürme suçu ile ilgili olarak, suç aleti olarak kullanılan silah üzerinde şüphelinin parmak izinin bulunduğuna ilişkin rapor, balistik inceleme raporu, cep telefonu sinyaline ilişkin rapor, olay yerine ilişkin kamera kayıtları, kuvvetli suç şüphesinin varlığına ilişkin somut delil olarak gösterilebilir.^[72] Delil ile şüpheli ya da sanık arasında ilişkilendirme yapılmalı ve bu şekilde tutuklama tedbirinin neden uygulanması gerektiği açıklanmalıdır.^[73]

F) KATALOG SUÇLAR SORUNU (CMK M. 100/3)

CMK'nin 100. maddesinin 3. fıkrasında yer verilen katalog suçlarda olduğu gibi, tutuklama nedenleri bakımından bir yasal karine oluşturulmuş ise, tutuklamayı gerektiren somut delillerin varlığının gerekçede yine ikna edici bir şekilde gösterilmesi gerekir.^[74] Bu karine, mahkemeleri tutuklamaya alternatif tedbirlerin bulunup bulunmadığını araştırma yükümlülüğünden kurtarmamaktadır.^[75] Galip Doğru/Türkiye kararında vurguladığı üzere AİHM, katalog suçlar söz konusu olduğunda, gerekçede varlığı karine olarak kabul edilen herhangi bir tehlikenin (kaçma, delillerin karartılması, tanıklara, mağdurlara ve diğer kişilere baskı yapma tehlikesi) mevcudiyetini ispatlayan koşullara değinilmemesini, salt kanun metninin tekrar edilmesini, isnat edilen suçun kanunda sayılan suçlar arasında yer

[72] Öncü, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, 101-102; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, (İstanbul: Beta, 2010), 943.

[73] Yerdelen, “Koruma Tedbirleri”, 70.

[74] AİHM, *Ilijkov/Bulgaristan*, B. No: 33977/96, 26.07.2001, § 84-85. Bkz. Sevdiren, “Tutuklama Nedenleri”, 145-146.

[75] Doğan, “AİHM Kararları”, 17-19.

aldığının belirtilmesini yetersiz gerekçe olarak kabul etmektedir.^[76] Dolayısıyla bu suçlarda da tutuklama nedenlerinin varlığı araştırılmalı ve gerekçeye yansıtılmalıdır. Özellikle tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda suçun niteliği tek başına yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır.^[77]

CMK'nin 100. maddesinin 3. fıkrasında “tutuklama nedeni var sayılabilir” ifadesi kullanılmış ve hâkime takdir yetkisi tanınmış ise de, uygulamada, katalog suçlarda otomatik olarak tutuklama zorunluluğu bulunduğu anlayışı hâkimdir.^[78] Belli suçlar bakımından böyle bir karinenin öngörölmüş olması, tutuklama kararlarının gerekçesiz olmasının adeta bir dayanağını teşkil etmektedir.^[79] 7133 sayılı Kanun ile CMK'nin 100. maddesinin 3. fıkrasına “somut delillere dayanan” ifadesi eklenmiştir. Böylece katalog suçlar bakımından da somut delillere dayanan kuvvetli şüphe aranmaktadır. Ancak bu değişiklik de hâkim anlayışı değiştirmemiştir. Katalogda sayılan suçların kendisi bizzat tutuklama nedeni olarak göröldüğü için, 100. maddenin 2. fıkrasındaki tutuklama nedenleri aranmaksızın sadece suçun niteliğine bakılarak tutuklama kararı verilmektedir.^[80]

Anayasa Mahkemesi katalog suçlara ilişkin olarak Engin Demir kararında, AİHM içtihatlarına benzer bir içtihatla bulunmuştur.^[81] Ancak

[76] AİHM, *Galip Doğru/Türkiye*, B. No: 36001/06, 28.07.2015, § 58-59. Bkz. Sevdiren, “Tutuklama Nedenleri”, 148; Doğan, “AİHM Kararları”, 18.

[77] Nur Centel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 17, no. 1-2 (2011): 65.

[78] Turhan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, 97.

[79] Sevdiren, “Tutuklama Nedenleri”, 135.

[80] Öğretide bu yöndeki görüşler ve eleştirisi için bkz. Recep Kahraman, “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Düzenlenen Katalog Suçlarda Tutuklama”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71, no. 2 (Haziran, 2022): 753.

[81] “... AİHM’in de vurguladığı gibi kanunun tutuklama nedenlerine ilişkin bir karine öngörmesi durumunda bile kişi özgürlüğüne müdahaleyi gerektiren somut olguların

Mahkeme'nin katalog suçların varlığını genel itibariyle yeterli gerekçe olarak kabul ettiği kararları da vardır.^[82] Mahkeme'ye göre, Anayasa'nın 19. maddesinde “bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde” ibaresine yer verilmek suretiyle tutuklama nedenlerinin Anayasa'da ifade edilenlerle sınırlı olmadığı kabul edilmiştir. Mahkeme burada kanun koyucuya takdir hakkı tanındığı ve katalog suçlar söz konusu olduğunda tutuklama nedeninin var sayılabileceği sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin de konuya ilişkin yaklaşımında sorunlar bulunmaktadır.^[83]

CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasına benzer bir düzenleme Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 112. maddesinin 3. fıkrasında da yer almakta, hatta belli suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe bulunması halinde tutuklama nedenlerinden biri bulunmasa bile tutuklama kararı verilebileceği açıkça düzenlenmektedir.^[84] Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne

varlığının ikna edici biçimde ortaya konması gerekir. ... Ancak somut olayda tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda, tutukluluğun devamına ilişkin somut olguların varlığının ortaya konmadığı ve sadece isnat edilen suçun 5271 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (3) numaralı fıkrası kapsamındaki katalog suçlardan olması hususuna atıf yapıldığı görülmektedir. ... Oysa kanunda öngörülen cezanın ağırlığı, kaçma riskinin değerlendirilmesi sırasında kabul edilecek bir unsur olmakla birlikte bu unsurun, tek başına tutukluluğu haklı gösterecek yeterlilikte olmadığı açıktır.” AYM, *Engin Demir*, B. No: 2013/2947, 17.12.2015, § 66-67. Bkz. Sevdiren, “Tutuklama Nedenleri”, 149-150.

[82] Örneğin AYM, *Alparslan Altan*, B. No: 2016/15586, 11.01.2018, § 104. Bkz. Sevdiren, “Tutuklama Nedenleri”, 150.

[83] Sevdiren, “Tutuklama Nedenleri”, 150.

[84] Düzenlemeye göre, Uluslararası Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının 1 numaralı bendi veya 13. fıkrasının 1. fıkrası veya Alman Ceza Kanunu'nun 129b maddesinin 1. fıkrası ile bağlantılı olarak 129a maddesinin 1 veya 2. fıkraları ya da 176c, 176d, 211, 212, 306b veya 306 maddeleri yahut -fiilin bir başkasının vücudunu veya yaşamını tehlikeye sokmuş olduğu hallerde- 308. maddenin 1. ila 3. fıkraları uyarınca bir suç işlemiş olduğu hususunda kuvvetli şüphe bulunan şüpheli veya sanık hakkında, 112. maddenin 2. fıkrasındaki tutuklama sebeplerinden birinin bulunmaması halinde de tutuklama kararı verilebilir.

göre katalog suçlar tutuklama nedenleriyle birlikte değerlendirilmelidir. Katalog suç düzenlemesinde, kanunda katı bir biçimde belirtilen tutuklama nedenlerinin, belli suçların ciddiyeti göz önünde bulundurularak bir miktar esnetilmesi söz konusudur.^[85] Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre katalog suçlara ilişkin yürütülen muhakemede, kaçma veya delil karartma tehlikesinin ihtimal olarak mevcut bulunduğu kabul edilebilir. Kaçma veya delil karartma tehlikesinin hiç bulunmadığı hallerde ise sırf katalog suçun varlığına dayanılarak tutuklama kararı verilemez. Dolayısıyla katalog suçların niteliği, bir tutuklama nedeninin bulunduğuyla ilişkin olarak aksinin kanıtlanabilmesi mümkün olan bir karinedir.^[86] Bununla birlikte öğretide katalog suçların karine niteliğinde olmayıp tutuklama nedenini gerekçelendirmeyi kolaylaştırdığı da belirtilmektedir.^[87]

Katalog suçlar işlenmiş olsa dahi ölçülülük ilkesinin göz ardı edilmemesi gerekir. Adli kontrol uygulaması yeterli görülüyorsa, tutuklamaya sırf katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesi var diye başvurulmamalıdır. Bu nedenle adli kontrol uygulamasının neden yetersiz kalacağı da somut delillerle irtibatlandırılarak gerekçelendirilmelidir (CMK m. 101/2-d).^[88]

Katalog suçlarda tutuklama kararları gerekçesiz verildiğinde, tutuklama nedenlerinin oluşmadığına yönelik itiraz etkili şekilde yapılamamakta; bu da savunma hakkını olumsuz şekilde etkilemektedir.^[89]

[85] Sevdiren, “Tutuklama Nedenleri”, 137-138.

[86] Kahraman, “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu”, 753. Karine bulunduğu için, katalog suçlardaki gerekçenin diğer suçlardaki gerekçe kadar somut ve ayrıntılı olması gerekmediği yönündeki görüş için bkz. Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 313.

[87] Sevdiren, “Tutuklama Nedenleri”, 140.

[88] Kahraman, “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu”, 756-757.

[89] Kahraman, “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu”, 774.

III. TUTUKLAMA KARARLARINDA GEREKÇENİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ M. 5/4'TE ÖNGÖRÜLEN HUKUKİ DENETİM YOLU BAKIMINDAN ÖNEMİ

İtiraz hakkından bahsetmişken hukuki denetim yoluna değinmekte de fayda vardır. AİHS'nin 5. maddesinin 4. fıkrasında yer alan *habeas corpus* güvencesi, tutuklanan kişinin yargı organları önünde aktif olarak itiraz edebilme hakkı ile özgürlükten mahrum edilmesi için hukuka uygun bir temel yoksa salıverilmesi hakkını içermektedir.^[90] Salıverilme talebi, bu talebin reddi ve tutukluluğun devamı kararlarına karşı yapılan itirazlara ilişkin incelemeler bu güvencenin kapsamındadır.^[91] Buna göre, tutuklunun ileri sürdüğü argüman, tutuklamaya ilişkin kararlarda dayanan unsurların (kuvvetli suç şüphesi, tutuklama nedenleri, adli kontrol tedbirinin yetersizliği gibi) tamamını veya bir kısmını tartışılır hale getiriyorsa (kısacası tutuklamanın hukuka uygunluğunu şüpheyne düşürüyorsa), bu argümanların her birine, ilgili ve yeterli bir cevap verilmesi gerekmektedir. Örneğin talebin reddi için salt ilk tutuklama kararındaki şartların değişmediğinin gerekçe gösterilmesi, yargı organının keyfi davrandığını gösterip etkili dinlenilme hakkına da aykırılık teşkil etmektedir.^[92]

Gerekçeler, itirazı inceleyecek olan merciin tutuklama kararının hukuka uygunluğunu denetlemesine imkân verecek ölçüde açık olmalıdır. Tutuklama kararına yapılan itirazı inceleyen merciler kimi zaman, tutukluluğa hükmeden hâkim ya da mahkeme kararında hukuka aykırı herhangi bir unsur bulunmadığı şeklinde şablon bir gerekçe ile ilk karara atıf yaparak talebi reddedebilmektedirler. Bu şekildeki gerekçeler ancak atıf yapılan gerekçe ilgili ve yeterliyse, itiraz dilekçesinde tutuklama nedenlerini tartışılır kılan yeni bir unsur, iddia, argüman ileri sürülmemişse ve aradan geçen

[90] Harris, O'Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 334.

[91] Öncü, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", 124.

[92] Öncü, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", 126-127.

sürede şüpheli ya da sanık lehine yeni bir gelişme ortaya çıkmamışsa yeterli bir gerekçe olarak kabul edilebilir.^[93]

DEĞERLENDİRME

Tutuklama tedbirine ilişkin kararların gerekçelendirilmesinde uygulamadaki alışkanlıkların yıllardır değişmediği görülmektedir. Son çare olarak başvurulması gereken tutuklama, özellikle yasal karinenin öngörüldüğü katalog suçlar söz konusu olduğunda başvurulması zorunlu bir tedbir gibi algılanmakta ve yetersiz gerekçelerle karar verilmektedir.

Hukuki kurumların amaç ve fonksiyonlarına uygun, amaçla sınırlı olarak kullanılması esastır.^[94] Koruma tedbirleri muhakemenin sağlıklı bir şekilde yürütülüp maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve hükmün infazının mümkün kılınması yönünde araç niteliği taşır.^[95] Tutuklama da bir araçtır ancak bu tedbiri, maddi gerçeğe ne şekilde olursa olsun ulaşmak adına veya ikrar elde etmek, toplumsal infiali yatıştırmak, cezalandırmayı öne çekmek amacıyla amacını aşan şekilde araç olarak kullanmak hukuka aykırıdır.^[96] Önemli olan adli yollarla, hukuk devletinin çizdiği sınırlar içinde maddi gerçeğe ulaşmaktır.

Kararların gerekçeli olması hususunda mevzuatta bir eksiklik yoktur. Anayasa ve CMK’de kararların gerekçeli olması gerektiğine ilişkin çok sayıda amir hüküm bulunmaktadır. O halde problemin mevzuattan kaynaklanmadığı söylenebilir. Kararlarda ilgili ve yeterli bir gerekçeye yer verilmeme-

[93] Öncü, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, 128-129.

[94] Ersan Şen ve Bilgehan Özdemir, “Tutuklama Uygulamalarına Bir Bakış: Tutuklamada Gerekçesizlik Sorunu”, İstanbul Barosu Dergisi 87, no. 1 (Ocak-Şubat, 2013): 24.

[95] Yerdelen, “Koruma Tedbirleri”, 67.

[96] Öztürk, Kazancı ve Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 48-49.

sinin en büyük nedeni olarak “soruşturma ve dava sayısı”, “ceza davalarının çok kolay açılması”, kısacası “iş yükü” gösterilmektedir.^[97] Yeterli gerekçe yazılmamasının bir diğer nedeni olarak, ihsas-ı rey endişesine işaret edilmektedir. Ancak tutuklama kararlarında gerekçe gösterilmesinin ihsas-ı rey sayılmayacağı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu içtihadıyla da vurgulanmıştır.^[98] Dolayısıyla ilgili ve yeterli gerekçeden yoksun kararların ortaya çıkmasındaki asıl sorun yargı kültürüdür.

Tutuklama kararı ancak zorunluluk halinde başvurulabilen geçici bir tedbir niteliğinde olduğu için, kararda gerekçe gösterilmesi, kararın nedenini ortaya koymakta, şeffaflığı ve hesap verilebilirliği, savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesini sağlamaktadır. Verilen kararın nasıl bir akıl

[97] İhsan Baştürk, “Yargıtay Ceza Daireleri Kararları Işığında Gerekçeli Karar Unsurları: İhtiyaç Analizi ve Bazı Öneriler”, içinde *Türkiye Adalet Akademisi Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması Bildiriler Kitabı 2. Cilt*, ed. Hasan Kadir Yılmaztekin vd. (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2022), 15.

[98] Şen ve Özdemir, “Tutuklama”, 17. “...koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için ikinci koşul da haklı görünüş yani tedbirin korumak istediği durumun ileride gerçekleşeceğinin muhtemel olması gerektiğidir. Yargılama safhası şüphe ve tereddüt safhasıdır ve yargılama ile şüpheden belirginliğe geçiş; şüphenin yenilmesi ve uyumsuzluğun bunlardan arınılarak çözümlenmesi; karara bağlanmasıdır. Bunun doğal sonucu olarak hükümden önce alınan koruma tedbirlerinin yasal gerekçesi, yargılama sonunda varılacak sonuç ve kararın gerekçesinden elbette farklı olacak; bu tedbirlerin uygulanma koşullarının varlığı ya da yokluğu ayrıca gerekçelendirilecektir. Koruma tedbirinin uygulama koşullarının kabul edilmiş olması asıl dava ve yargılama açısından ihsas-ı rey olarak düşünülemez.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2010/553, K. 2010/537, 27.10.2010. Karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 03.05.2024). Koruma tedbirlerine ilişkin kararların ve dolayısıyla tutuklama kararlarının haklı görünüşe dayanılarak verilmesi gerektiğinden, henüz bu aşamada hükmün verilmesi esnasında ulaşılmaması gereken vicdani kanaatten söz edilemeyeceği ve bu argümanın tutuklama kararlarının yeterli gerekçeden yoksun olması için bir haklı neden oluşturmayacağı yönündeki görüş için bkz. Fahri Gökçen Taner, “Savunma Hakkı, Vicdani Kanaat ve Gerekçeli Karara Ulaşma Hakkı”, içinde *Türkiye Adalet Akademisi Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması Bildiriler Kitabı 2. Cilt*, ed. Hasan Kadir Yılmaztekin vd. (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2022), 98-99.

yürütme sürecinden geçirildiğini taraflara ve kamuya göstermektedir.^[99] Bu nedenle sadece koruma tedbirleri bakımından değil her türlü yargı kararının gerekçelendirilmesine yönelik olarak, karar ve gerekçe yazma tekniğine ilişkin rehberler hazırlanması, hukuki argümantasyona ilişkin meslek içi eğitimler verilmesi düşünülebilir. Nitekim hukuk devleti ilkesi, kişi özgürlüğüne yapılan her türlü müdahalenin sadece hukuki dayanağının değil, aynı zamanda makul, yerinde ve yeterli bir gerekçesinin yani mantıksal dayanağının da bulunmasını gerektirir.

[99] Baştürk, “Yargıtay Ceza Daireleri”, 2.

KAYNAKÇA

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. Madde Rehberi: Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*. Strazburg: Avrupa Konseyi, 2021.
- Baştürk, İhsan. “Yargıtay Ceza Daireleri Kararları Işığında Gerekçeli Karar Unsurları: İhtiyaç Analizi ve Bazı Öneriler.” içinde *Türkiye Adalet Akademisi Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması Bildiriler Kitabı 2. Cilt*, Editörler Hasan Kadir Yılmaztekin, Ahmet Salih Başpınar, Eda Biçgin, Süleyman Kaynar, Yasin Işık ve Özden Dülger, 1-18. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2022.
- Cengiz, Serkan, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride ve Durmuş Tezcan. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*. Ankara: Şen, 2008.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 16. Baskı. İstanbul: Beta, 2019.
- Centel, Nur. “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 17, no. 1-2 (2011): 49-93.
- Doğan, Recep. “AİHM Kararları Işığında Tutuklama Tedbirinin Hukuka Uygunluğunun Denetimi.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2021, no. 155 (2021): 1-50.
- Doğru, Osman ve Atilla Nalbant. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt*. Ankara: Şen, 2012.
- Harris, O’Boyle ve Warbrick. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Çevirenler Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan. 2. Baskı. İstanbul:

bul: On İki Levha, 2022.

<https://hudoc.echr.coe.int/>

İçer, Zafer. *Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması*. Ankara: Seçkin, 2023.

İçten, Muhammet Polat. “Tutuklama ve Türkiye’deki Tutuklama Kararlarının Gerekçesizliği Sorunu.” *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 3, no. 5 (Eylül, 2019): 46-81.

Kahraman, Recep. “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Düzenlenen Katalog Suçlarda Tutuklama.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71, no. 2 (Haziran, 2022): 745-778.

Karan, Ulaş. “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı.” içinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Editör Sibel İncoğlu, 179-208. Ankara: Şen, 2013.

Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. 18. Baskı. İstanbul: Beta, 2010.

Kühne, Hans-Heiner ve R. Eser. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Tutuklama Konusundaki Yargısı -2000 ve 2001 Yıllarındaki Gelişim Üzerine Bir İnceleme-.” Çeviren Oğuz Şimşek. içinde *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, proje yön. Kayıhan İçel, yay. haz. Yener Ünver, 153-180. Ankara: Seçkin, 2004.

Öncü, Mehmet. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Tutuklama (II):

Gerekçeli Karar Hakkı.” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 131-132 (Temmuz-Ağustos, 2015): 83-144.

Öztürk, Bahri, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*. Ankara: Seçkin, 2013.

Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü ve Mehmet Can Tok. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. 17. Baskı. Ankara: Seçkin, 2023.

Scholz, Peter. “Alman Ceza Muhakemesinde Tutuklama Kararlarında Gerekçenin ‘Derinliği’.” Çeviren Zehra Başer Doğan. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 143-144 (Temmuz-Ağustos, 2016): 179-193.

Sevdiren, Öznur. “Tutuklama Nedenlerine İlişkin Kanuni Karine Sistemi (Katalog Suçlar) Sorunu: Alman Hukuku ve AİHM Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme.” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 206 (Ocak, 2022): 127-166.

Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 14. Baskı. Ankara: Seçkin, 2023.

Şen, Ersan ve Bilgehan Özdemir. “Tutuklama Uygulamalarına Bir Bakış: Tutuklamada Gerekçesizlik Sorunu.” *İstanbul Barosu Dergisi* 87, no. 1 (Ocak-Şubat, 2013): 15-24.

Taner, Fahri Gökçen. “Savunma Hakkı, Vicdani Kanaat ve Gerekçeli Karara Ulaşma Hakkı.” içinde *Türkiye Adalet Akademisi Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması Bildiriler Kitabı 2. Cilt*, Editörler Hasan Kadir Yılmaztekin, Ahmet Salih Başpınar, Eda Biçgin, Süleyman Kaynar, Yasin Işık ve Özden Dülger, 91-106. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2022.

Turhan, Faruk. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi ve Türk Hukuku.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 3-4 (Aralık, 2001): 77-109.

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi. *Tutuklama Raporu (5 Ocak 2011)*. 2. Baskı. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2011.

Ünver, Yener. “Türk Ceza Hukukunda Gerekçeli Karar Hakkı.” içinde *Türkiye Adalet Akademisi Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması Bildiriler Kitabı 2. Cilt*, Editörler Hasan Kadir Yılmaztekin, Ahmet Salih Başpınar, Eda Biçgin, Süleyman Kaynar, Yasin Işık ve Özden Dülger, 19-62. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2022.

www.lexpera.com.tr

Yakışık, Ahmet Müşerref. “AİHM Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Gerekçeli Karar Hakkı.” içinde *Türkiye Adalet Akademisi Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması Bildiriler Kitabı 2. Cilt*, Editörler Hasan Kadir Yılmaztekin, Ahmet Salih Başpınar, Eda Biçgin, Süleyman Kaynar, Yasin Işık ve Özden Dülger, 339-350. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2022.

Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 11. Baskı. Ankara: Seçkin, 2023.

Yerdelen, Erdal. “Koruma Tedbirleri Bağlamında Gerekçeli Karar Hakkı.” içinde *Türkiye Adalet Akademisi Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması Bildiriler Kitabı 2. Cilt*, Editörler Hasan Kadir Yılmaztekin, Ahmet Salih Başpınar, Eda Biçgin, Süleyman Kaynar, Yasin Işık ve Özden Dülger, 63-90. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2022.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Alparslan Altan/Türkiye, B. No: 12778/17, 16.04.2019.

Becciev/Moldova, B. No: 9190/03, 04.10.2005.

Buzadji/Moldova [BD], B. No: 23755/07, 05.07.2016.

Clooth/Belçika, B. No: 12718/87, Seri A No. 225, 12.12.1991.

Firas Aslan ve Hebat Aslan, B. No: 2012/1158, 21.11.2013.

Galip Doğru/Türkiye, B. No: 36001/06, 28.07.2015.

Idalov/Rusya [BD], B. No: 5826/03, 22.05.2012.

Ilijkov/Bulgaristan, B. No: 33977/96, 26.07.2001.

James, Wells ve Lee/Birleşik Krallık, B. No: 25119/09, 57715/09 ve 57877/09, 18.09.2012.

Khodorkovskiy/Rusya, B. No: 5829/04, 31.05.2011.

Koştı ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 74321/01, 03.05.2007.

Kreps/Polonya, B. No: 34097/96, 26.07.2001.

Labital/İtalya [BD], B. No: 26772/95, 06.04.2000.

Letellier/Fransa, B. No: 12369/86, Seri A No. 207, 26.06.1991.

Mansur/Türkiye, B. No: 16026/90, 08.06.1995.

Merabishvili/Gürcistan [BD], B. No: 72508/13, 28.11.2017.

Neumeister/Avusturya, B. No: 1936/63, Seri A No. 8, 27.06.1968.

Punzelt/Çek Cumhuriyeti, B. No: 31315/96, 25.07.2000.

Ringeisen/Avusturya, B. No: 2614/65, 16.07.1971.

S., V. ve A./Danimarka [BD], B. No: 35553/12, 36678/12 ve 36711/12, 22.10.2018.

Saadi/Birleşik Krallık [BD], B. No: 13229/03, 29.01.2008.

Smirnova/Rusya, B. No: 46133/99 ve 48183/99, 24.07.2003.

Solmaz/Türkiye, B. No: 27561/02, 16.01.2007.

Sulaoja/Estonya, B. No: 55939/00, 15.02.2005.

Szeloch/Polonya, B. No: 33079/96, 22.02.2001.

Vaccaro/İtalya, B. No: 41852/98, 16.02.2001.

W./İsviçre, B. No: 14379/88, 26.01.1993.

Wemhoff/Almanya, B. No: 2122/64, Seri A No. 7, 27.06.1968.

Yağcı ve Sargın/Türkiye, B. No: 16419/90 ve 16426/90, 08.06.1995.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları Dördüncü Oturum

TAHKİM

Yeni Gelişmeler Çerçevesinde Tahkime Elverişliliğe Güncel Bir Bakış

Zeynep ALBAYRAK AÇI^[1]

I. GİRİŞ

Tahkime elverişlilik kriteri, kanun koyucu tarafından, her ülkenin kendi sosyal, ekonomik, siyasal tercihleri ve tahkime bakışı çerçevesinde tespit edilmektedir^[2]. Bu tespit, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) m. 408'de, taşınmaz üzerindeki aynî haklardan ve iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı düzenlemesiyle yapılmıştır.

Çalışmada, bu düzenleme çerçevesinde “iki tarafın iradelerine tabi olmayan iş” ve “taşınmaz üzerindeki aynî haktan kaynaklanan iş” kavramları ile ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulacak ve söz konusu düzenleme, dünya örnekleri ile karşılaştırılacaktır. HMK m. 408'e ilişkin yapılan bu inceleme, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 7445 sayılı Kanun ile eklenen madde 17/B hükmü ve Noterlik Kanunu'nun m.60 ve m. 61 hükümlerinde, 7413 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik çerçevesinde yapılacaktır. Söz konusu değişikliklerle taşınmaz aynına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli hale gelmiş ve noterlere taşınmaz satışı yapma yetkisi verilmiştir. Bu gelişmeler kanun koyucunun taşınmazlara ilişkin bakış açısını ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır. Ek olarak Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında “kamu düzeni” kavramını dar yorumlaması, bu kavramla sıklıkla ilişki kurduğu “taşınmaz aynından kaynakla-

[1] Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

[2] Devletlerin bu konudaki yaklaşımlarında dikkate aldıkları hususlara ilişkin bkz. Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s.13 vd.

nan uyuşmazlıklar” üzerinde yeniden düşünmeyi gerektirmektedir.

Kanun koyucunun belirlediği iki tarafın iradelerine tabi olma ya da taşınmazın aynından kaynaklanma kategorilerinden her ikisine de dahil olmamalarına rağmen, uygulama tarafından tahkime elverişsiz olduğu kabul edilen uyuşmazlık alanları mevcuttur. İşaret ettiğimiz gerekçelerle biz de bugünkü sunumumuzda öncelikle bu alanların tahkime elverişsiz olarak kabul edilmesinin altında yatan düşünceler üzerinde duracak, daha sonra ise bu düşünceleri de dikkate alarak meseleye hakkında çözüm önerileri sunmaya çalışacağız. Bu çerçevede tahkime elverişliliğin genel çerçevesi ve konuyu ilgilendiren güncel gelişmeler tarafımdan (Zeynep ALBAYRAK AÇI tarafından), bu kriterlerin değerlendirilmesi ise Hocam Prof. Dr. İbrahim ERMENEK tarafından yapılacaktır.

II. GENEL OLARAK TAHKİME ELVERİŞLİLİK

A. TAHKİME ELVERİŞLİLİK KAVRAMI VE TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ

Tahkime elverişlilik; objektif ve sübjektif tahkime elverişlilik olarak iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Sübjektif tahkime elverişlilik, kimlerin tahkim sözleşmesine taraf olabileceği meselesi ile ilgilidir^[3]; bu çerçevede, sözleşmesinin taraflarının tahkim sözleşmesi yapabilme ehliyetinin olup olmadığı sübjektif tahkime elverişliliği ifade etmekte olup, bu meyanda sübjektif olarak tahkime elverişsizlik tahkim sözleşmesini geçersiz kılmaktadır^[4]. Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için uyuşmazlık hakkında geçerli bir tahkim sözleşmesi mevcut olmalıdır (HMK m. 412).

[3] Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Lahey:Springer, 2001, s. 187; Hakan Pekcanitez-Ali Yeşilırmak, *Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 2636.

[4] Pekcanitez-Yeşilırmak, *Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku*, s. 2636; Nevhis Deren Yıldırım, “Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, (47-61), İstanbul Beta Yayınları, 2007, s. 52.

Objektif tahkime elverişlilik ise söz konusu uyuşmazlığın konu itibarıyla tahkim yoluyla çözüme elverişli olmasını ifade etmektedir^[5]. Bu bakımdan objektif tahkime elverişlilik kavramı için “tahkimin konusu” ifadesi de kullanılmaktadır^[6]. Biz de “tahkime elverişlilik” kavramını objektif tahkime elverişliliği karşılar şeklinde kullanacağız.

Tahkime elverişliliğe ilişkin hukukumuzda yer alan ilk düzenleme Mecelle’de yer almakta idi. Buna göre “Hukuk-u nasa müteallik mal da’valarında tahkim caizdir”. Bu hüküm “kişilerin hakları ile ilgili mal davalarında tahkim yoluna gidilebilir” şeklinde tercüme edilebilir. Mülga HUMK m. 518’de ise tahkime elverişlilik “*Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmıyan mesailde tahkim cereyan etmez*” şeklinde tanımlanmıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu düzenlemesiyle birlikte tahkime elverişli olmayan alanlara taşınmaz aynından kaynaklanan işler eklenmiştir ve 408’inci maddede “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir*” şeklinde düzenlenmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) 1/4 hükmü de bu düzenlemeyle paraleldir: “*Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz*”. Bu düzenlemeler dikkate alındığında her iki Kanun’a göre de, hem taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar hem de iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.

B. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAHKİME ELVERİŞLİLİK

İsviçre ve Alman hukukunda tahkime elverişliliğe ilişkin kriter malvarlığına ilişkin uyuşmazlıkların tahkimde görülebileceği esasına dayanmakta-

[5] Pekcanitez-Yeşilirmak, *Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku*, s. 2636.

[6] Ramazan Aslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 840; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C.II, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 363; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 734.

dır. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki Kanunu'na göre malvarlığına ilişkin her türlü uyuşmazlık tahkime elverişlidir (m. 177). İsviçre hukukunda tahkime elverişlilik yalnızca kamu düzeni sebebiyle kısıtlanmaktadır. İsviçre hukukunda taşınmazın aynıdan kaynaklansa bile ekonomik değeri olan uyuşmazlıklar tahkimde görülebilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi taşınmazları kamu düzeninden görmemiş ve tahkime elverişli olduğu yönünde karar vermiştir. Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre malvarlığı değerleriyle ilgili ekonomik menfaatlara ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişlidir (ZPO m. 1030).

Diğer taraftan tahkime elverişlilik kriteri olarak “uyuşmazlık konusu üzerinde tasarrufta bulunma” kavramını esas alan ülkeler de mevcuttur. Bu kriteri esas alan ülke hukuklarına göre tarafların üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri konular tahkime elverişli kabul edilmektedir (Bunun için bkz. Fransa, Medeni Kanun'u m. 2059; Belçika HMK m. 1676/1; Hollanda HMK m. 1020/3; İtalyan HMK, m. 806).

Anglo-Sakson yargısına bakıldığında tahkime elverişlilik sınırının yargı kararlarına bırakıldığı görülmektedir. Taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edilmekle birlikte güncel yargı kararlarıyla bu sınır gittikçe genişletilmektedir. Örneğin, eskiden anti tröst ve rekabet alanındaki uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı yönünde kararlar veren ABD Yüksek Mahkemesi, Mitsubishi davasında antitröst düzenlemelerine ilişkin hususların tahkime elverişli olduğu yönünde karar vermiştir^[7]. Yine ABD Yüksek Mahkemesi verdiği bir kararda sermaye piyasası hukukundan doğan taleplerin tahkime elverişli olduğuna karar vermiştir^[8].

C. HMK'DA YER ALAN TAHKİME ELVERİŞLİLİK KRİTERİ

1. İki Tarafın İradelerine Tabi Olmayan İşlerin Tahkimde Görülememesi

Taraf iradesine tabi olmayan işler, tarafların üzerinden serbestçe tasar-

[7] Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985) .

[8] Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 US 506 (1974).

ruf edemedikleri işlerdir. Bir uyuşmazlık konusu üzerinde, hak sahibine hukuk düzeni tarafından tasarruf hakkı tanınıyorsa, bu işin taraf iradesine tabi olduğu kabul edilmelidir. Söz konusu uyuşmazlığın bir dava konusu haline gelmesi durumunda, taraf serbestçe tasarrufta bulunabilir; sulh, kabul ya da feragat ile davayı sona erdirebilir. Bu sebeple taraf iradelerine tabi işler, tarafların üzerinde sulh olabilecekleri uyuşmazlıklardır^[9]. Tarafların üzerinde sulh olamayacakları uyuşmazlıklar, tarafların serbest iradelerine tabi değildir ve tahkime elverişli değildir. Ancak tarafların üzerinde serbestçe sulh olabilmelerine karşın tahkime elverişli bulunmayan uyuşmazlıklar da vardır. Zayıf tarafın korunması gereken (ya da korunması gereken bir menfaatin bulunduğu) durumlarda -örneğin bir iş ya da bir tüketici davası- her ne kadar taraf iradelerine tabi bir uyuşmazlık söz konusu olsa da uyuşmazlık tahkime elverişli bulunmamaktadır. Aşağıda örnekleri verilecek bu davalarda, tarafların uyuşmazlığı feragat, sulh ya da kabul yoluyla nihayete erdirme yetkisi olmasına karşın, Yargıtay tarafından tahkime elverişsiz olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan Yargıtay, “taraf iradelerine tabi olma” kriterini aşan kararlar vermektedir.

“Taraf iradelerine tabi olma” ya da “sulhe elverişli olma” kriterleri Alman hukukunda bazı yazarlar^[10] tarafından belirsizlik oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Şöyle ki özellikle milletlerarası tahkimde tahkim sözleşmesinin kurulması sırasında, tarafların, hangi uyuşmazlıkların taraf iradelerine tabi olduğunu bilmeleri mümkün olmayabilmektedir^[11]. Zira kişilerin tasarruf yetkisi her devletin kendi politikası ile belirlenmektedir. Tarafların farklı milletlerden olması durumunda, bu konudaki bilgi eksikliği doğal karşılanırsa da bu hâlde tahkime elverişsizlik sebebiyle tahkim yoluna başvurulamaz. Tahkim iradelerinin korunması bakımından daha

[9] Pekcanitez-Yeşilirmak, *Medenî Usul Hukuku* s. 2636; Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*, s. 363.

[10] Deren Yıldırım, *Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik*, s. 56 vd.

[11] Deren Yıldırım, *Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik*, s. 57.

evrensel bir kriterin gerekli olduğu savunulmuştur. Gelineen noktada “mal-varlığına ilişkin talep” kriterinin daha uygun olduğu belirtilmiş ve hem İs-viçre hem de Almanya’da tahkime elverişlilik bu şekilde tespit edilmiştir^[12].

Öncelikle belirtmek gerekir ki idare hukukuna-kamu imtiyaz sözleşme-lerine konulan tahkim şartları ayrık olmak kaydıyla-, vergi hukukuna ve ceza hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edilmemekte-dir. Bu alanlarda tasarruf ilkesi geçerli olmadığından söz konusu uyuşmaz-lıkların tahkime elverişli olmaması tabiidir.

Çekişmesiz yargı işlerinde de re’sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan bu işlerin görülmesinin taraf iradelerine tabi olmadığı ve tahkime gidile-meyeceği kabul edilmektedir^[13]. Benzer şekilde aile hukukuna ilişkin re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu uyuşmazlıklar, soybağı ve velayet huku-kuna ilişkin uyuşmazlıklar taraf iradelerine tabi olmadığından tahkime el-verişli değildir^[14].

İflas davası da sonucu itibarı ile kamu düzeninden sayıldığından bu da-valar da tahkime elverişli değildir^[15]. Diğer taraftan takip prosedürü içeri-

[12] Deren Yıldırım, *Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik*, s. 58.

[13] Deren Yıldırım, *Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik*, s. 55.

[14] “...bir uyuşmazlığın yanları özgürce sözleşemeyecekleri alanda tahkim sözleşmesi yapamazlar, yaparlarsa bu hukukça geçerli olmaz, yasanın buyurucu kurallarından ayrılacak herhangi bir sözleşme bu buyurucu kurallara aykırılığı derecesinde geçersizdir (örneğin boşanmaya ilişkin tahkim sözleşme ve kararların olduğu gibi). ... Borçlar hukuku alanının aksine aile hukukunda ve aynı haklar alanında sözleşme özgürlüğü daha sınırlıdır.” Y. 4. HD T. 14.05.1974, E. 2094, K. 2496.

[15] “İflas davaları, kamu düzenine ilişkin sonuçları olan ve davalı şirketin iflasına karar verilmesi hâlinde davacı dışında tüm alacaklıları ilgilendiren nitelikte bir davadır. Genel iflas yoluyla icra takibi, itirazın kaldırılması ve iflas talebi, birbirini izleyen işlemlerden oluşan bir bütün olup, icra takibinin sağlıklı yürütülebilmesi için bu bütünün parçalara ayrılmaması gerekir. İflas yoluyla takipte, itirazın kaldırılması talebinin tahkimde çözülmesi gerektiğinin kabulü hâlinde, hakem kararından sonra iflas talebi için mahkemeye başvurulması usul ekonomisine aykırılık teşkil edecektir (Ekşi, Nuray: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim*, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 110). 37. Genel iflas yolu ile başlayan takibe itiraz üzerine alacağın tespiti için öncelikle hakem heyetine, sonrasında iflas kararı verilmesi için mahkemeye

sindeki itirazın iptali ve menfi tespit davalarının tahkimde görülebileceği kabul edilmektedir^[16].

Manevi tazminat taleplerinin, taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edip sulh olabileceğinden tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir^[17].

Şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların ekseriyetle tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir. Ancak Yargıtay, anonim şirket genel kurul kararlarının iptalinin tahkime elverişli olmadığına karar vermektedir^[18].

Marka ve patent hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda sicil kamu düzeninden kabul edildiği için, sicile tescili veya sicile terkini gereken haklara (marka ve patent gibi) ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir. Diğer taraftan telif hakkı gibi sicile tescili gerekmeyen veya nisbi haklara ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişlidir^[19].

Rekabet hukuku kapsamında, sözleşmesel haklardan doğan uyuşmazlıklar tahkime elverişli iken^[20], rekabetin korunması hususunda Rekabet Kurumu'nun inceleyeceği hususlar tahkime elverişli değildir^[21].

Taraf iradelerine tabi olsa da bazı uyuşmazlıklar, Yargıtay tarafından zayıf tarafı koruma amacıyla tahkime elverişsiz kabul edilmektedir. Bunlardan ilki bireysel iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklardır. Yargıtay uygulaması

başvurulması haklı bir sebeple izah edilemez.” Y. HGK T. 21.12.2021, E. 2019/574, K. 2021/1710.

[16] İcra inkâr tazminatına hakem kurulunun hükmedebileceğine ilişkin: Y. 15. HD, T. 03.04.2008, E. 262, K. 2138.

[17] Y. 15. HD, T. 18.06.2003, E. 2780, K. 3307.

[18] Y. 11. HD, T. 05.12.2012, E. 13485, K. 19915.

[19] Pekcanitez-Yeşilirmak, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2638.

[20] Bir Yargıtay kararında, rekabete aykırılığın tenfiz davasında incelenemeyeceği gerekçesiyle tenfiz talebi kabul edilmiştir: “*davalı taraf Türk Rekabet Hukuku’nun emredici hükümlerinin ihlal edildiğini savunmuş ise de bu itirazın da tahkim kararının tenfizi davasında dinlenebilecek bir husus olmadığı,*” Y. 11. HD, T. 06.10.2016, E. 2016/725, K. 2016/7777.

[21] Pekcanitez-Yeşilirmak, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 2638.

işe iade taleplerinin tahkime elverişli, diğer iş uyuşmazlıklarının elverişsiz olduğu yönündedir. İşe iade taleplerinin hakemde görülmesi İş Kanunu m. 20’de bu konunun açıkça düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak Yargıtay burada da dar yorum yoluna giderek yalnızca fesihten sonra anlaşılması durumundan hakem kuruluna gidilebileceği yönünde kararlar vermektedir^[22].

- [22] “Dairemizde, İş Mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu, işe iade davaları dışında, tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı, işe iade davalarında da 4857 sayılı yasanın 20. maddesinin birinci fıkrası gereğince tahkim sözleşmesinin yapılmasının ihtiyari olduğu, tarafların anlaşması halinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebileceği, tahkim sözleşmesi ile İş Mahkemelerinin yetki ve görevinin kaldırılmayacağı yerleşik uygulamadır. İş sözleşmesinin düzenlenmesinde; işçi işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf ve işin ifası sırasında da işverene hukuken bağımlıdır. İş sözleşmesinin kuruluşunda bizzat sözleşme içeriğinde tahkim şartı öngörülmesi halinde işçi, işverene bağımlı durumda olduğundan tahkim şartının işçiyi bağladığından bahsedilemez. Ancak fesihten sonra taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklarda tahkim şartını öngören sözleşme düzenlenmesi halinde tahkim şartı geçerli olacaktır.” Y. 9. HD, T. 02.10.2017, E. 2016/21367, K. 2017/14609; “Ayrıca işçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olduğu iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında işverene hukuken bağımlı olduğu tartışmasızdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatları ile iş görür. Denetim altındadır. İrade serbestliği yoktur. Ancak fesihle bağımlılık ortadan kalkar. Bu nedenle somut olayda da olduğu gibi sözleşmenin kuruluşunda bizzat sözleşme içeriğinde tahkim şartı öngörülmesi halinde işçi, işverene bağımlı durumda bulunmakla tahkim şartının işçiyi bağladığından bahsedilemez. ... KARŞIOY ... somut olayda kararlaştırılan hususun, madde metninde istisna hükmü şeklinde tanımlandığı gibi; ‘hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının da imkânsız’ olmadığına açık ve net olması karşısında, tarafların hür iradeleriyle sözleşmenin kurulması aşamasında kabul ettikleri tahkim şartının, özellikle istisna kapsamına girmediği hususunun da açık ve net olmasına rağmen bu haliyle geçersiz olduğunu kabul etmenin ve tarafları formel dava yöntemine zorlamanın, husumet yükünü artırmak anlamına geleceği düşüncesiyle, uygun ve doğru olmadığı düşüncesindeyim. Daire görüşünde benimsenen ‘kamu düzenine uygunluk şartı’nın dar yorumlanması gerektiğini ...” Y. 7. HD, T. 13.11.2014, E. 2014/9899, K. 2014/20785: “Somut uyuşmazlıkta, öncelikle tahkim şartını içeren belge, fesih bildirimi belgesi ile aynı tarihte düzenlenmiştir. İşçi, halen bu tarihte işverenin denetimi altındadır. Bu nedenle tahkim şartını içeren bu belgenin fesihten sonra düzenlendiğinden söz edilemez. Diğer taraftan ibraname ve feragatname başlıklı belgenin fesih yanında, işçinin işçilik haklarının da ödenmesini içerdiği, bir bakıma bu hakların ödenmesinin tahkim şartını içeren bu sözleşmenin imzalanmasına bağlanıldığı,

Yargıtay'ın zayıf tarafı koruduğu ikinci dava türü tüketici uyuşmazlıklarıdır^[23]. Ancak 4077 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde verilen bu Karar, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68/5 hükmü ile etkisiz hale getirilmiştir. Son olarak, Yargıtay, kira bedelinin belirlenmesinin kamu düzeninden olduğu gerekçesiyle kira tespit davalarının da tahkime elverişsiz olduğunu kabul etmektedir^[24]. Ancak Yüksek Mahkeme ticari kira sözleşmelerinin tahkime elverişli olduğuna ilişkin de

davacının imzalamak zorunda bırakıldığı, davalı şirketin davacı işçi üzerinde, ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiği anlaşılmaktadır. ... KARŞIOY ... 'Özel hakem' sözleşmesinin imzalandığı belge içeriğinde, aynı zamanda davacı işçiye ödenecek kıdem tazminatı, kullanılmayan yıllık ücretli izin ücreti ve henüz ödenmemiş Haziran ayı ücreti ile 'ibra' ve 'feragat' e de yer verilmiş olması, davacı işçinin bu belgeyi imzalamasaydım alacaklarım ödenmeyecekti şeklindeki irade fesadı iddiasını kanıtlamaya tek başına yeterli değildir. Sonuç olarak 'özel hakem' sözleşmesinin fesihten sonraya ait olduğunun her iki tarafın da kabulünde olması ile irade fesadı iddiasının usulünce kanıtlanamaması karşısında, sair yönleriyle de usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması gerektiğini düşündüğümünden aksi yönde oluşan sayın çoğunluk görüşüne katılamıyorum." Y. 9. HD, T. 25.02.2013, E. 2013/1773, K. 2013/6664.

[23] "Tüketicinin korunmasını amaçlayan 4077 sayılı kanunun kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olması, bu yasanın 22.maddesi ile tüketici sorunları hakem heyeti olarak bir hakem heyeti oluşturulmasından, yasa koyucunun böylece zımnen özel tahkim yolunu kapadığı, 23.maddesindeki bu kanunun uygulaması ile ilgili her türlü ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceği şeklindeki hükmünden, görevli mahkemenin yasa ile açıkça belirlendiği ve bu kanunun uygulanmasından çıkan ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici hakem heyetlerinde bakılması gerektiği, tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyeceğinin kabulü gerekir." Y. 13. HD, T. 25.06.2009, E. 2009/2833, K. 2009/8769.

[24] "... tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkim caiz değildir. Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre, kira bedelinin tesbiti davalarında tahkim yoluna başvurulamaz. Kira tesbiti hususu kamu düzenini ilgilendirdiği için, tarafların serbest iradeleri ile kira parasını kararlaştırmaları ancak belli ölçüler ve sınırlar dahilinde mümkündür. Dolayısıyla bu hususta tarafların tasarruf yetkisi sınırsız değildir." Y. 3. HD, T. 02.12.2004, E. 2004/13018, K. 2004/13409.

karar vermiştir^[25].

2. Taşınmaz Aynından Kaynaklanan Davaların Tahkimde Görülmemesi

Taşınmaz mülkiyetinin konusu, TMK m.704'te arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olarak düzenlenmiştir. Aynî haklar ise, eşya üzerinde kurulan, eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet yetkisi veren ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır^[26]. Aynî haklar mülkiyet ve sınırlı aynî haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. HMK m. 408'de yer alan “taşınmaz aynından kaynaklanma” ifadesi taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ve sınırlı tüm aynî haklar için geçerlidir. Bu aynî haklara ilişkin yapılacak işlemler için kanun koyucu resmî şekil şartı öngörmüştür ve bunun yanında aleniliği sağlaması için tamamlayıcı işlem olarak tescil zorunluluğu mevcuttur^[27].

Kanun koyucunun bu işlemler için sıkı şekil şartları öngörmesinin ilk sebebi taşınmazların yüksek ekonomik değerlere sahip olduğu fikridir. Ancak bu fikir günümüzde geçerliliğini yitirmiştir^[28]. Taşınır bir mal ya da bir hak, bir taşınmazdan daha değerli olabilmektedir. İkinci sebep ise taşınmazların kamu düzeni ile ilgili görülmesidir.

Yargıtay, pek çok kararında taşınmaz aynına ilişkin uyuşmazlıkların

[25] “Öncelikle kira sözleşmesindeki tahkime ilişkin hüküm ve davalının bu yöndeki itirazının 1086 sayılı HUMK’un 516 vd. maddeleri ve 6100 sayılı HMK’nın 412 vd. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, davalının bu yöndeki ilk itirazları değerlendirilmeden davanın esası hakkında karar verilmesi doğru değildir.” Y. 6. HD, T. 30.01.2013, E. 2012/9681, K. 2013/1334.

[26] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015, s. 3; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 4; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, s. 16.

[27] Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 8.

[28] Süleyman Yılmaz, Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı Ve Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 10, S. 2, s. 603

kamu düzenine ilişkin olduğu gerekçesi ile bu tip uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğuna işaret etmiştir^[29]. Ki bu kararlar 6100 sayılı HMK'nın kabulünden, bir başka deyişle kanun koyucunun taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğunu açıkça belirtmesinden önce verilmiştir. O dönemde de doktrinde bu uyuşmazlıkların kamu düzeni ile ilişkili olmadığı ve tahkime elverişli olduğu savunulmaktaydı^[30].

Bununla birlikte Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında “kamu düzeni” kavramını daha dar yorumlamaktadır^[31]. Örneğin:

“..Hakemin, tespit talebine (alacağın varlığının) rağmen tahsil hükmü (karşı davacı lehine) vermesinin yetki aşımı olarak veya tahkim sözleşmesinin dışına çıkma olarak kabul edilemeyeceği, hakem yargılamasında böyle bir durumun kamu düzenine aykırılık oluşturduğundan da söz edilemeyeceği, tarafın yargılama sırasında üzerinde tasarruf edebileceği bir konuda hakemin hüküm vermiş olmasının kamu düzenine aykırılık olarak görülemeyeceğinden...”^[32]

Bir içtihatı birleştirme kararında^[33] “ Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor, her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen ‘toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü’ olarak tanım yapılabilir. Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. O halde, iç hukuktaki kamu

[29] 15.HD, T. 1.7.2008, E.2008/2705, K.2008/4439: “Kamu düzenine ilişkin hususlarda hakeme gidilemez.; Y. 15.HD, T. 13.10.2004, E.1798, K.5976; Y.15.HD, T. 13.12.1990, E.4306, K.5480.

[30] Alangoya, kanunda taşınmaz aynına ait uyuşmazlıkların tahkimde görülmesine ilişkin bir sınırlama bulunmadığı için bu tür uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu savunmuştur. Bu görüş için bkz. Yavuz Alangoya, *Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973, s.84.

[31] Y. 15. HD, T. 12.06.2019, E. 2019/1062, K. 2019/2725.

[32] Y. 11. HD, T. 27.11.2018, E. 2018/3263, K. 2018/7408.

[33] Y. İBGK, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1.

düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir.” diyerek kamu düzenini tanımlamıştır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere kamu düzeninin temelinde toplumsal gereklilikler sebebiyle kişilerin tasarruf hakkının olmadığı hususlar yer almaktadır. Oysa taşınmazlar üzerinde hak sahibinin tasarruf hakkı bulunmaktadır. Söz konusu durum aynı zamanda mülkiyet hakkının da bir sonucudur. Bu sebeple kişilerin tasarruf edemeyecekleri alanlara ilişkin olan kamu düzeni ile üzerinde tasarruf hakkının olduğu taşınmazların birlikte anılması mümkün gözükmemektedir.

Belirtmek gerekir ki taşınmazlarda hak sahipliğini gösteren tescil işleminin idarî bir işlem olması, taşınmazlara ilişkin uyumsuzlukları kamu düzeni ile ilişkili hale getirmez^[34]. Zira bu işlemin temelinde yer alan sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir ve sözleşme serbestisi çerçevesinde akdedilmiştir^[35].

Taşınmazları kamu düzeni ile ilişkilendirmek bakımından Tapu Kanunu m. 35'in de göz önünde tutulması gerekmektedir^[36]. Söz konusu maddede yabancı uyruklu kişilerin taşınmazlar üzerinde edineceği aynî haklara

[34] Yılmaz, Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s. 610.

[35] Süleyman Yılmaz, *Tahkime Elverişlilik*, s. 610.

[36] “Bakanlar Kurulu, ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimlerini; ülke, kişi,

ilişkin sınırlamalar getirmiştir. Ancak bu madde bakımından taşınmazların tahkime konu olması ile devlet mahkemelerinde bir yargılamaya konu olması arasında veyahut bir sözleşmeye konu olması bakımından fark bulunmamaktadır. Zira söz konusu sınırlamalar tasarruf işlemi neticesinde hak kazanımlarına ilişkindir.

II. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE İLİŞKİN DİKKATE ALINMASI GEREKEN GÜNCEL DEĞİŞİKLİKLER

A. HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU'NA EKLENEN (HUAK) 17/B HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

7445 sayılı Kanun ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 17/B maddesi eklenmiş ve bu maddeyle taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu düzenlenmiştir. Kanun koyucu söz konusu düzenlemede “taşınmazın devrine ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına” demişse de bu ifade ile “taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar” anlaşılmaktadır^[37]. Zira taşınmaz devri ifadesi ile taşınmaz mülkiyetinin devredilmesi kastedilmektedir.

Esasen taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olması HUAK 17/B hükmünün getirdiği bir yenilik değildir. Söz konusu maddenin eklenmesinden önce de HUAK m. 1/2'de yer alan “*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır.*” ifadesi sebebiyle taşınmaz aynından kaynaklanan uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurunun zaten mümkün olduğu kabul edilmeliydi. Diğer mal varlığı değerleri gibi taşınmazlar

coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırılabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir.”

[37] Aynı yönde görüş için bkz. Nesibe Kurt Konca, Emel Badur, “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi Ve İcra Edilebilirlik Şerhi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, sy. 56 (Ekim 2023), 540.

üzerinde de serbestçe tasarruf edilebilmekte ve sulhe konu olabilmektedir. Bu sebeple taşınmaz aynına ilişkin uyuşmazlıklar her halde arabuluculuğa elverişlidir.

17/B hükmü arabuluculuk sonucunda elde edilen anlaşma belgesinin, taşınmazlara dair işlemlerde geçerli olan şekil şartları karşısındaki durumunu netleştirmiştir^[38]. Bilindiği üzere taşınmazlara dair taahhüt ve tasarruf işlemleri için resmi şekil şartları öngörülmüştür. Bu sebeple HUAK’a 17/B hükmü eklenmeden önce, arabuluculuk anlaşma belgesinin imzalanmasından sonra tarafların ayrıca resmî şekilde taahhüt ve tescil aşamasını gerçekleştirmeleri gerekmektedir. 17/B hükmü ile taşınmazların aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesine ilişkin farklı bir rejim öngörülmüştür.

Taşınmazın devri ya da üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin bir uyuşmazlığa dair arabuluculuk anlaşma belgesinin yazılı olması (HUAK m. 17/B-2) ve icra edilebilirlik şerhi alınması zorunlu tutulmuştur (HUAK m. 17/B-4). Şerhi verecek mahkemenin -ki bu her durumda taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesidir- yapacağı incelemede anlaşma içeriğini, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı ve taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı yönünden denetlemesi; bu kapsamda kurum veya kuruluşlardan bilgi veya belge talep edebilmesi ve gerektiğinde duruşma açabilmesidir (HUAK m. 17/B-4).

HUAK’ın 17/B maddesiyle taşınmazlara ilişkin arabuluculuk anlaşmalarına getirilen bu şekil şartlarının sonucunda söz konusu arabuluculuk anlaşma belgesinin etkisi güçlendirilmiştir. Söz konusu düzenlemeyle arabuluculuk belgesinin *“Tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz malikinin yazılı beyanı üzerine yapılır. Edinen kimse, kanun hükmüne, kesinleşmiş mahkeme kararına veya buna eşdeğer bir belgeye dayanıyorsa, bu beyana gerek yoktur.”* (TMK m. 1013) hükmünde yer alan “eşdeğer belge” niteliği kazanma-

[38] Kurt Konca, *Taşınmaz Aynı*, s. 540.

sı amaçlanmaktadır^[39]. Bu halde, şerh alınan belge, doğrudan tescil talep etme hakkı vermektedir.

B. NOTERLERE TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİ VERİLMESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

28 Haziran 2022 tarihli 31880 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7413 sayılı Torba Kanun ile Noterlik Kanunu’nda değişiklik yapılmış ve m. 60 ve m. 61/A hükümleri ile noterlerin taşınmaz satışı yapabilecekleri kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile birlikte tapu memur ve müdürleri ile birlikte noterlere de taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmiştir. Söz konusu bu sözleşme borçlandırııcı işlemdir ve devir için gerekli olan tasarruf işlemi ve tescil tapu dairesinde yapılmaktadır^[40]. Bu işleme ilişkin usul ve esaslar Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esas Hakkındaki Yönetmelik’te düzenlenmiştir.

Yapılan bu düzenleme Türk hukuku bakımından yenilik arz etse de Almanya’da ve İsviçre’de de taşınmaz satış sözleşmeleri uzun yıllardır noter-

[39] Bu durum, TBMM Adalet Komisyonu Görüşmelerinde, “Tapu kaydına dair taşınmazlar da olsa taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri uyumsuzluklar bunlar yani tarafların çok rahatlıkla sulh, kabul, feragat yapabileceği uyumsuzluklar, taraflar üzerinde bence tasarruf edebilecekleri uyumsuzluklar, ara bulucuların her biri işte... Bizim sorunumuz şuydu: Zaten biz bu sorunu çözüyorduk, taraflar tapuya gidip bu işlemleri yapıyordu ancak tek taraflı gidemiyorlardı Başkanım. Bunun için biz dedik ki: Bunun garantisi olsun, mahkeme kararı olsun, hâkim bunu görsün, incelesin, denetlesin, kontrol altına bir şekilde tarafların birisi hâkim kaydını alsın ve gitsin tapuda işlem yapsın. Herhangi bir sorun yok zaten; bu, tarafların yaptığı ihtiyari olarak çok rahatlıkla yaptıkları bir işlem. Taraflar anlaşıyordu. Şimdiye kadar nasıl yapıyorduk? Taraflardan iki taraf birlikte gidiyordu tapuya, birlikte işlem yapıyorlardı rızaya. Şimdi tek taraflı olarak mahkemeye gidecek, hâkim zaten bütün denetlemeyi yapacak, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri bir işlem olduğunun içeriğine bakacak Başkanım, bütün denetimden sonra uygun görürse alıp onu tapuya götürerek tek taraflı işlem yapacak.” Şeklinde ifade edilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi 3’üncü Toplantı,s.19,https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=3125.

[40] Şebnem Akipek Öcal, Hayriye Şen Doğramacı, ve Gözde Çağlayan Aygün, “Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, sy. 2 (Temmuz 2023): 203-41. <https://doi.org/10.54699/andhd.1296966>. s. 206.

ler tarafından yapılabilmektedir. Ancak söz konusu ülke uygulamalarında satış sözleşmesi yapma yetkisinin yanı sıra noterlere taşınmaz değerlemesi yapma yetkisi de verilmiş durumdadır^[41]. Bu halde hem muvazaalı işlemlerin önüne geçilmesi hem de doğru vergilendirmelerin yapılması amaçlanmaktadır^[42]. Türk hukuku bakımından ise noterlerin böyle bir yetkisi bulunmamaktadır, bu sebeple değişikliğin amacı bu hususlar değildir^[43]. Şu hâlde eksik yönleri sebebiyle tam bir amaca hizmet ettiğini söylemenin zor olduğu bu düzenleme, sonuçta taşınmazların noterde satılmasının önünü açmış ve tapu müdürlüğü mecburiyetini kaldırmış durumdadır.

KAYNAKLAR

Akipek Öcal, Şebnem, Hayriye Şen Doğramacı, ve Gözde Çağlayan Aygün. “Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme”. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, sy. 2 (Temmuz 2023): 203-41. <https://doi.org/10.54699/andhd.1296966>.

Alangoya Yavuz. *Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973.

Aslan Ramazan , Yılmaz Ejder, Taşpınar Ayvaz Sema, Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Atalı Murat, Ermenek İbrahim, Erdoğan Ersin. *Medenî Usul Hukuku*,

[41] Akipek Öcal, Şen Doğramacı, Çağlayan Aygün, *Noterlere Taşınmaz Satış Vaadi*, s. 234.

[42] Akipek Öcal, Şen Doğramacı, Çağlayan Aygün, *Noterlere Taşınmaz Satış Vaadi*, s. 229.

[43] Bu yönde bkz. Akipek Öcal, Şen Doğramacı, Çağlayan Aygün, *Noterlere Taşınmaz Satış Vaadi*, s. 236.

Ankara:Yetkin Yayınları, 2022.

Deren Yıldırım, Nevhis. “Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik”. Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan (s. 47-61), İstanbul, Beta Yayınları, 2007.

Ermenek, İbrahim. “Tahkimde Hukukî Dinlenilme Hakkının Korunması”. *Tahkimde Güncel Sorunlar (I-IV)*, 33-52, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Huysal, Burak. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

Kurt Konca, Nesibe, ve Emel Badur. “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi Ve İcra Edilebilirlik Şerhi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, sy. 56 (Ekim 2023): 539-68. <https://doi.org/10.54049/taad.1374547>.

Lew Julian, Mistelis Loukas, Kröll Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*, Lahey:Springer, 2001.

Oğuzman M. Kemal Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015,.

Pekcanıtez Hakan- Yeşilırmak Ali. *Pekcanıtez Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Serozan Rona. *Eşya Hukuku I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.

Sirmen A. Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

Tanrıver Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, C.II, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Yılmaz, Süleyman, Gökçe Filiz Çavuşoğlu. “Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı Ve Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, sy. 2 (Aralık 2019): 594-613. <https://doi.org/10.21492/inuhfd.630553>.

IV. Uygulamada Tahkime Elverişliliğe İlişkin Geliştirilen Kriterlerin Değerlendirilmesi

İbrahim ERMENEK^[1]

A. GENEL OLARAK

Tahkime elverişli olmayan uyuşmazlık konuları için yalnızca devlet mahkemeleri yetkilidir. Her devlet, tahkime elverişli alanları kendi siyasi, sosyal ve ekonomik anlayışına göre tespit etmektedir. Bu tespit; kamu düzeninin korunması, belli bir merciye tanınan münhasır yetkinin korunması veya zayıf tarafın korunması amaçları ile yapılmaktadır. Türk hukukunda kanun koyucu tahkime elverişliliğe ilişkin iki olumsuz koşul öngörmüştür. Bunlardan ilki, uyuşmazlık konusunun her iki tarafın iradesine tabi olmayan işlerden olmaması; diğeri ise taşınmazların aynına ilişkin bulunmamasıdır. Tersinden bir ifade ile bu iki olumsuz koşuldaki birini bünyesinde barındırmayan uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edilmektedir. Ancak uygulamada kamu düzeninin korunması, belli bir merciye tanınan münhasır yetkinin korunması veya zayıf tarafın korunması amaçları ile bir takım uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğu yönünde kararlar verilmektedir. Aşağıda bu amaçlar çerçevesinde uygulamada geliştirilen “tahkime elverişsizlik kriterleri” değerlendirilecektir.

B. ZAYIF TARAFIN KORUNMASI

Zayıf tarafın korunması işçi-işveren uyuşmazlıkları, tüketici hu-

[1] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

kukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar ve kira hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar gibi bir tarafın hukuk düzeni tarafından korunmaya muhtaç görüldüğü uyuşmazlıklardır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun mevcut "tahkime elverişlilik" hükmü çerçevesinde, söz konusu uyuşmazlıkların tahkimde görülebilmesi gerekir. Zira bu uyuşmazlıklar iki tarafın iradelerine tabi işlerdir. Ancak yukarıda da örneklendirildiği üzere Yargıtay bu uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğu yönünde kararlar vermektedir^[2].

Söz konusu uyuşmazlıklara ilişkin yapılacak bir tahkim sözleşmesi, taraf ehliyetlerinin var olduğu ve sözleşmeyi geçersiz kılacak bir sebep olmadığı sürece geçerlidir. Ancak ne var ki Yargıtay burada tahkim sözleşmesinin geçersizliği ya da usul kurallarının uygulanması yönünde değil; sözleşmenin yorumlanması yönünde bir saikle hareket etmektedir. İşçi lehine yorum ilkesi, tüketici ile müzakere edilmeden yazılan tüketici aleyhine sözleşme hükümlerinin yazılmamış sayılması ya da kira hukukunda kira artışını sınırlayan hükümlerin yorumu, uygulanacak maddi hukuka ilişkin konulardır ve bu yönde yoruma ihtiyaç duyulmaktadır.

Maddî hukuk hükümlerinin zayıf tarafın korunması yönünde yorumlanması esasen hâkimin yapacağı bir iştir. Hâkimin yapacağı bu işi hakemin yapamaması için bir gerekçe bulunmamaktadır. Zira hakem kararları da hâkim kararları gibi kesin hüküm etkisine sahiptir. Diğer taraftan bu üç alanda da arabuluculuğa başvuru zorunluluğu vardır. Arabulucu maddî hukuku uygulamamakta yalnızca muhtemel müza-

[2] Y. 15. HD, T. 12.06.2019, E. 2019/1062, K. 2019/2725; Y. 11. HD, T. 27.11.2018, E. 2018/3263, K. 2018/7408; Y. İBGK, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2021/1; Y. İBGK, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1.

kere eşitsizliğini engelleyecek tedbirleri almaktadır. Örneğin kira uyuşmazlıkları bakımından konut ve çatılı işyeri kiralarında dava süresinde açılmış kira tespit veya koşulları oluşmuş uyarlama davası mahiyetinde değilse, mahkemeler kanunda öngörülen tahliye nedenleri veya kira bedeli artış sınırları dışına çıkamazken; arabulucu huzurunda nisbi butlan varsayımından hareketle bu sınırlar tamamen aşılmaktadır. Çünkü, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olan müzakere eşitsizliği (en azından teorik olarak) arabulucu önünde ortadan kalkmaktadır ve taraflar uyuşmazlık nedenlerini eşit koşullarda müzakere ederek sözleşme hükümlerini oluşturmaktadır. Buna ek olarak kiracı artık barınma ihtiyacı giderildiğinden, hukukî ve fiili olarak daha güçlü bir konumdadır. Bu sebeple artık müzakere eşitsizliğinin olmadığı kabul edilmektedir.

Uygulamada hakemlerin tarafsız davranamayacağı yönünde bir endişe duyulması için somut bir sebep bulunmamaktadır. Zira hem HMK hem de MTK hükümlerine göre tahkim yargılamasında tarafların eşitliği ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edilme zorunluluğu mevcuttur (HMK m. 423/1, MTK m. 15/1-g). Bu mecburiyetin karşılanmamasının yaptırımını verilen hakem kararının iptalidir (HMK m. 439/1-f, MTK 15/1-g). Bu düzenleme hukukî güvence olarak yeterlidir. Buna ek olarak hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığı da kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir (HMK m. 417, MTK m. 7/C). Nitekim AİHM hakemlerin bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını şüpheli hale getirecek vakıaların taraflara bildirilmemiş olmasını daha yakın tarihli (20.05.2021) sayılabilecek bir kararında (5312/11 Başvuru Numaralı Beg Spa / İtalya Davası) AİHS m. 6/1'in ihlâli saymıştır. Bununla tahkimin taraflarına hakemler bakımından tarafsızlık ve bağımsızlık garantisi verilmiş olmaktadır.

Sonuç olarak yukarıda sayılan sebeplerle, akdin imzalandığı sırada tarafların birisinin zayıf kategorisinde değerlendirilmesi, uyuşmazlığı

tahkime elverişsiz kılmaz.

C. MÜNHASIR YETKİ TANINMIŞ BİR MERCİNİN YETKİ ALANININ KORUNMASI

Bu başlığı iki kategoride incelemek gerekmektedir. İlk kategori; Rekabet Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu ve benzeri düzenleyici otoritelerin yetkisini ortadan kaldıracak şekilde bir tahkim sözleşmesi yapılmasıdır. Özellikle düzenleyici kurumlar ya da benzeri diğer kurumlar idari bir faaliyet icra ettiklerinden ve yetkilerinin dayanağını Anayasa veya Kanun'dan aldıklarından onların görev alanına giren hususlarda, onların görev alanını kısıtlayacak şekilde bir tahkim sözleşmesi mümkün olmaz.

İkinci kategori ise Kanun'un münhasır mahkemeleri yetkili kıldığı hallerde tahkim sözleşmesi yapılmasıdır. Uyuşmazlık, HMK m. 408 ve MTK m.1/4'te öngörülen temel koşulları taşıyorsa kural, o uyuşmazlıkla doğrudan veya dolaylı taleplerin tamamının tahkime elverişli kabul edilmesidir. Bu çerçevede sıklıkla karşılaşılan, kanun hükümlerinde yer alan "mahkemeye müracaat eder", "hâkimden talep eder", "hâkime başvurur" gibi ifadelerin yer alması durumunda bir genelleme ile, bu tip uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına kabul edilemeyeceği yönündedir. Aslında bu gibi hallerde kanun koyucunun amacı yargısal bir güvence ile uyuşmazlığın temelli çözülmüş olmasıdır. Tahkimin bir yargılama faaliyeti olduğunda şüphe bulunmadığına göre, spesifik durumlar dışında (mesela yabancı hakem kararının tenfizi için hakeme başvurulmaması gibi), bu düzenlemelerin münhasıran mahkemeleri yetkili kılmadığı yönünde bir yorum yapılmalı ve bu tip uyuşmazlıklar tahkim alanına dahil edilmelidir.

Bu noktada iki husus üzerinde özellikle durulması gerekmektedir. Bunlardan ilki ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları; ikincisi ise icra tazminatı ve cezai şarttır:

Hakemlerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacze karar verip veremeyeceği meselesi, bu durumunda cebri icra dolayısıyla zor kullanmayı gerektirmesi gerekçesi ile münhasıran mahkemeye ait olduğu düşüncesiyle tahkime elverişsiz görülmüştür. Ama zor kullanmayı gerektirmesi, hakemin bu hususta karar veremeyeceğini söylemek için yeterli değildir. Zira tahkim sonunda verilen ilamın icrası da zor kullanmayı gerektirir, ama hakem bu konuda karar verebilmektedir; hatta HMK kapsamında icra edilebilirlik şerhine dahi gerek duyulmamaktadır. Burada tek sınırlama üçüncü kişilere etkili şekilde ihtiyati haciz kararı ve ihtiyati tedbir kararı verilememesi olmalıdır.

Daha önceki dönemlerde cezai şarta hakem heyetinin karar verip veremeyeceği meselesi de tartışmalı idi. Bu tartışmanın özü bunun bir ceza olduğu yaklaşımına dayanmakta idi. Benzer bir tartışma icra tazminatı bakımından devam etmektedir. Bu yaklaşımın gerekçesi bu konuda mahkemelerin münhasır yetkisi ve bunun bir cezai müeyyide olmasıdır. Oysa kanımızca cezai şart ne mahkemenin münhasır yetkisinde ne de hakemlerin karar vermesini engelleyen bir cezadır; bilakis tipik bir medeni cezadır. Bu yönü ile haksız eylem tazminatından bir farkı yoktur ve tahkime elverişlidir. Aynı yaklaşım kanımca icra tazminatı bakımından da geçerli olmalıdır.

D. KAMU DÜZENİNİN KORUNMASI

Kamu düzeni, tahkim müessesesi ile arasında doğrudan bir ilişki olmamasına rağmen, tahkim yargılaması bakımından en fazla tartışılan kavramlardan birisidir. Bunun ilk ve en önemli nedeni tahkimin ikâme bir yargılama faaliyeti olarak devletin üç temel erkenden birisi olan yargı erki ile olan ilişkisidir. Bu ilişkiden hareketle Yargıtay, tahkim yargılaması ile kamu düzeni arasında birçok farklı noktadan ilişki kurmakta ve kurulan bu ilişki üzerinden tahkim müessesesini denetlemektedir. Kamu düzeni esasen sistemin elinde bir emniyet sübubu işlevi görmektedir. Mesela bu noktada Yargıtay, taleple bağlılık ilkesi ile kamu düzeni arasında bir ilişki kurmuş, daha sonra taleple

bağlılığa aykırı davranışı hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayarak hukuki dinlenilme hakkını da kamu düzeninden sayarak bozma kararı verebilmiştir^[3]. Daha önceki dönemlerde benzer şekilde Yargıtay, hakemlerin kararını süresinde vermemesini de kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirmekte idi.

Yargıtay'ın kamu düzeni gerekçesi ile tahkim yargılamasına bu kadar kolay müdahale edebilmesinin nedeni, bu kavramın tanımındaki belirsizlik ve kavramın içeriğinde yere ve zaman göre meydana gelebilen değişikliklerdir. Kamu düzeni ile ilgili Yüksek mahkeme kararlarında ve bilimsel görüşlerde kamu düzeni kavramına verilen anlamdaki farklılıklar da dikkat çekicidir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay, geçmiş dönemde taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından kamu düzeni gerekçesi ile bunların tahkime elverişli olmadığına karar vermektedir^[4]. Ama hem HMK'nın hem de MTK'nın açık düzenlemesi nedeni ile artık kamu düzenine gitmeye gerek yoktur. Kanun koyucu taşınmazların tahkime elverişsiz olduğunu hükme bağlamıştır.

HUAK'a eklenen madde 17/B hükmü ile taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıkların da arabuluculuk kapsamına dahil edilmesi MTK ve HMK'nın ilgili hükümlerinin tekrar gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır. Zira arabuluculuk sonucunda düzenlenmiş

[3] Yargıtay bir kararında taleple bağlılık ilkesinin kamu düzeninden olduğunu söylemek suretiyle tahkimde bu hususa aykırılığın iptal sebebi olduğunu ifade etmiştir: *“Bu kapsamda, tasarruf ilkesi mahkemelerde olduğu gibi tahkimde de geçerlidir Davanın olmadığı yerde hâkim de yoktur.” ilkesi tahkim yargılaması için de geçerli olup, bu deyim “Dava ve talep yoksa hâkim de yoktur hakem de” şeklinde anlaşılmalıdır. Yine aynı şekilde tahkimde kendiliğinden araştırma ilkesi değil, taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir... Bu açıklamalar açısından taleple bağlılık ilkesinin kamu düzenine aykırılık oluşturacağı sonucu çıkarılmalıdır. Dairemizin yerleşik içtihatlarında da taleple bağlılık ilkesi kamu düzeninden sayılmakta ve bu konuda temyiz talebi olmasa dahi bozma nedeni olarak görülmektedir”*: Y. 15. HD, T. 11.07.2019, E. 2019/1234 K. 2019/3334.

[4] Y. 15.HD, T. 1.7.2008, E.2008/2705, K.2008/4439: “Kamu düzenine ilişkin hususlarda hakeme gidilemez.; Y. 15.HD, T. 13.10.2004, E.1798, K.5976; Y.15. HD, T. 13.12.1990, E.4306, K.5480.

ve hâkimden icra edilebilirlik şerhi almış anlaşmalar TMK m. 1013 kapsamında, taraf iradesi yerine geçer eşdeğer belge olarak tescile esas belge kabul edilmektedir. Bu şekilde yapılan sözleşmelerde başka bir şekil şartı aranmamaktadır. İcra edilebilirlik şerhi almış bir sözleşme ile tescil yapılabilirken; BAM ve Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiş bir hakem kararının tescile esas alınmaması TMK m.1013 e uygun değildir.

Yine taşınmazların devrine ilişkin Noterlik Kanunu m. 60 ve 61’de yapılan değişiklikler de kanun koyucunun meseleye bakışı bakımından önemlidir. Kanun koyucunun tescil dışındaki diğer işlemleri bir şekilde tapu dairelerinin tekeline çıkarmayı amaçladığı gözlemlenmektedir.

HMK ve MTK’da yer alan taşınmazlarla ilgili kısıtlamanın kaldırılması halinde de yine Yüksek Mahkemenin kamu düzeni gerekçesi ile müdahale imkânı devam etmektedir. Ancak Yargıtay’ın son dönemlerdeki kamu düzeni kavramına verdiği dar anlam umut vericidir. Yargıtay tarafından^[5] tanımlandığı üzere kamu düzeni “ *tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar*”dır. Taşınmazlar ise üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen bir malvarlığı değildir. Bu sebeple taşınmazların kamu düzeni kuralları ile doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır. Taşınmazların kazanımının resmi şekilde yapılması ve tescil işleminin idari nitelikte olması da, bu işlemleri kamu düzeni ile ilişkilendirmez. Zira bu işlemlerin temelinde taahhüt işlemi olan sözleşme yer almaktadır ve bu sözleşmeler, özel hukuk hükümlerine tabidir.

Tahkim yargılaması bakımından esasen her kural kendi yaptırımına tabi tutulmalıdır. Mesela tahkim yargılaması sırasında hakem sürecinde karar vermemişse, bu durum kanunun açık hükmüne aykırıdır.

[5] Y. İBGK, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1.

Bu nedenle söz konusu karar kanuna aykırılık gerekçesi ile iptal edilmelidir. Zira hakemlerin süresinde karar vermemesinin kamu düzeni ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Özel olarak bu kararlar gerçekten kamu düzenini ihlal ediyorsa, kamu otoritesi kendiliğinden harekete geçip bu aykırılığı ortadan kaldırmalıdır. Aksi hâlde, denetimin yapılmasının dahi taraf iradesinde kaldığı durumlarda kamu düzeninden söz etmek mümkün değildir^[6].

Son noktada bütün bu değerlendirmeler yapılırken, devlet mahkemelerinde yapılan yargılamanın aksine, hakem önünde yapılan yargılamalarda verilen çelişkili kararların genel hukuk düzenine ilişkin değil, sadece taraflar arasında geçerli olan hukuk düzenine ilişkin sonuçlar doğuracağı unutulmamalıdır. Kaldı ki, niteliği gereği tahkim, bir yasaklama aracı olarak kamu düzenini değil, özgürlüğü, irade özerkliğini çağrıştırmalıdır.

V. SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime elverişlilik kriteri olarak belirlediği ilk kategori “taşınmaz aynından doğan davalar”dır. Kanun koyucu mülga kanun zamanında mevcut olmayan ancak uygulamada “kamu düzeni” amacıyla kullanılan bu kategoriyi, 6100 sayılı kanunla hükme bağlamıştır. Yargıtay tarafından^[7] tanımlandığı üzere kamu düzeni “*tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar*”dır. Taşınmazlar ise üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen bir malvarlığı değeridir. Bu sebeple taşınmazların kamu düzeni kuralları ile doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır. Taşınmazların

[6] İbrahim Ermenek, “Tahkimde Hukukî Dinlenilme Hakkının Korunması”. Tahkimde Güncel Sorunlar (I-IV), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, 33-52, s. 50.

[7] Y. İBGK, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1.

IV. Uygulamada Tahkime Elverişliğe İlişkin Geliştirilen Kriterlerin Değerlendirilmesi

kazanımının resmî şekilde yapılması ve tescil işleminin idarî nitelikte olması da, bu işlemleri kamu düzeni ile ilişkilendirmez. Zira bu işlemlerin temelinde taahhüt işlemi olan sözleşme yer almaktadır ve özel hukuk hükümlerine tabidir. Buna ek olarak taşınmaz satışının noterde yapılabilmesine ilişkin yapılan değişiklik, tapu sicil müdürlüklerinin bu işlem için münhasır yetkisi kaldırılmış durumdadır.

HUAK'ta yapılan değişiklik (m. 17/B) açıkça ve ayrıca söz konusu uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu belirtilmiştir. HMK m. 408'de ise aynı uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmiştir. Bu durum kanun koyucunun taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklara bakışı açısından farklılık oluşturmaktadır. Burada bu farklılığı haklı kılabilecek tek husus taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk anlaşma belgesi için mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınmasının ve bu şerh sırasında mahkemenin inceleme yapmasının zorunlu tutulmasıdır. Hakem kararları mahkeme hükümleri gibi yargısal nitelikte olan kararlardır (HMK m. 436/3'ün Gerekçesi) ve icra edilebilmesi için ayrıca şerh alınmasına gerek yoktur. Kanun koyucu mahkeme denetiminden geçmeksizin taşınmazlara ilişkin bir hususun icra edilmesini tercih etmemektedir. Ancak taşınmazlara ilişkin böyle bir yaklaşımın isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Zira taşınmazlar üzerinde taraflar serbestçe sulh olunabilmektedir. Mahkeme müdahalesi tüm taşınmaz aynı işlemlerinde aranan bir şart değildir. Kaldı ki yargısal bir faaliyet icra eden hakem kurulunun taşınmazlara ilişkin karar veremeyeceğini söylemek bahsedilen son gelişmeler çerçevesinde tutarlı ve isabetli değildir.

Tahkime elverişliliğe ilişkin bir diğer kriter olan “taraf iradelerine tabi olma” ifadesi de Türk hukukunda olmasa da Alman ve İsviçre hukuklarında tartışılmış, “malvarlığına ilişkin talep” kriterinin daha isabetli olduğu savunulmuştur. Tahkim sözleşmesinin yapıldığı sırada uyuşmazlık konusunun taraf iradelerine tabi olup olmadığı konu-

sunda taraflar tam bir bilgiye sahip olmayabilir. Taraf iradelerine tabi olduğuna güvenerek tahkim sözleşmesi yapılan bir alanın, tahkime elverişsiz olması durumunda tahkim iradeleri geçersizlikle karşı karşıya kalır. Bu sebeple kriterin “malvarlığına ilişkin talepler” için tahkim yolunun açık olduğu yönünde genişletilmesi, tahkimin işlerliği açısından daha faydalı olacaktır.

Tahkime elverişlilik, hakem kararlarının iptali ile birlikte devletin elinde bulunan tahkimi sınırlama araçlarından birisidir. Tahkimin yaygınlaşması yönünde irade sahibi olan kanun koyucunun tahkime elverişli alanları güncellemesi ve öngörülebilir hale getirmesi gerekmektedir. Bu sebeple HMK m. 408’de yer alan “taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar” kriterinden vazgeçilmesi ve “taraf iradeleri tabi olan uyuşmazlıklar” yerine “malvarlığına ilişkin talepler” kavramının kullanılması ile kanun maddesinin, hem ülkemizdeki güncel gelişmeler çerçevesinde daha tutarlı olacağını hem de dünya örnekleri uyumlu hale geleceğini düşünmekteyiz.

Kanun’da belirlenen bu iki kriter söz konusu olmamasına rağmen, uygulamada belirli alanlar istikrarla tahkime elverişsiz olarak kabul edilmektedir. Zayıf tarafın korunması, münhasıran yetkili bir merciin yetki alanının korunması, kamu düzeninin korunması amaçları ile tahkime elverişsiz olduğu kabul edilen bu alanların çok daha dar olması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira bu amaçları, tahkim hükümleri içerisinde yer alan hukukî dinlenilme hakkı, tarafların eşitliği, hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığı, iptal davası, usule ilişkin özel hükümler zaten sağlamaktadır. Tahkim içerisinde bu yönde koruyucu mekanizmalar varken, uygulayıcıların yeni tahkime elverişlilik kriteri geliştirmelerinin isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

KAYNAKLAR

Akipek Öcal, Şebnem, Hayriye Şen Doğramacı, ve Gözde Çağlayan Aygün. “Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme”. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, sy. 2 (Temmuz 2023): 203-41. <https://doi.org/10.54699/andhd.1296966>.

Alangoya Yavuz. *Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*. İstanbul: Fakülter Matbaası, 1973.

Aslan Ramazan , Yılmaz Ejder, Taşpınar Ayvaz Sema, Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Atalı Murat, Ermenek İbrahim, Erdoğan Ersin. *Medenî Usul Hukuku*, Ankara:Yetkin Yayınları, 2022.

Deren Yıldırım, Nevhis. “Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik”. Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan (s. 47-61), İstanbul, Beta Yayınları, 2007.

Ermenek, İbrahim. “Tahkimde Hukukî Dinlenilme Hakkının Korunması”. *Tahkimde Güncel Sorunlar (I-IV)*, 33-52, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Kurt Konca, Nesibe, ve Emel Badur. “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi Ve İcra Edilebilirlik Şerhi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, sy. 56 (Ekim 2023): 539-68. <https://doi.org/10.54049/taad.1374547>.

Lew Julian, Mistelis Loukas, Kröll Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*, Lahey:Springer, 2001.

Oğuzman M. Kemal Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015,.

Pekcanıtez Hakan- Yeşilırmak Ali. *Pekcanıtez Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Serozan Rona. *Eşya Hukuku I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.

Sirmen A. Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

Tanrıver Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, C.II, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Yılmaz, Süleyman, Gökçe Filiz Çavuşoğlu. “Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı Ve Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, sy. 2 (Aralık 2019): 594-613. <https://doi.org/10.21492/inuhfd.630553>.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları Beşinci Oturum

**YARGIYA İLİŞKİN YAPISAL
REFORM ÖNERİLERİ**

Kaliteli Hizmet Odaklı Yargı Reformu Niçin ve Nasıl?

Mehmet GÜN

Hukukun üstünlüğü sürdürülebilir kalkınmanın anahtarıdır.

Toplumların refahının artırılması; hukukun üstünlüğüne, güçlü ve kapsayıcı kurumlara, devlet gücünün hukukun üstünlüğü ile sınırlandırılmasına, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ve geliştirilmesine bağlıdır. Hukukun üstünlüğü milyonlarca insanın oluşturduğu devasa devlet gücünün kurallara uygun olarak kullanılmasını sağlayarak demokratik yönetimi; bu da işbirliğini ve dayanışmayı geliştirerek halkın refah seviyesinin sürekli ve sürdürülebilir olarak yükseltmesini sağlar. Çünkü hak ve özgürlükleri iyi korunan, hukuk güvencesine sahip olan bireyler; bir yandan daha çok ve derin işbirlikleri oluşturarak diğer yandan yenilik ve buluş yaparak yüksek katma değer üretme kapasitesine erişirler.^[1]

Hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmede en büyük görev yargıya düşer. Yargı; hem refahı artırmak için katlanılan yükümlülüklerin hem de artan refahın paylaşılmasında en kritik rolü oynar. Yargının bu işlevini en iyi şekilde yerine getirmesi her ülke için olduğu gibi Türkiye için de

[1] Demokrasi seviyesi toplumların refahının seviyesini belirleyicidir. Daron Acemoğlu ve arkadaşlarının kaleme aldığı Ulusların Düşüşü isimli eserleri ulusların yükselişinin güçlü, iyi işleyen ve hesapverir kurumlara sahip olmalarına, Dar Koridor isimli eserleri de özünde ulusların refahının artırmanın temel hak ve özgürlüklerin iyi korunmasına bağlı olduğunu dünya çapında tarihsel örnekler vererek ortaya koyarlar. Bu yönden geniş bir teori oluşmuş bulunmakta; bir çok ampirik çalışma da peyderpey ortaya çıkmaktadır. Dar Koridor kitabı; özgürlüklerin karşısında korunması gereken devasa gücün devlet gücü olduğunu, bu gücün sınırlandırılmasının devlet yönetimlerindeki en önemli sorun olduğunu ortaya koyar. Söz konusu devasa devlet gücünü sınırlandıran, bireyleri özgürleştirerek güçlendiren ve daha üretken hale getiren şey hukukun üstünlüğüdür.

hayatî önem taşır.

Demokrasi seviyesi yükselen ülkelerin milli geliri düzenli olarak artar. Orta seviyede demokrasilerin orta seviyede milli gelire sahip olduğu; bu ülkelerin içinden çıkmakta zorlandıkları “orta gelir tuzağı” seviyesini demokrasi seviyesini yükselterek aşabileceği ekonomistlerce kanıtlanmış bulunmaktadır.^[2]

Ülkelerin demokrasi seviyelerini hukukun üstünlüğü, hesapverirlik ve yargı gücünün bağımsızlığı seviyeleri belirler. Demokrasinin unsurları arasında yargı ile hukukun üstünlüğüne özel bir yer ayıran, Türkiye’nin de imzacısı olduğu iki adet BM genel kurulu kararı^[3]; yargı bağımsızlığının unsurlarını ortaya koymaktadır. Söz konusu BM kararları demokrasi seviyesini yükseltmek için hukukun üstünlüğünü yükseltmek gerektiğini göstermektedir. Hukukun üstünlüğünü gerçekleştirebilmek için ise yargıyı geliştirmek gerekir.

Nitekim “herkes için adalete erişim sağlamak ve her düzeyde etkili, hesapverir ve kapsayıcı kurumlar oluşturmak” BM Kalkınma Ajansı, UNDP’nin 16 no’lu Sürdürülebilir Kalkınma Hedefinin (“SDG”) temel amacı olarak belirlenmiştir. UNDP; m.16.3’te “Hukukun üstünlüğünü ulusal ve uluslararası düzeyde geliştirmek ve herkes için adalete erişimi sağlamak”; m.16.5’te “Yolsuzluk ve rüşveti önemli ölçüde azaltmak”; m.16.7’de “her seviyede etkili, hesapverir ve şeffaf kurumlar geliştirmek”; m.16.7’de ise “her seviyede karar alımının duyarlı, katılımcı ve ilgililerini temsil edici olmasını sağlamak” hususlarını alt hedefler olarak belirlemiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu; 2004 - A/RES/59/201 sayılı ka-

[2] Mehmet Gün, Türkiye’nin Orta Demokrasi Sorunları ve Çözüm Yolu, 2. Baskı, Gün+, s. 83-92.

[3] M. Gün, age, s.93 ve devamı ile s. 144 ve devamı.

rarında; yargı bağımsızlığı ile kurumların şeffaf ve hesapverir olmasını demokratik yönetimin temel unsurları arasında saymıştır. Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri ise 1985 - 40/32 ve 40/146 sayılı kararda belirtilmiştir. Türkiye her iki BM kararını da çekincesiz olarak imzalamış bulunmaktadır.

UNDP SDG 16 çerçevesinde Türkiye; “Hukuki ve kurumsal üstyapının geliştirilmesini ve kurumların fizikî ve insan altyapısını güçlendirmeyi” öncelikli hedefler olarak belirlemiştir^[4]. Fakat, Türkiye; gerçekleşen bir çok anayasa değişikliğine rağmen, yargı bağımsızlığını tam olarak sağlayamamış; BM kararlarında kabul edilen standartları, maalesef, gerçekleştirememiştir^[5]. Nitekim Haziran 2019 tarihli Yargı Reformu Strateji Belgesi^[6] “Yargının bağımsızlığı, verimliliği, denetimi ve hesapverirliğinin güçlendirilmesi ve korunmasını” amaç olarak belirlemiştir.

Dünyanın en büyük ekonomileri arasında 16. ve 17. sıralarda yer almasına, G20 üyesi olmasına karşın Uluslararası demokrasi endekslerinde Türkiye’nin yeri; ekonomisinin büyüklüğüyle ters bir şekilde 88. ve

[4] BKz. Turkey’s Sustainable Development Goals 2nd VNR 2019, s. 30]

[5] Yargı bağımsızlığı meselesi, önceleri yargı organ ve unsurlarının yürütmenin bir parçası olmaktan kurtulması üzerinde odaklanırken 1961 Anayasası ile getirilen düzenleme ile bir nebze ilerletilmiş; Adalet Bakanlığına bağlı bir kurul olmasına karşın Adalet Bakanı ve Müsteşarının dahil olmadığı Yüksek hâkimler Kurulu ile nispeten bağımsız bir yapıya kavuşturulmuştur. Ancak yargı gücü tam olarak bağımsızlığını kazanamamış; yargı gücünü kontrol çabaları YHK üzerinde, YHK’nın oluşumunu ve işlevini kontrol etme şeklinde sürmüştür. Bir yandan yargı gücü en üst kurulun oluşumunu kontrol etmek, diğer yandan vesayet ve nüfuz altında tutulmak, işlevini göstermesi yürütmenin katılmasına ve onayına tabi tutulmak istenirken diğer yandan kontrol altına alınan bu nihai güç hesapverir olmaktan çıkarılmıştır. 1982 Anayasası ile YHK ve YSK’nın birleştirilerek HSYK’nın oluşturulması, kararlarının, - 1977’de Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyet niteliğine aykırı, hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerini ihlal eder bulmasına karşın – darbe düzenlemeleriyle HSK’nın kararları yargı denetimi dışına çıkarılmıştır.

[6] Belgenin Türkçe metni için: https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf; İngilizce metni için: https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162949YRS_ENG.pdf

110. sıralarda; hukukun üstünlüğü endekslerinde ise 71. ve 101 sıralarda görünmektedir. Türkiye'nin ekonomik ve demografik büyüklüğü ile demokrasi ve hukukun üstünlüğü endekslerindeki yeri açıkça uyarsızdır^[7]. Bu uyarsızlıktan yola çıkarak hukukun üstünlüğü ve demokrasi seviyesini yükselttiği takdirde Türkiye'nin ekonomisini hızla büyüteceği, milli gelirini de hızlıca artıracığı sonucu çıkarılabilir.

Demokratik yönetim; sözü edilen BM kararlarının da ortaya koyduğu üzere hukukun üstün, devlet güçlerinin hukukun üstünlüğünü güvenceye alacak şekilde ayrılmış; yargı gücünün de yasama ve yürütme güçlerinden bağımsız olduğu yönetim şeklidir. Demokrasi için hukukun üstünlüğünü, hukukun üstünlüğü için yargı gücünün bağımsızlığını sağlamak; yargıyı demokratik işlevini bağımsız olarak yerine getirmeye yetkin ve yeterli hale getirmek; engel ve kısıtlarını kaldırmak gerekir.

Yargının varlık sebebi, amacı ve görevi; bir yandan temel haklar ve özgürlükleri, özellikle fikir ve ifade özgürlüğünü korumak ve geliştirmek, yürütmenin hukuka uyarlılığını sağlamak, diğer yandan ise halkın yönetime katılmasını güvence altına alarak demokrasiyi geliştirmektir. Yargı; bu işlevlerini bireyler ile bireyler ve bireyler ile devlet kurumları arasındaki uyumsuzlukları gidermek suretiyle yerine getirir, böylece toplumda uzlaşma ve işbirliğini yeniden tesis edip güçlendirir. Bu bakımdan yargı; bireysel ve kolektif verimlilik ve üretkenlik üzerinde belirleyici etkiye sahiptir. Yargı sisteminin verimli olmamasının İtalya'da yatırımların azalmasına, yavaş büyümeye ve iş yapma ortamının zorlaşmasına neden olduğunu söylenmektedir.^[8]

[7] Oysa yukarıda belirtildiği üzere dünyaca meşhur ekonomistler ülkelerin ekonomik gelişimleri ile demokrasi seviyeleri arasında doğrudan bir paralellik olduğunu ortaya koymuşlardır.

[8] Sergi Lanau, Gianluca Esposito, and Sebastiaan Pompei, "Judicial System Reform in Italy—A Key to Growth" (IMF Working Paper, WP/14/32) Bu çalışmanın ilgili bölümleri şöyledir: "The inefficiency of the Italian judicial system has contributed to reduced investments, slow growth, and a difficult business environment." "Weak contract enforcement raises the cost of borrowing, and shortens loan maturities (Bae and Goyal, 2009; Laeven and Majnoni, 2003), with

Yargı gücünün işlevinin derecesi; bir ülkenin hem demokrasi seviyesini hem de refah seviyesini belirlemesi sebebiyle refahın artışına hem doğrudan hem de dolaylı yoldan etki eder; başka bir deyişle katlı çarpan etkisi gösterir. Fakat bu çarpan etkisi; yargı işlevinde etkin ve verimli ise olumlu etki; etkin ve verimli olmadığına olumsuz etki şeklinde ortaya çıkar.

Yargı Bağımsızlığı ile Demokrasi İlişkisi

Demokrasi anlayışı; ulusların daha iyi yönetime ulaşma yönünde asırlar süren çaba ve tecrübelerinin sonucunda bugünkü seviyesine gelmiştir. İyi devlet yönetimi için: kuralların bilgece oluşturulması, yöneticilerin güçlü, kurallara uyarlı, adil, hesapverir olması ve kurallarla sınırlandırılması gerektiği; bunun için ise yöneticilere hesap sorabilen, dolayısıyla denetim gücü olarak yöneticilerden bağımsız olabilen bir yargının bulunması gerektiği tartışmasıdır. Günümüzde toplumun oluşturduğu devasa devlet teşkilatının ve gücünün yasama, yürütme ve yargı olarak ayrılması, yasama ve yürütme güçlerinin denetlenmesi demokrasilerin en önemli meselesidir.

Bu çerçevede yargı gücünün yürütme ve yasama güçlerinden ayrılığı ve bağımsızlığı demokrasilerin en önemli sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Zira en ileri demokrasilerde bile yargı kendi kendini yönetebilecek bağımsızlığa kavuşmamıştır. Bütün demokrasilerde yargının iç işlerine yürütme az ya da çok dahil olmakta; sembolik de olsa yargısal yetkileri

a detrimental impact on investment, the depth of mortgage markets, and GDP (Bianco et al., 2002; Laeven et al., 2003; Djankov et al., 2008). "The literature also finds a positive correlation between the quality of the judicial system and firm size (Kumar et al. 2001, Beck et al. 2006). Giacomelli and Menon (2012) use differences in court efficiency across Italian municipalities to establish a causal link and estimate that halving the length of civil proceedings could increase average firm size by 8–12 percent." Ardagna and Lusardi (2008) establish a link between entrepreneurship rates and the efficiency of the judicial system using micro data for a sample of countries including Italy. Berkowitz et al. (2006) find that stronger contract-enforcement institutions are positively correlated with more complex exports and less sophisticated imports. The structure of exports suggests that entrepreneurship and innovation may suffer from judicial-system inefficiencies in Italy."

kullanmaktadır.

Ülkelerin tarihsel gelişimi, kültürleri, ekonomik, coğrafi ve demografik özelliklerinin etkisiyle; yargı yapılanması, işlevleri, bağımsızlığı, yürütme ve diğer devlet güçleriyle ilişkileri, ülkeden ülkeye değişik ve farklı olarak şekillenmiştir. Ülkelerin genel yönelimi^[9] ise hâkim ve savcılarının görevlerinde, mesleğe kabul, ilerleme ve tayinlerinde yürütme gücünün etkisini sınırlama yönündedir. Nitekim yargı kurulları fıkri, hâkimleri yürütmeye karşı bağımsızlaştırma sürecinde ortaya çıkmıştır^[10]. Ülkeler elbette kendi toplumsal yapılarına, tarihi tecrübelerine ve kültürlerine göre kurumlar ve sistemler geliştirirler. Nitekim; yargı yönetim şekillerini de kendi ihtiyaçlarına ve önceliklerine uygun olarak oluşturmuşlardır. Bir ülkede kurula ihtiyaç duyulmazken diğer ülkede kurul oluşturmanın zorunlu olmasının elbette haklı sebepleri vardır.

Günümüzde en ileri demokrasilerde bile yargı gücünün en ileri seviyesine geldiği, yürütme gücünden ise tam olarak bağımsızlaştığı söylenebilir.^[11] Yargı ayrı bir güç olarak tanınmış, bağımsızlık kazanma yolunda

[9] Almanya, Avusturya ve Birleşik Krallık gibi günümüzdeki baskın manasıyla yargı kuruluna sahip olmayan ülkelerde yargı bağımsızlığı farklı bir yöntemle sağlanmakta; hâkimlerin atanmasında yürütme gücü etkin olmakla beraber, içerisinden atanacak hâkim adaylarını içinde sivil toplum temsilcilerinin, avukatların ve hâkimlerin de dahil olduğu kurullar belirlemekte; yürütme sembolik bir rol üstlenmektedir.

[10] Yargının monarşiden bağımsızlaşmasıyla ilgili en temel adımlardan biri olan hayat boyu hizmet garantisinin Birleşik Krallık'ta 1688 yılında gerçekleşen Muhteşem Devrim'in ardından 1701 yılında çıkarılan Act of Settlement'a kadar geriye gittiğine dair bkz. Joseph H. Smith, An Independent Judiciary: The Colonial Background, University of Pennsylvania Law Review, 124. Cilt 1104. (1976) sayı, s. 1140; Thomas I. Vanaskie, The Independence and Responsibility of the Federal Judiciary, 46 Villanova Law Review 745 (2001) s. 748; Sam. J. Ervin, Separation of Powers: Judicial Independence, s. 4 Online erişim: <https://core.ac.uk/download/pdf/62555641.pdf>

[11] The Economist Intelligence Unit'in hazırladığı dünya demokrasi endekslerinde her zaman en üst sıralarda yer alan Danimarka Finlandiya, İsveç ve Norveç gibi İskandinav ülkelerinde hukuk meslek mensuplarının atanmasında, meslekte ilerleme kararlarının verilmesinde, disiplin işlerinde ve mahkemelerin düzenlenmesinde yürütme rol oynamaktadır. 2019 Dünya Demokrasi Endeksi'nde 5. sırada yer alan

oldukça önemli ilerlemeler kaydetmiştir. Fakat ülkeden ülkeye şekli ve derecesi değişmekle beraber yürütme gücünün müdahalesi halen sürmekte; yargı, yürütme dahil olmadan kendi kendini yönetebilir hale gelememiş bulunmaktadır.

II. Dünya Savaşı sonrasında, devlet gücünün tek elde toplanmasına karşı mahkemeleri ve yargıçları yürütmenin siyasi etkisinden kurtarmak amacıyla anayasa mahkemeleri ve yargı kurulları, demokrasilere yeni kurumlar olarak ilave edildiler.^[12] Yargı kurulları; bir kısım ülkelerde yürütme gücü ile hâkimler arasında “bir tampon, kurumsal bir engel” olarak işlev göstermektedir^[13]. Fransa ve Belçika gibi bir kısım ülkelerde yargıya ilişkin kurumsal yetkiler yürütme ile paylaşılmaktadır^[14]. İtalya’da ve on-

Finlandiya’da hâkimlerin atanmasında Adalet Bakanlığı ve Finlandiya Cumhurbaşkanı rol oynamaktadır (Act on Judicial Appointments No: 205/2000). Finlandiya başsavcısı Kabine’nin önerisi ile Finlandiya Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta; başsavcı diğer savcıların seçiminde görev almaktadır (Act on the Prosecution Service No: 439/2011). 2019 Dünya Demokrasi Endeksi’nde 7.sırada yer alan Danimarka’da savcılık Adalet Bakanlığı altındadır. Savcıların mesleğe giriş ve meslekte ilerlemelerinde Adalet Bakanlığı rol oynamakta olup kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır. Bu hususta bkz. GRECO’s Fourth Evaluation Report on Denmark Adopted 28 March 2014 with regard to Fourth Evaluation Round, Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors; European Commission 2020 Rule of Law Report, input from member states, Denmark, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2020_rule_of_law_report_-_input_from_member_states_-_denmark.pdf, Erişim tarihi: 31.12.2020.

[12] Marína Urbániková and Katarína Šipulová, Failed Expectations: Does the Establishment of Judicial Councils Enhance Confidence in Courts, *German Law Journal* , Volume 19 , Issue 7: Special issue — Judicial Self-Government in Europe , 01 December 2018 , pp. 2105 - 2136; footnote 16- 18

[13] David Kosaş, age, s. 1600: “In most countries the major rationale behind the introduction of new judicial self-governing bodies was to protect judicial independence and guarantee separation of powers.196 Only in few countries, the establishment of major judicial self-governance bodies was motivated by proving other values such as judicial accountability or effectiveness of the judiciary.

[14] Yargı kurullarının üyelerinin tamamı veya çoğunluğunun hâkimler arasından seçilmesi gerekliliği de üyelerin seçiminde yasama ve yürütmenin etkisinin hiç olmaması veya sınırlı olması gereği de bu sebepten dolayı olmalıdır.

dan etkilenen Yunanistan, İspanya, Portekiz’de yargı gücü oldukça bağımsız olarak düzenlenmiş olup^[15] kendi bağımsızlığını savunabilmekte; fakat yine de yürütmenin etkisine maruz kalmaktadır. Dolayısı ile yargı gücü, en ileri demokrasilerde bile henüz gelişimini tamamlamamıştır^[16]. En ileri demokrasilerde bile yargı bütçesini yürütmenin belirlediği günümüzde yargı gücünün tam bağımsızlığa sahip olduğu ve uluslararası alanda başka ülkelerin örnek alabileceği bir model mevcut olduğu henüz

[15] David Kosaş’ın German Law Journal Vol. 19 No. 07’de yayınlanan “Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe” başlıklı makalesinde de anlatıldığı üzere: yargı teşkilatında özyönetim için Avrupa Konseyi ve AB tarafından desteklenen “yargı kurulları” bekleneni verememiştir. Romanya, Polonya ve Slovakya bu örneklerin başında gelmektedir. Bu model, Slovakya’da yargı gücünün yürütme ve yasama gücünden kurumsal bağımsızlığını sağlamayı başarsa da yargı içinde hakimlerin bireysel bağımsızlıklarını sağlayamamıştır. Yargı bağımsızlığı tarihsel olarak köklü bir geçmişe sahip olan Hollanda ve İrlanda’da yargı kurulları mekanizmaları görece olarak başarılı olarak işlemektedir. Almanyada dahi hakimlerin terfilerinde hakkındaki karar mekanizması açık ve net kurallara bağlanmış değildir. Avrupa Adalet Divanı hakimlerinin sorumluluğu, çoğunlukla bütçesel karar süreçlerinde dolaylı olarak ele alınmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde hakimlerin bağımsızlığını güçlendirmek için hakimlerin hesapverirlikten taviz verilmiştir. Sonuç olarak yargı kurulları: (i) yargının kurumsal bağımsızlığını sağlamakta başarılı olurken hakimlerin bireysel bağımsızlıklarını sağlamakta başarısız olmuştur; (ii) Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde birçok kötüye istismar doğurmuştur; (iii) yargının verimli çalışması ve şeffaflığını sağlamakta başarılı sonuçlar doğursa da hesapverirlikten ve kamu güvenini sağlamakta başarısız olmuştur. Kosaş’a göre bunun nedenleri; yargı bağımsızlığı, hesapverirliği ve şeffaflık konseptlerinin genel olarak kabul edilmiş ve uygulanan tanımlarının olmaması ile yargı kurullarının ülkelerin ekonomik, politik, tarihi ve kültürel etkenlerinden tamamen ayrıştırmanın mümkün olmamasıdır.

[16] Buna karşın çeşitli uluslararası kuruluşlar ülkelerin yargıdaki sorunlarının giderilmesi için yargı kurullarını bir çare olarak önermektedir. Aynı yönde bakınız: Marína Urbániková and Katarína Šípulová, footnotes 7 and 8 civarı. “The establishment of judicial councils⁽⁷⁾ as a panacea for deficiencies of judicial systems has been strongly promoted by many international organizations. Both the Council of Europe (CoE) and the European Union (EU) typically conditioned the successful accession of countries with the institutional transformation of judiciaries and the establishment of judicial councils as a model form of judicial self-government.⁽⁸⁾”

söylenemez^[17].

Yargı bağımsızlığının aksadığı ülkeler demokrasiden uzaklaşmakta; toplumsal dengeleri koruması gereken yargı, giderek siyasallaşmaktadır. İspanya, Türkiye, Romanya ve Polonya'da yargı kurullarının oluşumunda siyasilerin kısmen veya tamamen söz veya etki sahibi olması yargının siyasallaşmasına neden olmuş bulunmaktadır^[18]. Benzer yargı kurullarına sahip olan Fransa^[19] ve Belçika'da; farklı niteliklerde yargı atama kurullarına sahip olan Birleşik Krallık, Almanya, Avusturya ve benzeri ülkelerde yargısal yetkilerin kullanımına yürütmenin sınırlı veya forma-

[17] Nitekim AB, tam üye adayı ülkelere yargı bağımsızlığını ve hukukun üstünlüğünü şart koşmasına karşın bunu sağlayacak bir model önermemektedir. Bu yönde bkz. Denis Preshova , Ivan Damjanovski And Zoran Nechev, The Effectiveness Of The 'European Model' Of Judicial Independence In The Western Balkans: Judicial Councils As A Solution Or A New Cause Of Concern For Judicial Reforms, CLEER Papers 2017/1 S. 16 vd. *Bobek & Kosaş*ın belirttiği üzere : CoE ve EU bir EU Model yargı kurulu oluşturmamıştır. Bkz. *Michal Bobek & David Kosaş*, Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe, SSRN Electronic Journal, January 2013, "The eventual creation of the Judicial Council "Euro-model" presents a puzzle. Neither the EU nor the CoE have ever laid down any normative underpinnings of this model. There has never been any process of review or discussion of the model similar to those that occur in adopting EU legislation or in drafting an international treaty. Both organizations simply internalized the recommendations of various judicial consultative bodies without really addressing or assessing their content.

[18] Polonya'da 2017 yılı kanun değişiklikleri sonrasında Cumhurbaşkanına hâkimlerin atamalarında tavsiye veren Ulusal Yargı Konseyi'nin 25 üyesinden 15 üyesi, 2.000 vatandaş veya 25 hâkimin gösterdiği hâkim adaylar arasından Polonya Parlamentosu tarafından atanmaktadır. Kanun değişikliği öncesinde bu üyeler Yüksek Mahkeme, adli, idari ve askerî mahkeme hâkimlerinden oluşan bir genel kurul tarafından seçilmekteydi. Kalan 10 üye ise Cumhurbaşkanı temsilcisi, Adalet Bakanı, yine Parlamento tarafından seçilen 6 üye, Yüksek Mahkeme Başkanı ve Yüksek İdare Mahkemesi Başkanından oluşmaktadır. Dolayısıyla, 25 üyenin 23'ü ya siyasilerden oluşmakta ya da siyasi aktörler tarafından atanmaktadır.

[19] Marína Urbániková and Katarína Šipulová, age, s.129, dipnot 129 civarı: "even though the judicial council in France has undoubtedly gained competences and institutional autonomy, it remains firmly embedded in a dense web links and dependences that secure its integration within the body of the State [...]"

lite icabı da olsa dahil olması yargıda siyasal etki olduğu tartışmalarına neden olmaktadır.

Dolayısı ile demokrasiyi bu günkü kusurlu seviyesinden daha ileriye götürebilmek için yargıyı kendi kendini yönetebilecek şekilde bağımsızlaştırmak, bağımsızlığını koruyabilir, işlevini tam olarak gösterebilir, özellikle de yürütmeyi sınırlandırabilir hale getirmek gerekmektedir.

Bunu gerçekleştirebilmek için ise öncelikle yargı hizmetlerinin yürütme gücünün verdiği bir hizmetmiş gibi görmekten vazgeçilmelidir. Yürütmenin görevi yargı gücünün görevlerini kapsamaz. Yürütmenin yargı ile ilgili görevi yargının olağan işlevini gösterebilmesi için gerekli mali, güvenlik ve diğer kaynakların sağlanmasından ibaret ve bunlarla sınırlı olmalıdır. Adalet bakanlıkları yargı hizmetlerinin kalbinde yer alan bir yürütme gücü olmaktan çıkarılmalıdır^[20]. Demokratik devlet organizasyonunda yasama, yürütme ve yargı işlevlerini üstlenen güçlerin ayrılığı bu nedenle de önemlidir.

Yargının Bağımsızlığı Niçin Kısıtlanır?

Yargı işlerine yürütme gücü elini neden sokmaktadır? Yargı işlerinden yürütmenin elini tam olarak çektiirmek neden zordur ve bu niçin arzu edilmez? Çünkü tarihsel tecrübeler göstermektedir ki; yargıdan yürütmenin elini çektiirmek tek başına doğru bir adım değildir.

Yargının tam bağımsız ve kendi başına bırakılabilmesi için öncelikle günümüzde popüler liderlerin haklı oldukları “yetersizlik”, “verimsizlik” ve “hesapvermezlik” sorunlarını ortadan kaldırmak; yargıyı insan gücü, süreçleri ve yetkinlikleri ile toplumun, ekonominin ve hatta yürütmenin hız ve temposunda işlev gösterir, topluma katma değer üretir hale getir-

[20] Adalet Bakanlığının yetkisi adaletin gerçekleştirilmesi konusunda savcılardan talepte bulunmak ile sınırlandırılarak savcılarının mesleki bağımsızlığı güçlendirilebilir. Ayrıca savcılar ile emniyet güçlerinin verdiği yarı yargısal ve yarı güvenlik hizmetleri konusunda Adalet ve İçişleri bakanlığına verilen yetkiler – tercihen Adalet Bakanlığı bünyesinde birleştirilebilir. Her ihtimalde ister birleştirilsin isterse ayrı tutulsun bu yetkilerin kullanımı yarı yargısal ilkelere tabi tutulmalıdır.

mek zorunludur. Günümüzdeki gelişmiş ekonomik ilişkiler; ulaşım ve iletişim imkanları ile ileri teknoloji, teknolojik gelişimin hızı toplumsal kararların daha hızlı alınmasını, uyuşmazlıkların daha hızlı çözülmesini zorunlu kılmaktadır. Saniyeler içinde yapılan bir elektronik sözleşme ilişkisinde çıkan uyuşmazlığın çözümünün yargıda yıllar, aylar değil haftalar bile sürmesi kabul edilebilir değildir. Bu ve benzeri durumlar bir yandan yargıya yürütmenin müdahalesini haklı göstermekte diğer yandan yürütmeye daha çok düzenleme yapma ve daha çok idarî karar alma yetkisi verilmesini zaruri kılmaktadır.

Yargının kendi kabahati olmasa bile işlevinin yetersiz olması, hukukun üstünlüğünden ödün verilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum demokrasilerde geleneksel güç dengesini yürütme lehine değiştirmekte; yargının işlevini kısıtlamakta^[21]; bu da yönetimlerin otokrasiye doğru kaymasına neden olmaktadır.

Türkiye açısından bakıldığında yargının işlevini etkin olarak göstermiyor olmasının demokrasinin otokrasiye doğru kaymasının temel sebebi olduğu net olarak görülmektedir. Yargı, işlevinde yetersiz oldukça bağımsızlığının kısıtlanmasına neden olur; bağımsızlığı kısıtlandıkça işlevi kötüleşir, sınırlandıramadığı yürütme ipleri ele alır ve otoriterleşir. Yargı mesleklerine kabul ve ilerleme yetkisini ele geçiren yürütme; “liyakatli” kişileri değil kendisine “sadakatli” kişileri göreve kabul eder ve

[21] Yargı kurullarının bağımsızlığı en ileri olan ülkelerde bile yargı gücüne ayrı ve bağımsız bütçe tanınmamıştır. Ülke bütçesinden yargıya ayrılan bütçenin oluşturulmasında yargı kurullarına danışılması, yargı kurullarına kendi idari ihtiyaçları için ayrı bir bütçe tanınması bile bir ilerleme olarak görülebilir.

Günümüzde toplumlarda hukuk güvenliğinin eskiye göre oldukça ilerlemiş olduğu bir gerçektir. Gerçekten de adalete erişim çok geniş toplum kesimlerine yayılmış; iletişim, ulaşım ve bilgi işlem teknolojilerindeki gelişmeler sayesinde yargının daha iyi ve mükemmel sonuçlar elde etmesi mümkün olmuştur. Güçler ayrılığı ve dengesi bakımından ise yürütme ve yasamaya karşı yargı gücünün bağımsızlığı görece olarak gerilemektedir. Örneğin yürütme her türlü devlet kaynaklarına sınırsız bir şekilde erişebilirken yargının erişimi yürütmenin belirlediği bütçe ile sınırlanmaktadır.

ilerletir^[22]. Böylece yargının işlevi daha da kötüleşir; bağımsızlığı daha çok kısıtlanır. O noktadan sonra yargı güç sahiplerinin istediği yönde hareket eden teşkilata dönüşür.

İşte, bir ülke için oldukça kötü sonuçlar verebilecek olan bu kısır döngüyü kırmak için en başta yapılması gereken şey; yargının işlevini etkin ve verimli olarak yerine getirmesini ve aynı zamanda tam şeffaflık ve hesapverirliğini sağlamaktır.

Verimlilik, Hesapverirlik ve Bağımsızlık İlişkisi

Yargının bağımsızlığı; verimliliği ve hesapverirliği ile doğrudan bir ilişkilidir. Yargının bağımsızlığını giderek kaybetmesinin sebebi; temelde görevini yerine getiremediği halde ayrıcalıklardan yararlanıyor ve fakat hesap vermiyor olmasıdır. Tam da bu sebeplerle Türkiye’de toplum, yargının bağımsızlığını kısıtlamakta; yargıyı ve bağımsızlığını savunmamaktadır. Toplumun seçimden seçime hesap sorabildiği siyasilerin hiçbir zaman hesap soramadığı ayrıcalıklı yargıyı bağımlı hale getirmesine itiraz etmiyor olması gayet doğaldır. Bu yöndeki gelişmeleri siyasilerin popülerliği ile açıklamaya çalışmak isabetli değildir. Çünkü popüler hale gelmelerinin sebeplerinden birisi de yargının görevini yerine getirmeyerek neden olduğu şikâyetlere siyasilerin cevap veriyor olmalarıdır. Polonya, Macaristan ve Türkiye’de son yıllarda yargı bağımsızlığını ve hukukun üstünlüğünü tehdit eden gelişmeleri bu yönden de analiz etmek gerekir. Bu ülkeler, işlevlerini yerine getirmekte yetersiz kalan yargıyı dönüştürmeye çalışırken demokratikleşme ile otoriterleşme arasında ince bir çiz-

[22] Temelde bir siyasi görüşün veya menfaatin temsilcisi olan siyasilerin, farklı görüşler ve menfaatler arasında tamamen tarafsız olması zorunlu olan yargı unsurlarını seçiyor veya atıyor olmaları garip bir çelişkidir. Siyasi bir kariyer mücadelesi sonucunda halk veya siyasiler tarafından seçilen devlet veya cumhur başkanlarının - tarafsız olsalar bile - bağımsız ve tarafsız hâkimler bulacakları ve atayacakları düşünülemez. Nitekim, neredeyse bütün ülkelerde anayasa ve eşdeğeri mahkemeler ile yargı kurullarına yapılan atamalar siyasi bir saik ile yapılmakta; atayanın temsil ettiği menfaatin yararına görev yapacağı beklenen kişiler atanmaktadır. Çünkü bu atamaları siyasi bir kariyeri, gündemi ve motivasyonu olan, siyasetten gelen yöneticiler yapmaktadır.

gide yürümektedirler^[23]. Demokrasi için en büyük tehlike; bu mücadele sırasında güçlenen yargıyı kontrolleri altına alabilen liderlerin kolaylıkla otokrasiye kayabileceği olmasıdır^[24].

Yargı gücünü doğrudan veya dolaylı olarak yürütmeye bağımlı hale getiren bu gelişmelerin temel gerekçeleri; yargının yetersiz, verimli çalışmıyor, topluma katma değer üretmiyor, buna karşın ayrıcalıklardan yararlanıyor fakat hesap vermiyor olmasıdır. İşin üzücü yanı bütün bu gerekçeler ileri demokrasiler de dahil olmak üzere bütün ülkeler için üç aşağı beş yukarı doğru olmasıdır. Birkaç küçük istisna dışında hiçbir ülkede toplum; yargının görevini etkin ve verimli olarak yerine getirdiğini, şeffaf ve hesapverir olduğunu yüksek bir güvenle kabul ediyor değildir.

Ayrıcalıklı Yargının Hesap Vermemesi Sorunu

Yargının tam bağımsızlıktan ve mali özerklikten mahrum edilmesinin arkasında yatan diğer bir sebep de yargının oluşturduğu katma değer

[23] David Kosař, age, s. 1586 “ the developments in Hungary (where Viktor Orbán created the brand new National Office for the Judiciary, chaired by his loyal supporter Tünde Handó, and hollowed out the powers of the existing the National Judicial Council¹⁰⁵) and Poland (where Jaroslav Kaczyński packed the National Council of the Judiciary with his supporters and even threatened to revert to the Ministry of Justice model¹⁰⁶) show that judicial self-governance can be reduced and even abused to the detriment of individual judges.” ve s. 1589: “Polish, Spanish, and Turkish contributions show that when politicians can select the judicial members of judicial councils, that inevitably leads to the politicization of the judiciary,¹²⁷ or at least to the perception of “distance” between judges and the judicial council.¹²⁸ However, even if judges can elect their representatives, that does not mean that political ties do not matter. In France and Italy, judicial associations, often associated with a certain political party or at least a certain worldview, actually have a major say on who sits on judicial self-governance bodies and how these bodies decide important issues.¹²⁹ Slovakia then serves as a cautionary tale, as it shows that the judicial council can also be captured from inside by one of the factions within the judiciary.¹³⁰”

[24] Uluslararası politik ve ekonomik gelişmelerin yönü bu ülkelerin yönelimini belirleyerek demokrasi ile otoriterleşme arasında salınmalarına neden olabilir.

yararlandığı imtiyazlarla orantılı olmamasıdır^[25] Bütün toplumlarda yargıçlar seçilerek değil atanarak göreve gelir, görece yüksek gelir elde eder, görevden alınamazlar görevlerinin gereği olarak ayrıcalıklara sahip olur, dokunulmazlıklardan yararlanırlar. Fakat hatalarından, ihmallerinden, ihlallerinden ve hatta görevi suiistimallerinden dolayı kendilerine hesap sorulamaz.

Nüfusu 5 -10 milyon kişi civarında olan, etik değerleri ve refah düzeyleri yüksek ülkeler; mevzuatları sığ ve basit olmasına karşın yukarıda özetlenen sorunları yaşamamaktadır. Bu ülkelere; Danimarka, İsveç, Norveç, Finlandiya ve Uzakdoğu'da Singapur^[26] örnek olarak gösteri-

[25] Yargı organ ve unsurlarına bağımsızlık tanınması; yargının işlevini, yani yargı hizmetini en iyi şekilde vermesini sağlamak amacıyla. Hizmeti verenlerin “bağımsız” olması yargı hizmetinin en önemli unsurudur. Zira bağımsız olmadığı durumda yargının verdiği hizmet; yargılama, uyuşmazlıkları çözme, hakkı yerine getirme hizmeti değil, çatışan menfaatler arasında tercihte bulunma niteliğindedir. Hükümdarın temsilcisi sıfatıyla atandığı mülki birimin hem hâkimi ve hem de idarecisi konumundaki Osmanlı Kadılarının İmparatorluğun gerilemesi sürecinde uğradığı yozlaşmadan, bağımsız olmadığı durumda yargının neden olabileceği büyük bozuşma tehlikesi için dersler çıkarılabilir. Dolayısıyla yargı; yapısal, malî ve aynı zamanda kurumsal ve kişisel unsurları ile bağımsız, şeffaf ve hesapverir olduğunda topluma yararlı olabilir. Bunlardan herhangi birisi aksadığında ise yargının topluma onulmaz zararlar vereceği kesindir. David Kosař, age, s. 1604: “Marína Urbániková and Katarína Šípulová grapple with the conceptual disagreement regarding public confidence and define its three levels (individual, institutional and cultural), painstakingly identify the factors that may influence public confidence in the judiciary, and acknowledge that the establishment and reforms of judicial councils usually relate public confidence to some other value: most frequently these are independence (Netherlands, Poland, Italy, Hungary, Ireland), accountability (Netherlands), and the perception of the effectiveness of the judicial system (Netherlands, Poland, Hungary, France, Ireland).226 Only then can they study the effects of judicial councils on public confidence.”

[26] Danimarka, İsveç, Norveç, Finlandiya ve Singapur'da halkın hukuk sistemine güvenini ölçen anketler yargıya güvenin yüksek olduğunu ortaya koymaktadır. Singapur, Norveç ve İsveç'te hakim atamalarına itiraz edilmediği görülmektedir. Danimarka ve Finlandiya'da ise hakimlerin atanmasını düzenleyen kanunlar itiraza izin vermemektedir. Nitekim halkın kurumlara ve bu kurumlarda görev yapan kişilere duyduğu güvenin doğal bir sonucu olarak itiraz yolunun kapalı olması

lebilir. Buna karşın Fransa^[27], İtalya^[28] ve İtalyan sistemini örnek alan Romanya, İspanya'da düzenlemeler çok kapsamlı olmasına rağmen yargı hizmetlerinden memnunsuzluk görece yüksektir.

Kısaca özetlemek gerekirse refah düzeyi yüksek olan küçük ülkelerde yargı, meşruiyetine uyarlı olarak yüksek kalitede hizmet ve katma değer üretir olup aynı zamanda oldukça şeffaf ve hesapverirdir. Bu ülkelerin yüksek etik seviyeleri hesapverirliğin kurallarla düzenlenmesine ihtiyaç duymaz. Diğer ülkelerde ise yargının etkin hesapverirliğini sağlamaya yeterli mevzuat veya uygulama olduğu söylenemez. İstisnalar dışında yargı organ ve unsurlarına etkin olarak hesap sorulabilir değildir. Dışa karşı fiilen ve hukuken hesapvermez durumda olan yargı; kendi içinde ise birçok hesap sorma yöntemi kullanır. Bunlar yargıda iç bağımlılıklar oluşmasına ve çeşitli güç odakları doğmasına neden olurlar^[29].

eleştirilmemektedir. Bu ülkelerde her ne kadar hakimlerin disiplin sorumluluğuna ilişkin detaylı düzenlemeler bulunmasa da ülkelerin kültür, eğitim ve refah seviyeleri hukuk sistemlerinin gelişmesinde katkı sağlamış ve halkın etik değerleri ve demokrasiye olan güveni bir yaptırımın uygulanması için herhangi bir düzenleme yapılmasına gerek duyulmadığını göstermiştir.

[27] Toplumun yargının bağımsızlığına dair algısı üzerinde yapılan araştırmada; Fransa'da halkın %56'sının, İspanya'da ise halkın yalnızca %44'ünün yargının bağımsızlığının çok iyi-iyi düzeyinde olduğunu düşündüğü saptanmıştır. (European Commission (2020). 2020 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in France, s. 3; European Commission (2020). 2020 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Spain, s.3.)

[28] Marína Urbániková & Katarína Šipulová, Failed d Expectations: Does the Establishment of Judicial Councils Enhance Confidence in Courts?, German Law Journal, Vol. 19 No. 7, s.2129 “Bienvenuti ve Paris’e göre İtalya’da Consiglio Superiore della Magistrata (CSM) ismi verilen Yargı Yüksek Kurulu, yargının gerek yürütme gerekse yasama güçlerinden tam bağımsız olarak yapılanmasını ve bu anlamda yargının bağımsız ve ayrı bir güç olarak ortaya çıkmasını sağlamışsa da; yargının hesapverirliğini sağlamakta çok az başarılı olmuştur. Bu sebeple de, İtalya’da yargı meslek mensupları olan Hakimler ve Savcılar, kendi başlarına bir güç odağı haline gelmiş ve faaliyetleri denetlenemeyen ayrıcalıklı bir zümre haline gelmişlerdir. Bu sebeple de toplumun yargıya itimadı azalmıştır.

[29] İtalya’da ve İspanya’da yüksek dereceli hâkimlerin oluşturduğu iç bağımlılığın çok daha ağır bir versiyonu Türkiye’de 1971 ve 1981 yılları arasında HSK’nın Yargıtay üyelerini,

Devlet gücünü bile sınırlayabildiği halde hesapvermez ve dokunulmaz olan yargıda kendiliğinden bile bir yargı kastı oluşabileceği kolaylıkla öngörülebilir. Yargıyı ayrıcalıklar ve dokunulmazlıkla donatıp bir de kendi kendini yönetebilir hale getirince bu tehlike daha da büyür ve hatta gerçek olur; yargı kastı topluma hükmeder hale gelebilir. Ayrıcalıklar hesapvermezlik ile bir araya geldiğinde keyfilik ve suistimale yol açar. Türkiye, bunun canlı tanığıdır^[30]. Ancak bu tecrübeler sadece Türkiye'ye mahsus da değildir. Fransa'daki "yargıçlar devleti" korkusu yersiz değildir. Gerçekten de yürütmeden de güçlü olan yargının gücüne bir sınır konmadığı takdirde yargıçlar devleti oluşmasını ne önleyebilir? Ya da dış güçlere karşı bağımsızlığını koruyabilen yargının kendi içinde bir kesime, örneğin bir zamanlar İtalya'da, 1971–1981 arasında Türkiye'de olduğu gibi temyiz mahkemesi üyelerine bağımlı hale gelmesini kim önleyebilir^[31]? Başka bir deyişle kendisinin hukuka uyarlığı sağlanmadığı, hesapverir olmadığı takdirde o kadar çok güç sahibi olan yargıyı hangi güç sınırlandırabilir^[32]?

Bu sorulara yargıçların cevabı: "yargıçlar hukuka uyarlı davranırlar!" olur; yargıçlar kendi kendilerine hukuka uyarlı davranacaklarını, hesap-

Yargıtay'ın da HSK üyelerini belirlediği co-optation döneminde yaşanmıştır. Söz konusu dönemdeki kötü tecrübeler Türkiye'de yargının yürütmeye bağımlı hale getirilmesinin arkasındaki temel sebeplerden birisidir.

[30] Anayasa Mahkemesi, 2011/1 esas sayılı kararına konu olayda Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararda kamu kurumu niteliğinde bir ticari meslek odasının tarafı olduğu bir davada yargılamayı etkilemek için rüşvet verildiğine ilişkin suçlamada delillerin bir kısmının usulsüz olduğu gerekçesiyle oyçokluğu ile beraat kararı vermiştir. Mahkeme başkanı ve muhalif üyeler bir kısım Yargıtay hakimleri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek odası başkanının mahkûm edilmesi gerekçesiyle muhalif olmuşlardır.

[31] Bu sorulara kurumsal ve güçlü cevap verilemediği için yargı, işlevine yürütmenin müdahalesi suretiyle sınırlandırılmakta; bu yöntem günümüzde yaşadığımız sorunlara neden olmakta çözümün kendisi, yeni ve daha köklü sorunlara neden olmaktadır.

[32] 1977 tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi yargının hâkimlerden ve hukukçulardan oluşması işlem ve kararlarının hukuka uyarlı olduğu ve olacağı anlamına gelmez.

verir olduklarını, bu konuda başka bir denetime ihtiyaç duymadıkları savunurlar. Fakat bu cevap hem çok naiftir hem de iyi niyetin bütün zayıflıklarını taşır. Birincisi: hâkimin hukuku iyi bildiği sadece bir iddiadır ve genellikle doğru değildir. Çünkü; kuralı iyi bilmek için gerçek olayları bilmek ve olaylara uygulayabilmek gerekir. Oysa hakimler olayları genellikle tam bilmezler, tarafların gerçeği hâkimin önüne getirmesi gerekir. İkincisi: hâkimlerin kurala uyarlı davranacakları yani kuralı kendi kendilerine de isabetle uygulayacakları varsayımı felsefi olarak yanlıştır^[33]. Kişi kendi kendisine karşı bir kuralı uygulayamaz. Bir kuralı bir kişiye karşı ancak bir başka kişi uygular. Bunun adı hesapverirliktir. Üçüncüsü: insanlar rahatına düşkündür; bir insan kendisini sıkıntıya sokan hususları ortadan kaldırmaya çalışır. İnsanlar, kendi kendilerine koyduğu kurala uymadıklarında kural kendiliğinden ortadan kalkar. Dolayısıyla insanların kendi kendilerine uyacaklarını söylediği kurallar aslında kural değil, sadece niyettir. Sonuncusu ve en önemlisi ise hâkim, kuralları kendi kendisine değil, karşılıklı tarafların çatışmasından ortaya çıkan durumu tespit ederek uygular. Uyuşmaz tarafların çekişen görüşleri olmadan hâkimlerin isabetli karar veremeyeceği temel bir yargılama ilkesidir.

Dolayısıyla yargının tam bağımsızlığını sağlamak için çözülmesi gereken diğer sorun, hizmet üretiminden sonra yargının kendisinin hukuka uyarlılığını ve hesapverirliğini sağlamak olmaktadır.

Hizmet Üretimi Odaklı Hesapverirlik

Hesapverirlik, demokraside toplum adına devlet gücünü kullanan her

[33] Anayasa Mahkemesinin 27.1.1977 tarihli E.1976/43 ve K.1977/4 sayılı kararının gerekçesinden: “Gerçekten, Yüksek Hâkimler Kurulu Yargıtay’ca seçilen Yargıtay üyelerinden oluşmaktadır. Ne var ki, idarî nitelikte bir kuruluşun yüksek dereceli Yargıtay üyelerinden oluşması kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmasını gerektirmez; Nitekim, Devletin en yüksek görev yerlerinde bulunanların aldıkları idarî kararlar da yargı denetimine bağlı tutulmuşlardır. Çünkü, yargı denetiminin kendisine özgü kuralları vardır. Denetimin bu kurallara uygun olarak yapılması ve sonuçlanması gerekir.”

organ ve unsurun varlık sebebini yerine getirdiğini ispat etmenin temel yöntemidir. Yargı gücü, organ ve unsurları hesapverirlikten bağışık değildir. Tersine görevi gereği birçok ayrıcalıktan yararlanan yargının tam bağımsızlığı hak edebilmesi için öncelikle meşruiyetinin temel şartını gerçekleştirmesi, yani görevinin kapsamına giren hizmeti yerine getirmesi gerekir. Bunu topluma göstermek için şeffaflık ve hesapverirlik zaruridir. Yargının hesapverirliği yargı bağımsızlığından önce gelmeli; her türlü işlem ve kararda yargı tam şeffaf ve hesapverir olmalıdır. Aksi takdirde yargının bağımsız olup olmamasının toplum açısından bir önemi ve yararı yoktur^[34]. Yargıya önce bağımsızlık verip sonra hesapverir hale getirmek değil; önce hesapverir hale getirip, hesapverir olduğundan emin olduktan sonra bağımsızlık vermek doğru ve gerçekçidir.

Kısıtlı da olsa, ayrıcalık, dokunulmazlık ve bağımsızlık hakları tanınmış olması, azlolunmama, özlük haklarından yoksun bırakılmama, suçlarından dolayı soruşturmaların ön izin ve benzeri şartlara tabi tutulması gibi geniş bir yelpazedeki yargı organ ve unsurlarının hizmetlerinin en iyi şekilde yerine getirmelerini sağlamak içindir. Dolayısıyla yargının, diğer kamu görevlilerinden daha fazla hizmeti ve hizmetini etkileyen tüm hususlarda etkin olarak hesapverir olması gerekir. Çünkü onlara bu ayrıcalıklar hizmetlerini en iyi şekilde vermelerini sağlamak için tanınmaktadır. Hukukun üstünlüğünü ve adaleti sağlamak gibi yüce bir amaca hizmet ediyor olması, yargının hesap vermemesi için bir mazeret olamaz. Tersine bu hizmetin toplum için taşıdığı hayati önem, yargının hesap vermesinin toplum için hayati önemde olduğunu gösterir. Gerçekten de yargı hizmetlerinin toplum için önemi, diğer toplum hizmetlerine oranla çok daha önemli ve hayati niteliktedir.

Dolayısıyla yargı organ ve unsurları, kendilerine verilen görevi ne ka-

[34] Nasıl ki bir şirketin genel kurulu, hesap sormadığı bilgi alamadığı bir genel müdürü yetki vermezse, her türlü yetkiye sahip olduğu halde hesap verir olmayan yargı kurulları kısa zamanda yozlaşırlar ve toplum da kısa süre içinde bu kurulların bağımsızlığını ortadan kaldırır, hiç olmazsa seçimden seçime hesap sorabildiği siyasilere bağımlı hale getirir.

dar gerçekleştirdiklerinin somut olarak hesabını vermeli; hizmetlerine etki eden tüm etkenleri kamuoyu ile dürüstçe paylaşmalıdır. Yargının bir bütün olarak hem organları ve hem de unsurları vasıtasıyla etkin olarak hesap vermesi, hizmetini geliştirmesinin kaliteli hizmet üretir hale gelmesinin ilk ve esaslı adımıdır.

İşlevinin toplum için hayati önemi karşısında yargı ile ilgili tartışmaların kaliteli hizmet üretimine odaklanması beklenirdi. Ancak tartışmalar; hizmete değil hizmeti veren unsurlardan sadece hâkimlerin bağımsızlığına indirgenmiştir^[35]. Tarihsel gelişim sürecinde yargının bağımsızlaşması öncelikli iken günümüzde kaliteli hizmet verilmesi öne geçmiştir. Bu o kadar önemli olmuştur ki hizmetin ihmal edilmesi yargının bağımsızlığının kısıtlamanın temel sebebi haline gelmiştir. Hollanda'da yapılan hizmet odaklı reformların sağladığı güven artışına karşın yargı kurullarında yapılan değişikliklerin İspanya'da neden olduğu siyasallaşma bu konuda önemli çıkarımlar yapılabilecek ibretlik gelişmelerdir^[36].

[35] Oysa hâkimlerin bağımsızlığı hizmet üretimi için vazgeçilemez bir unsur olmakla birlikte hizmetin kalite unsurlarından sadece bir tanesidir. Bugüne kadar bağımsızlığa odaklanılmasında tarihsel gelişim sürecinin yargının önceleri hükümdarlarda, günümüzde ise yürütme ve yasama güçlerinden özgürleştirilmesi şeklinde olması etkili olmuştur.

[36] David Kosař, age. s. 1580, Dipnot 78 ve 79 civarı: "Aida Torres Pérez shows how the selection of judicial members of the General Council of the Judiciary by politicians and the Council's internal practices led to its politicization, which has in turn contributed to undermining public confidence in the Spanish judiciary.

Elaine Mak explains how the new public management theories of governance transformed the Dutch judiciary institutionally as well as mentally. The Netherlands abandoned the original flat explains how the new public management theories of governance organizational structure for a centralized and more hierarchical management, with the key role of the Council for the Judiciary and the Management Boards. However, the new more "business like" approach to judicial governance, which praises efficiency, effectiveness, and client-oriented mindset, has sometimes collided with the traditional rule of law of values. This in turn led to occasional skirmishes, revolving around claims of autonomy, between judges and the Council for the Judiciary as well as between the Council for the Judiciary and the Ministry of Justice and Security.

Demokrasi, güçler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı düşüncesinin bu kadar geliştiği, yargı gücünün diğer güçleri dengeleme ve denetlemesi fikrinin yerleştiği günümüzde artık “bağımsızlık” tartışmalarını arka plana alıp; hizmetin kalitesine odaklanmak zaruri hale gelmiştir^[37]. Çünkü, kaliteli hizmet üretmediği, hesapverir olmadığı durumda toplum yargının bağımsızlığını kısıtlamakta; tüm yetkiyi seçimlerle değiştirebildiği siyasilere vermekte beis görmemektedir.

Gerçekten de ilk bakışta görüleceği üzere: seçimden seçime hesap veren siyasiler ile ömürleri boyunca hesap vermeyen yargıçlar arasında bir tercih yapması gerektiğinde toplum, elbette, ehven olan siyasileri tercih edecek; yargıyı siyasilere bağımlı hale getirmeyi seçecektir. Türkiye’de 2017 yılındaki değişiklikle HSK’nın siyasilere bağımlı hale gelmesi, İspanya’daki benzer durum, Polonya ve Macaristan’ın son yıllarda AB ile sorun yaşadığı hususlar, bu ülkelerin toplumlarının perspektifinden bakıldığında biraz önce değindiğimiz sorunların ve tercihlerin yansımalarıdır.

Kaliteli Hizmet Üretmeye Uygun Yapılanma

Varlık sebebi topluma hizmet etmek olan yargı, bu görevini en iyi şekilde yapmakla yükümlüdür. Yargının iyi hizmet vermesini beklemek

[37] Burada şu önemli hususa da değinilmesi zorunludur: Yargılamalar; her biri farklı rol üstlenen hâkim, savcı ve avukat unsurlarının birlikte çalışması suretiyle yapılmakta; uyumsuzluklar çözülebilmektedir. İddia ve savunma görevini avukatlar üstlenmekte; yargı hizmetinin verilmesi avukatın katılımı ve katkısı ile mümkün olmaktadır. Fakat yargının ürettiği hizmetin kalitesini belirleyici olmalarına karşın avukatlar kendi hizmetlerinin kalitesi konusunda kendi meslek kuruluşlarından ve kendi meslekî deontoloji kurallarından başka bir yere hesapverir değildir. Örneğin asgari hizmet standardı belirlenmemişken zorunlu asgari ücret tarifeleri oluşturulması en basit sözleşme ilişkisinde bile adil ve hakkaniyetli değildir. Oysa yargı hizmetlerinin kalitesi için avukatların mesleki katkılarının her bakımdan hizmet kalitesini yükseltici mahiyette olması gerekir.

ise toplumun doğal hakkıdır^[38]. Görevinin resmi, kamusal, kutsal veya hayatî önemde olması yargıyı topluma kaliteli hizmet verme yükümünden kurtarmaz. Yargı, organ ve unsurlarının takdirine veya “keyfine göre” hizmet sunamaz. Tersine bu nitelikler, yargının kaliteli hizmet vermesini zorunlu kılar.

Yukarıda etraflıca açıkladığımız üzere yargı; her biri birer kurucu unsur olan hâkim, savcı ve avukat mesleklerinin bir araya gelmesiyle oluşur. Bu meslekler yargı hizmetini birlikte çalışarak üretirler.^[39] Buna karşın klasik manada yargı kurullarının temel amacı ve işlevi; sadece hâkimlerin ve bazen de savcılarının bağımsızlığını sağlamaktan ibarettir. Hâkimler bağımsız olduğunda yargının hizmetlerinin kalitesinin yükseleceği; neredeyse kusursuz hizmet vereceği varsayılır. Bağımsızlığın kaliteli hizmet getireceği varsayımı büyük bir yanılgıdır^[40]. En başta mantıken, farklı üç meslek grubundan sadece birisinin, hizmetini ilgilendiren unsurlardan sadece bir tanesi halledildiğinde diğerlerinin de kaliteli hizmet vereceğini düşünmek mantıken hatalıdır. Çünkü hizmet unsurlarından birisi

[38] Almanya’da yargı hizmetlerinden şikayetleri gidermek üzere “Hizmet Mahkemeleri” kurulmuştur. İskoçya’da yargı hizmetlerinin kalite unsurları belirlenmekte; muhataplarının hizmetten memnuniyeti denetlenmektedir. İngiltere’de ve ABD’de yargının hizmet seviyesini kamuoyunun yakından takip edebileceği düzenli raporlar yayınlanmaktadır. İskoçya ve İngiltere’de yargıdaki atamalarda belirleyici role sahip olan yargı atama kurullarında avukatlar da yer aldığı gibi hukukçu olmayan üyeler çoğunluğu teşkil etmektedir. Yargı mükemmeliyeti konusunda International Consortium for Court Excellence (Yargı Mükemmeliyeti için Uluslararası Konsorsiyum) bu konuda değerli çalışmalar yapmaktadır. International Framework for Court Excellence isimli çalışmalarına erişmek için: http://www.courtexcellence.com/__data/assets/pdf_file/0015/53124/The-International-Framework-3E-2020-V2.pdf

[39] Yargı böylelikle hukukun üstünlüğünü sağlayacak, adalet inancını güçlendirecek, toplumda uzlaşma ve işbirliğini geliştirecek ve refahın artırılmasına katkıda bulunacaktır.

[40] David Kosaş, Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe, German Law Journal, Vol.19 No. 7 s.1567; “A few years ago, judicial councils composed primarily of judges Were viewed as a panacea for virtually all problems of court administration in Europe. The burgeoning literature on judicial councils has shown that this is not necessarily the case.”

aksadığında bütün hizmetin aksar.

Hâkim, iddia ve savunmanın çekişmesi olmadan işlev gösteremez. Çekişmeli yargılama ilkesinin ortaya koyduğu üzere iddia ve savunmanın mücadelesi olmadan hâkimin doğru karar veremez. Yargılama, karşıt tarafların maddi gerçeği ortaya çıkarmak için mücadele ettiği, birbirlerinin eksikliğini tamamlayarak maddi gerçeğin kusursuz bir şekilde mahkemeye getirildiği, hâkimin hem maddi gerçek hem de uygulanacak kurallar konusunda aydınlatıldığı, sonunda en doğru çözümün bulunduğu hassas bir çekişme faaliyetidir. Hâkimin kararı iddia ve savunmanın çatışmasının özeti ve sonucudur. Karşıt fikirlerin mücadelesi kaliteli olmadan hâkimler tek başlarına kaliteli yargılama yapamaz, isabetli karar veremezler^[41]. Hassas yargılama faaliyetinin sonucunu hâkimin açıklıyor olması, hâkimi yargı hizmetini tek başına veren kişi haline getirmez. Bu sebeplerle yargı unsurlarından sadece hâkim ve savcıların özlük işlerini düzenlemek suretiyle yargının kaliteli hizmet üretmesini sağlamak mümkün değildir.

Buradan yargı yapılanmasının işlevinin doğasına uyarlı olarak hizmetin verilmesine katılanları dahil etmesi gerektiği sonucu çıkar. Yargı hizmetlerini^[42] üreten, yargının vazgeçilmez kurucu unsurları olan hâkim, savcı ve avukat mesleklerinin her birisinin işlevi yargılama hizmeti için

[41] Avukatların, savunmasını üstlendikleri kişiler adına yargıyı harekete geçiren “yargı dışı kişiler” olarak değil; tersine yargının kurucu unsuru olduklarını netleştirmek, görevlerini ve sorumluluklarını ona göre geliştirmek gerekir.

[42] Yargı hizmetlerinin üretilmesinde adliye görevlileri, infaz ve icra görevlileri kritik görevler üstlenmektedir. Uyuşmazlıkların çözümünde önemli görevler yüklenmiş olan arabulucular, uzlaştırmacılar ve (sakat bir düzenleme olmasına rağmen) hali hazırda neredeyse hâkim yardımcısı rolü verilen bilirkişiler de yargı hizmetlerinin verilmesine önemli katkılar vermektedir. Bu metinde sadece hâkim, savcı ve avukatlardan bahsedilmesi üzerinde konuştuğumuz konunun daha kolay kavranması amaçlıdır. Sözü edilen meslek gruplarının da dahil edilerek anlaşılmasını dileriz.

eşit derecede önemlidir^[43]. Hal böyle iken yargı kurullarından bahsedilirken “yargı” olarak tercüme edilen “judiciary” terimi ile “yargıçlar” kastedilmektedir^[44]. Türkçe’ye “Yargı Kurulu” olarak tercüme edilen “Judicial Council” mefhumu üzerindeki tartışmalar da yargıçların (ve savcılarının) kurulları üzerinedir^[45]. Yargının üç kurucu unsurundan biri olmalarına karşın, istisnalar dışında, avukatlar yargı kurullarının kapsamı dışında bırakılmaktadırlar.

Türkiye’nin yargı kurulu olan HSK da “hâkimleri ve savcılarını kapsayan” bir kurul olarak tasarlanmıştır. Avukatlar ise, yargının kurucu unsuru oldukları kabul edilmesine rağmen, kapsam dışında tutulmuştur. Hatta avukatların meslek kuruluşları olan Barolar, Anayasa’da yargı bölümü dışında, diğer meslek grupları ile aynı sınıfta bir meslek kuruluşu olarak düzenlenmiştir^[46]. Oysa avukatları yargı kurullarının dışında tutmak doğru ve isabetli değildir. Avukatların mesleki bağımsızlığının hâkim ve savcılardan daha farklı bir temelini bulunması, hâkim ve savcılardaki gibi tarafsız olmak yerine savundukları tarafı temsil ediyor olmaları; avukatların yargı kurullarının kapsamı dışında tutulmasını haklı

[43] İslam ve Osmanlı hukukunda “hâkim” kilit bir kavramdır. Hâkim kelimesi devletin yasama, yürütme ve yargıdan oluşan üç temel fonksiyonunu kullananların hepsine (bütün kamu görevlilerine) alem olacak kadar geniş anlamlıdır. Daha sonraları anlam daralmasına uğrayarak yargıç anlamına indirgenmiştir. Bkz. Osmanlı Devleti’nde Eğitim, Hukuk ve Modernleşme; Ejder Okumuş, Ahmet Cihan, Mustafa Avcı, Özgü Yayınları 2006, s. 122

[44] Ülkelerin çoğunda savcılar da hâkim gibi değerlendirilmekte; dolayısı ile terim savcıları da kapsamaktadır. Fakat avukatları kapsamı dışındadır.

[45] Bu hususta uluslararası alanda ortaya atılan görüşlerin ve hatta bazı ülkelerin gerçekleştirmiş olduğu yargı kurulları oluşumlarının tamamının temel çıkış noktasında bir terim ve mefhum karmaşası, bunun sonucu olarak da görüşleri kısırlaştıran bir bakış açısı darlığı mevcuttur.

[46] Avukatların meslek kuruluşları baroların ticaret odaları ve borsalar ile aynı türde meslek kuruluşu olarak görülmesinin garipliği 2020 yılında Avukatlık Kanunu’nda yapılan değişiklikler sırasındaki tartışmalarla daha net olarak ortaya çıkmıştır.

göstermez^[47]. Bu sebeple, avukatlar da hâkim ve savcılarla aynı haklara ve meslek kuruluşuna sahip olmalıdırlar^[48]. Esasen hukuk meslekleri kendi bağımsız meslek kuruluşlarına sahip olmalı, meslek mensuplarından başka kimse bu kuruluşlara müdahil olmamalı; kendi mesleklerinin sorumluluklarını en iyi şekilde yerine getirmek için mesleklerini geliştirmekten bizzat kendileri sorumlu olmalı^[49] bu amaçla tam bağımsız olmalıdırlar. Bu mesleklerin rol ve sorumluluklarının net olarak belirlenmesi, kendi kendilerini yönetme ve geliştirme konusunda bağımsız hale gelmeleri aralarında olumlu işbirliği oluşturup geliştirmenin de ilk şartıdır.

Sonuç olarak bu terim karmaşasının, yargı kurullarının sadece hâkimlerden oluşmasında en azından düşünce bazında etkisinin olması kaçınılmazdır. Aynı durum yargının diğer kurucu unsuru avukatların yargı kurulları dışında bırakılmasında ve bunun sonucunda Adalet Bakanlığının vesayetine tabi kılınmasında da geçerlidir. Başka bir deyişle terim karmaşasının neden olduğu önyargının yargı kurullarının dar kapsamlı ve kusurlu olarak tasarlanmasına etkisinin olduğunu, getirilen çözümlerin sığ ve isabetsiz olmasına bunun da katkısının olduğunu dü-

[47] Nitekim bu isabetsiz düzenleme; mesleğe giriş, disiplin ve ceza soruşturması gibi özlük hakları konularında Adalet Bakanlığı'ndan bağımsız oldukları halde avukatların, Adalet Bakanlığı'nın vesayetine bırakılması sonucunu doğurmuştur.

[48] Kuşkusuz yargı unsurları arasında en bağımsız olması gereken avukatların da kişisel ve kurumsal olarak hesapverir olması gereklidir. Ancak hesap verecekleri kurum Adalet Bakanı (yani yürütme) değil, toplum ve hizmetlerini toplum adına düzenleyen bağımsız bir kurum olmalıdır. Ayrıca hesap vermenin kapsamı hukukla sınırlı olmalı, mesleğin bağımsızlığının zedeleyici olmamalıdır. Halihazırdaki, öngörülmüş olan Adalet Bakanlığı vesayeti avukatlık mesleğinin bağımsızlığı idealine aykırıdır. Haksız suçlanmalarını önlemek için alınmış olan tedbirler, haklarında iddianame düzenlenmesinin ağır ceza mahkemesinin onayına tabi olması, soruşturma izni yoluyla avukatların taciz edilerek, bağımsızlıklarının kısıtlanmasını önlemeye yeterli değildir.

[49] Fakat kendilerinden toplumun beklentileri netleştirilmeli, hizmet standartları yükseltilmelidir. İşte bu noktada hem beklentileri netleştirmek hem standartları belirlemek ve giderek yükseltmek işlevini üstlenecek ve bu işlevi toplumun ihtiyaç ve tercihleri yönünde yerine getirecek düzenleyici kurum ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

şünmekteyiz^[50].

Yargı kurulları tasarısının kaliteli hizmet üretimi odaklı olarak düşünülmemiş olması da gelinen durumda etkisi olduğu tahmin edilebilir. Yargı kurulları meselesine hizmet üretimi noktasından yaklaşmanın kamuoyunun güvenini kazanmaktaki önemini İrlanda ve Hollanda örnekleri göstermektedir^[51]. Türkiye örneğinde görüldüğü üzere yargının topluma katma değer katar değil külfet yükler hale gelmiş; buna karşın ayrıcalıklardan yararlanıyor olması tepki çekmekte; yargı kurullarının ve dolayısıyla tüm yargı unsurlarının kontrol altına alınması sonucunu doğurmaktadır. Gerçekten de iyi hizmet üretilmeyen ülkelerde nice zorluklarla krallardan bağımsızlaşan yargı gücü; varlık sebebi olan hizmet üretiminde geri kaldığı için bağımsızlığını kaybetmekte; kralın yerini almış olan siyasilerin kontrolü altına girmektedir.

Bu kötüye gidişin sebebinin yargı kurullarının yargı hizmetini üreten bütün unsurları, özellikle de avukatları kapsamıyor olması olduğu

[50] Bu karışıklığa Türkiye güzel bir örnek teşkil etmektedir. Örneğin bir hukuk mezununun avukatlığa kabulüne hem il barosu hem Türkiye Barolar Birliği ve nihai olarak da Adalet Bakanlığı karar vermektedir. Yürütmeden bağımsız olması için hâkimler ile yürütme arasına HSK ara yastığı konulmuş olmasına rağmen hâkimlik sınavlarını Adalet bakanlığı yapmakta, bakanlığın görevlileri hâkimliğe kimlerin kabul edileceğine karar vermektedir.

[51] Marína Urbániková & Katarína Šipulová, Failed d Expectations: Does the Establishment of Judicial Councils Enhance Confidence in Courts?, German Law Journal, Vol. 19 No. 7, s.2106: “Finally, the Netherlands and Ireland provide optimistic insights regarding the impact on the effectiveness of the judiciary. It seems that in both countries, the judicial council²⁶³ (the Netherlands) and the Court Service (Ireland) were established primarily to improve the management of the courts, and they were not expected to become the guarantors of judicial independence, also because in both countries the judiciary has traditionally enjoyed a high level of independence. Both O’Brien and Mak argue that this promise has been fulfilled. Regarding Ireland, O’Brien argues that “the creation of the Courts Service has allowed the judiciary to improve the public image of the courts through improved facilities.”²⁶⁴ Mak concludes that “judicial self-government in the Netherlands can be assessed as functioning adequately” on the basis of a combination of rule of law values and new public management values (effectiveness, efficiency, and a client-oriented system), and that there is a high level of trust in the Dutch judiciary, which steadily ranks at around 70%.”

da kolayca görülebilir^[52]. Dolayısıyla kötüye gidişi durdurup tersine çevirmenin yolu: yalın, hizmet unsurlarının tamamını kapsayan, hukuk mesleklerini kaliteli hizmet üretmek için organize eden bir düzenleyici kurum oluşturmak en isabetli ve kolay işletilebilir çözüm olacaktır^[53].

Türkiye'nin Demokrasi ve Yargı Kurulu Tecrübeleri:

Batı'nın geliştirdiği, köklerini Antik Helen uygarlığına bağladığı ve II. Dünya Savaşı sonrasında Anayasa koruma kurumu ile güçlendirdiği demokrasi fikri ile Türk-İslam uygarlığının geliştirdiği devlet yönetimi tarzı işlevleri bakımından temelde birbirlerinden uzak değildir.

Osmanlı İmparatorluğunda mutlak egemen olan hükümdarda olan yasama, yürütme ve yargı erklerinin kullanılması uygulamada Divân-ı Hümayun^[54] denilen yüksek bir kurul-organ ile paylaşılmakta ve onun aracılığıyla yürütülmekte idi. Divân-ı Hümayun bir parlamento değildir; ama Türkiye merkezî idaresinin ve bürokrasisinin kökeni bu sarayda

[52] Bunun sebebi ise yargı kurullarının odağında topluma kaliteli yargı hizmeti üretilmesinin değil, yargı gücünü kullananların yürütmeye ve diğer güçlere karşı bağımsızlığının konuluyor olmasıdır.

[53] Yargı kurulları kaliteli hizmet üretimi odaklı tasarlanmadığı, hizmet üretimini harekete geçiren ve kalitesini de denetleyen avukatlar dışarıda tutulduğu, çoğunlukla hizmetin nihai muhatabı olan toplumun temsilcilerinin hiç dahil edilmediği birçok durumda yargı kurulu yapılanması kendi içinde de yetersiz ve kusurlu olduğu için yargı hizmetleri neredeyse her ülkede değişik yönlerden aksamaktadır. Yargının içinde bulunduğu topluma katma değer yaratan olmaktan çıkarak maliyet haline gelmesi, üstelik de ayrıcalıklardan yararlanmasa tepki çekmekte; kontrol altına alınmasını gerekli ve doğru olacağı şeklinde algıya neden olmaktadır. Bir bakıma, zaman içinde nice zorluklarla krallardan bağımsızlaşan yargı gücü; yeniden fakat bu kez kralın yerini almış olan yürütme güçlerinin ve siyasilerin kontrolü altına girmektedir.

[54] Divan-ı Hümayun'dan Meclis-i Mebusan'a Osmanlı İmparatorluğunda Yasama, Mehmet Seyitdanlıoğlu; TANZİMAT, Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Halil İnalçık – Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006, s. 378 vd. Fatih zamanında kurumlaşan, XVII. Yüzyıldan itibaren giderek önemini kaybeden bu kurum varlığını sembolik biçimde sürdürmüştür. İlber Ortaylı, Osmanlı'yı Yeniden Keşfetmek, TİMAŞ yayınları 2006, 3. Bası, s.135-142

yatmaktadır. İmparatorluk kurulu diye tercüme edebileceğimiz bu kurum önceleri açıkta, halkın önündeki bir sofada toplanırdı. Türk–İslam devlet geleneğine hâkim olan “Adaletin devletin temelidir” temel ilkesinin bir yansıması olarak kazaskerler en üst Osmanlı devlet kurumu olan Divan-ı Hümayun’da yer alırlardı. Yargıçlar; Osmanlıların ilk zamanlarında, Selçuklularda ve daha önceki Türk devletlerinde hükümdardan ayrı ve hatta ona üstün bir güç niteliğindeydi^[55]. Sadrazam ve vezirlerin yanı sıra Anadolu ve Rumeli Kadiaskerlerinin de Nişancı ve Defterdar ile birlikte katıldığı divan, adli, idari ve mali yargı işlerine de bakardı. Anadolu ve Rumeli Kadiaskerleri^[56] zamanla bir hiyerarşiye bağlı kadıların tayin-terfilerinin, olağan olarak görevden geri çağrılıp beklemeleri tekrar bir üst rütbeye yükseltilmeleri gibi çok önemli bir mekanizmanın başındaydılar^[57]. Divân-ı Hümayun bir yüksek adalet divanı sayılmakta; sıradan yurttaş dahi devleti temsil edenlere karşı şikayetini oraya gelip şahsen ifade edebilmekte idi. Bu kurumun kaynağı Şerî’at değil, tarihi gelenektir^[58].

Türkiye, Batı tarzı demokratik yönetim tarzına geçmeye Osmanlı imparatorluğu zamanında 19. yüzyılın başında başlamıştır. Osmanlı İmparatorluğu Tanzimat döneminde yasama, yürütme ve yargı güçlerinin ayrıldığı modern bir devlet yapısına doğru hızla yol almıştır. 24 Mart 1838 tarihinde II. Mahmud (1808-1839) yetkilerini kendi arzusuyla sı-

[55] Eski Türk devletlerinde kurultaylarda seçilen veya liderliği kabul edilen kağanlar; ülkeyi Töre’ye uyararak yönetmeyi taahhüt ederlerdi. Töre toplumda en üst güç olarak kabul edilir, yöneticiler düzenli olarak yargucilerin (yargıçlar) önüne çıkarak hesap verir; aleyhlerinde verilen kararlara uyarlardı. Ülke ve devletin hükümdarların mutlak mülkleri olarak kabul edilmesine rağmen bir taraftan töre ve yarguciler diğer taraftan kurulan meclisler vasıtası ile hükümdarın yönetici olarak rolü ve yetkileri sınırlandırılırdı. Bu gelenek Selçuklularda ve Osmanlı’da asırlarca sürdürülmüştür.

[56] Kadiasker veya Kazasker manası: Osmanlı ordusunun askeri hâkimleri durumundaydılar.

[57] İlber Ortaylı, age s. 138

[58] Halil İnalçık, Osmanlı’da Devlet, Hukuk ve Adalet, Kronik Kitap, 2016, s. 60.

nırlandırarak bir kısmını Meclis-i Vâlâ-yı Ahkam-ı Adliye adıyla kurmuş olduğu meclise devretti. 26 Eylül 1854'te bu meclis Meclis-i Âli-i Tanzimat ve Meclis-i Vâlâ-yı Tanzimat olarak ikiye ayrıldı. Meclis-i Tanzimat kendi uygun gördüğü konuları ele alabilmiştir. Ayrıca hükümet üyelerini istediği takdirde sorgulama ve hatta gerekirse yargılama yetkisine de sahip olabilmiş, günümüz modern parlamentolarında görülen geniş yetkileri kullanabilmiştir. Aynı dönemde Meclis-i Vâlâ ise yargı gücünü kullanmakta neredeyse tamamen bağımsız olabilmiş; yasama ve yargı güçlerini yürütmeden ayrı ve nispeten bağımsız olarak yürütmeyi başarmıştır^[59]. Bunlar kalıcı olmamış; imparatorluk ve kurumları çökmüş ancak meclis, kesintilere uğramasına rağmen varlığını günümüze karar sürdürmüştür.

Türkiye; 1950'de iktidarın seçimle değişmesini sağlayarak büyük bir demokratikleşme adımı attı. 1960 darbesinden sonra çıkarılan 1961 Anayasası ile “yargı kurulu” ve “Anayasa Mahkemesi” kurumlarını kabul ederek Türkiye; devletin yasama, yürütme ve yargı işlevlerini ve organlarını birbirlerinden ayırma ve bağımsızlaştırma yolunda önemli ilerlemeler kaydetti. 1980 darbesini yapan askeri cuntanın oluşturduğu 1982 Anayasası, işlevlerini sınırlandırmakla birlikte o zamana kadar oluşmuş bulunan demokratik kurumları temelde korudu.^[60]

Yargı kurulu kurumu Türk anayasal sistemine ilk kez 1961 Anayasası ile girmiştir. Nedeni Fransa, İtalya, İspanya ve Portekiz'deki benzerlerinin oluşturulması nedenlerinden farklı olmayıp yürütmenin yargı üzerindeki etkisini sınırlandırmak amacıyladır. Hâkimlerin statüsünü düzenleyen 1926 tarihli 766 sayılı kanunu yürürlükten kaldıran 1934 tarihli 2556

[59] Divan-ı Hümayun'dan Meclis-i Mebusan'a Osmanlı İmparatorluğunda Yasama, Mehmet Seyitdanlıoğlu; TANZİMAT, Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Halil İnalıcık – Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006, s. 378 vd.

[60] Bugün itibarıyla toplumun demokratik yönetimi toplum güçlü ve geri dönülemez bir şekilde kabul etmiş olduğu Türkiye'de demokrasinin kurumları oluşup yerleşmiştir. Fakat işleyişleri sorunlu, gelişmiş ülkelerdeki eşdeğerlerine göre geridedir.

sayılı Hâkimler Kanununa göre hâkim ve savcıların ilerlemesini Yargıtay başkanının başkanlığında, cumhuriyet başsavcısı ve 4 Yargıtay üyesiyle ceza işleri genel müdürü, hukuk işleri genel müdürü, özlük işleri genel müdürü ve Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu başkanından oluşan bir ayırma (selection) komisyonu belirliyor; atamaları ise Adalet Bakanı yapıyordu.^[61] Yargıçların mesleki kariyer işlerinde son sözü söyleyen durumunda olan yürütmenin bu yetkiyi yargıçları cezalandırmak veya üzerlerinde baskı kurmak için kullandığından şikâyet ediliyordu. 1961 Anayasası ile kurulan “Yüksek Hâkimler Kurulu” 1924 Anayasası döneminde siyasal iktidar-yargı ilişkilerinde yaşanan sorunlara gösterilen tepkinin bir ürünüdür. Yürütmenin yargıçlar üzerinde baskı kurmasını önlemek amacıyla oluşturulmuş; bu amaçla hâkimlerin kariyer işlerinde yetki bu kurula verilmiştir^[62]. Yüksek Hâkimler Kurulu ilk şekline göre, 18 asıl ve 5 yedek üyeden oluşuyordu. Yargıtay Genel Kurulu 6 üye, birinci sınıfa ayrılmış hâkimler 6 üye seçiyordu. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu da 3'er üye seçiyordu. Bu usul 1971'de 1488 sayılı Anayasa Değişikliği kanunuyla değiştirilmiş; Kurulun üyelerinin sadece Yargıtay Genel Kurulu tarafından seçilmesi öngörülmüştür.^[63]

1980 darbesinden sonra 1961'de kurulan Yüksek Hâkimler Kurulu, 1971'deki değişikliklerle kurulan Yüksek Savcılar Kurulu ile birleştirildi; bağımsız bir kurul olarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu oluşturuldu. Fakat Adalet Bakanı ile müsteşarı kurulun doğal üyeleri ve başkanı yapıldı; Kurulun toplanması ve karar alması Bakanın katılmasına bağlandı. Kendi sekreteryası da olmayan HSYK'nın işlevini göstermesi tamamıyla Adalet bakanlığına bağımlı hale geldi. Uzunca bir süre Kurulun üyelerini kimlerin seçeceği konusunda yüksek yargı, parlamento

[61] Ömer Sever, Hâkim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı (yüksek lisans tezi) s. 24 vd

[62] Levent Gönenç, Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları; s. 10

[63] Kemal Gözler, 1961 Anayasası, s. 9

ve ilk derece hâkimleri arasında gelgitler yaşandı. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Kurulun adı Hakimler Savcılar Kurulu olarak değiştirildi. Hali hazırda kurulun üyelerini hâkim, savcı ve avukatlar arasından yürütme (siyasi parti) ve yasama (siyasi partiler) seçmekte ve atamaktadır^[64]. Kurulun 13 üyesinin tamamını, 7'sini TBMM seçim, 6'sını da yürütme atama suretiyle siyasiler belirlemektedir.

Yargı kurulu fikrinin ilk defa hayata geçtiği 1961 Anayasa'sından bu yana Türkiye; mükemmel bir laboratuvar gibidir. Yargı kurulları ve neden olduğu sorunlar bakımında neredeyse her türlü tecrübeyi Türkiye yaşamıştır denilebilir. Gerçekten de Türkiye, Kurulun dış bağımlılığı, iç bağımlılığı, hukukî ve fiilî sebeplerle bağımlı hale gelmesi, siyasileşme gibi birçok sorunu bizzat yaşamıştır.

Türkiye, 1961'den bu yana yapılan birçok anayasa değişikliğine rağmen mükemmel bir sonuca henüz erişememiş, demokrasinin tüm kurumlarını oluşturmuş olmasına karşın BM kararlarında belirlenen demokrasi ve yargı bağımsızlığı standartlarını sağlayamamış durumdadır. Son yıllarda yaşanan gelişmeler sonrasında Türkiye; uluslararası hukukun üstünlüğü ve demokrasi endekslerinde yeri aşağılara düşmüştür. Uluslararası endeksler demokrasinin geriye gitmesinin temel sebebinin yargı bağımsızlığı ve hukukun üstünlüğü alanındaki sorunlar olduğunu göstermektedir. Kamuoyu araştırmalarında hukuk, adalet ve yargı Türkiye'nin en temel sorunları olarak ortaya çıkması; toplumun yargıya güven ve adalete inancının önemli ölçüde gerilemiş bulunması da bunu doğrulamaktadır.

Türkiye'de demokrasinin sorunları hukukun üstünlüğü, yargı bağımsızlığı, şeffaflık ve hesapverirlik konularında yoğunlaşmaktadır. Toplum yargı bağımsızlığı konusunda garip bir dilemma içindedir. Toplumun tamamı yargı bağımsızlığının hayati önemde olduğunda mutabık iken önemli bir kesim yargı gücünün yürütmeye ve siyasilere bağımlı hale gel-

[64] 2017'de ismi Hâkimler ve Savcılar Kurulu ("HSK") olarak değiştirilen kurulun üyelerinin tamamını iktidar partisi seçmiş bulunmaktadır.

mesini desteklemektedir. Bu dilemmanın temel sebebi; Türkiye özelinde ampirik olarak da kanıtlanabileceği üzere görevleri öyle gerektirdiği için verilmiş olan ayrıcalıklardan yararlandıkları halde yargı organ ve unsurlarının topluma karşı bu görevi yerine getiremiyor, kaliteli yargı hizmeti veremiyor olmasıdır.

Türkiye’de yaşanan bu gelişmeler ve geline durum dahi tam bağımsızlığını toplumun desteklemesi için, yargının iyi hizmet vermesi, şeffaf ve hesapverir olması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Yargı Kurulu Tasarlama Meseleleri...

Yürütme ve siyasilere yargıçlar arasında bir tampon bölge olarak gelişen yargı kurulları; yargı teşkilatı üzerinde sahip oldukları güç ve yetkiler sebebiyle İspanya, Macaristan, Romanya, Türkiye ve Slovakya örneklerinde görüldüğü üzere yürütmenin yargı üzerinde toptan etki sahibi olmak için kullandığı bir kestirme yol olarak da kullanılabilir. Yargı kurulları fikrinin en zayıf yönü budur: Anayasayı değiştirecek çoğunluğa ulaşan liderler; toplumu ikna edebilecek sebeplere sahip oldukları zaman bir Anayasa veya yasa darbesiyle yargının kontrolünü bir çırpıda ele geçirebilirler. Bu tehlikeyi önlemek için, toplumda zaman içinde değişebilen siyasi tablolara ve olasılıklara karşı direnci yüksek olan ama değişen şartlara da uyabilen bir sistem kurulması gerekir. İtalya’nın 1948’de Anayasasına aldığı CSM sistemi bunun güzel bir örneği olabilir. Ancak İtalya’da tecrübe edilen yargının hizmet üretimi, dahili bağımlılıklar ve hesapverirlik aksamalarından dersler çıkarılmalıdır.

Kontrolün Toplumda Olması:

Devletin tüm gücünü elinde tutan yürütmeyi dizginleyebilen, kararlarına herkesin uymak zorunda olduğu, bir kere atandığında bir daha meslekten çıkarılamayan, kimsenin erişemediği, hesap sorulamayan, dokunulmaz kişilerden oluşan yargı gücü, bu kısa tanımdan da görü-

leceği üzere, korkutucu bir güçtür^[65]. Fakat bu özel gücü zayıflatmak veya kısıtlamak değil korkutucu olmasını önlemek gerekir. Bunun için ise bu devasa gücün kontrolü, gücün kaynağında, yani toplumun elinde olmalıdır. Çünkü yargı, gücünü toplumun tamamından alır. O nedenle de yargı; toplumun bir kesiminin ya da devletin güçlerinin bir kısmının değil; toplumun tüm kesimlerinin kontrolünde olmalıdır^[66].

Yargının dizginlerini, dizginlemekle görevli olduğu yürütme gücünün eline vermek; ya da yürütmenin yargıya müdahil olmasına izin ve imkân vermek yürütme gücünü denetlemekten vazgeçmekle eşdeğerdir. Sınırlandırılacak olan yürütmenin, kendisini dizginleyecek olan yargıyı kontrol etmesi yargının var oluş amacına açıkça aykırıdır. Yargının kontrolünü yasamaya vermek de doğru değildir. Çünkü yasama, çoğunluk üyeleri yürütmeyi oluşturan siyasilerden oluşur. Siyasilerin en büyük arzusu da hukuka ve yargıya değil; seçimlerde, seçimi kazanmak veya kaybetmek şeklinde seçmene hesap vermektir. Siyasetin illegal finansmanı hakkındaki tartışmalardan gelişmiş ülkelerde bile siyasilerin seçimleri kazanmak için herşeyi mubah göreceğini çıkarmak mümkündür.

Sonuç olarak toplumun hukuk meseleleri dışındaki işlerini görmek için seçtiği temsilcilerden oluşan, yasama ve yürütme güçleri, yargının kontrolü için uygun değildir. Dolayısıyla yürütme ve yasama güçlerinin yargının kontrolünde herhangi bir şekilde söz ve etki sahibi olması fikirleri yanlıştır. O halde toplumun yargı gücünü kontrol edebilmesi için seçimlerle gelen siyasiler, yasama ve yürütme dışında bir kontrol vasıtası bulmak gerekmektedir. Bunun yegâne yolu yasama ve yürütme-

[65] Devletin yargı gücü yürütme gücü ile birlikte tek elde toplandığında ortaya çok daha korkutucu, kontrol altına alınması mümkün olmayan devasa bir güç ortaya çıkar ve insanları kendisine esir eder. Daron Acemoğlu ve arkadaşları Narrow Corridor – Dar Koridor isimli eserlerinde bu gücü Leviathan’a benzetirler.

[66] Yargı gücünü kontrol etmek için bulunacak yöntem; bu her ne olursa olsun devletin diğer güçlerinin (yürütme ve yasama) denetim ve hesapverirliğini zayıflatmamalı tersine daha da güçlendirmelidir.

nin dışında olan, toplumun tüm kesimlerini temsil eden, herhangi bir kesim veya koalisyonun nüfuz oluşturmalarını önleyen^[67] bir kurum oluşturmaktır. Yasama ve yürütme güçlerinden bağımsız, işlevinde etkin ve demokratik meşruiyeti olan daha iyi bir başka yol ve yöntem bulunabileceğini düşünmüyoruz.

Paydaşları Kapsayıcılık:

Düzenleyici kurumların düzenledikleri konunun ilk derecede sağlayıcıları ile alıcıları, etkilenenlerini yani tüm paydaşlarını kapsaması gerekir. Düzenleyici kurumların bir yandan ihtiyacı, diğer yandan sağlayıcıları ve hizmet standartlarını düzenlerken dolaylı etkilenen paydaşlar için en olumlu etkiyi yaratacak şekilde hareket etmeleri gerekir. Yargı hizmetleri; oluşturacağı adalet inancı ve hukuk güvencesi ile bu hizmetlerin doğrudan tarafı veya muhatabı olmasalar bile toplumun tüm kesimlerini ve kurumlarını yakından ilgilendirir. Bu sebeple yargı hizmetlerini düzenleyecek kurumun sadece hizmet sağlayıcılarının bir kısmını değil toplumun tüm kesimlerini kapsaması gerekir. Düzenleme amacının haklı gösterdiği ölçüde kapsama ve temsil farkları olabilir ancak hiçbir kesimin tek başına veya grup olarak düzenleyici kuruma ve faaliyetlerine hâkim olmaması gerekir.

Yargı hizmetlerinin paydaşları (i) hizmet Üreticileri, (ii) hizmetin muhatabları ve (iii) hizmetten etkilenenler olarak üç değişik sınıfta toplanabilir. “Hizmet Üreticileri” tanımının kapsamına ilk derece sorumlular olarak: hâkimler, (Karar – sentez); savcılar, (iddia – tez); avukatlar (İddia ve savunma – tez ve antitez); ikinci derece sorumlular olarak adli görev-

[67] Yargıda nüfuz edinmeyi önlemek için temsilcilerin görev sürelerinin sınırlandırılması ve benzeri tedbirler alınmalıdır. Bu hususta çok değişik yöntemler kullanılabilir. Üyelerin toplumun değişik kesimlerinden seçilmesinin zorunlu olması, belirli dönemlerle ve süre ile sınırlı olarak seçilmeleri, aday olma, aday gösterilme süreçlerinin şeffaf ve yargısal denetime açık olması, adayların niteliklerinin ihtiyaçlarla uyumlu olması gibi yöntemler örnek olabilir ve bu örnekler çoğaltılabilir.

liler, arabulucular, uzlaştırmacılar, noterler ve benzerleri ile bütün bunların kamusal meslek kuruluşları olarak sınıflandırılabilir. Bu çember kolluk görevlileri, müfettişler ve benzerleri ile genişletilebilir. “Hizmetin Muhatapları” tanımının kapsamına bir bütün olarak toplumun tamamı, her kesim ve bireyler dahil edilebilir. Kolaylık için yargı hizmetlerine veya etkilerine muhatap olmuş olmaları bir kriter olarak benimsenebilir. “Hizmetten Etkilenenler” sınıfının kapsamına bütün toplum, toplumsal kurum ve kuruluşlar dahil edilmelidir. Bütün anayasal kurumlar, toplumu temsil eden seçilmişler, yasama ve yürütme, özerk kurumlar, üniversiteler ve benzerleri; hukuk meslekleri dışındaki mesleklerin oluşturduğu kamusal meslek kuruluşları; yürütmeye bağlı, ilintili ve özerk kurumlar, bakanlıklar ve diğer düzenleyici kurullar ile sivil toplum kuruluşları, vakıflar, dernekler, federasyonlar ve konfederasyonlar bu sınıfa dahil edilebilir.

Hizmet Odaklı Düzenleyici Yapı:

Yargı bağımsızlığının ve ayrıcalıklarının demokratik meşruiyeti bunların yargı hizmetlerinin verilmesinde gerekli ve zaruri olmasıdır. Başlarda etraflıca değindiğimiz üzere bağımsızlık ve ayrıcalıklardan yararlanabilmek için yargının muhataplarını tatmin edecek derecede kaliteli hizmet üretmesi zorunludur. Bu sebeple yargıyı oluşturan hâkim, savcı ve avukat mesleklerinin kaliteli hizmet üretmelerini sağlayacak şekilde yapılandırılması; yapı, organ ve unsurlarının verimli çalışır, şeffaf, hesapverir ve bağımsız olması zorunludur. Bunun için yargı organ ve unsurlarının hizmetlerini düzenleyerek kaliteli hizmet üretilmesini sağlayacak bir düzenleyici kurum oluşturulması zaruridir. Yargı hizmetlerinin boyutu, önemi ve hassasiyetleri ile kıyaslandığında çok daha az öneme sahip konularda örneğin enerji, tütün ve benzeri konularda düzenleyici kurullar oluştururken yargı alanında yargının sağlayacağı hizmetlerin kalitesini ve diğer hayati unsurlarını sağlayacak bir düzenleyici kurum oluşturul-

mamış olması, gerçekten de garip bir durum değil midir^[68]? Halbuki toplumu kaliteli yargı hizmetleri ile buluşturmak, yargıçların özlüklerini düzenleyen bir kurumla değil; kaliteli hizmet üretimini düzenleyen bir kurum oluşturmakla mümkün olabilir^[69].

Yargının toplumun ihtiyacına uygun olarak hizmet üretmesini sağlayan, hizmete ihtiyacı, öncelikleri ve tercihleri belirleyen, bunlara göre hizmetin kalite standartlarını belirleyen, hizmet sağlayıcı kurumları ve meslekleri bu doğrultuda yönlendiren bir düzenleyici kurum; yargı yapılanmasının merkezinde ve temelinde yer almalıdır. Böyle bir kurum, hizmette kaliteyi sağlayacak olan verimlilik, şeffaflık, hesapverirlik ve bağımsızlık gibi diğer deontolojik hususları geliştirebilir. İlaveten böyle bir kurum yargının bağımsızlığını, şeffaflık ve hesapverirliğini hem yargı içinde ve hem de yargı dışında başarı ile gerçekleştirebilir, savunabilir.

Dolayısıyla oluşturulması gereken yapının; tüm yargı gücünü bireysel ve toplu olarak kaliteli hizmet üretmeye yönelten, kalite unsurlarını belirleyen, bu amaçla yargı unsurlarının olumlu işbirliği^[70] yapmasını sağlayan, performanslarını takip eden, onları geliştiren yetkin kurumsal bir yapı olduğu ortaya çıkmaktadır.

[68] Bunun tek açıklaması yargı sektörüne hizmet üreticisi bir sektör olarak bakılmamış ve yargının bu asıl varlık sebebinin tartışmalarda gündeme gelmemiş olmasıdır.

[69] Örnek kabilinden anlatmak gerekirse: enerji piyasasına girebilmek için EPDK'dan lisans almak, bu alanda hizmet vermeden önce kurulacak tesis ve üretilecek enerji için EPDK'nın belirlediği kurallara göre izin almak, keza üretilen elektrik enerjisini belli bir frekans boyutunda ve EPDK tarafından düzenlenen mevzuata göre iletim hattına aktarmak gibi birçok konuda EPDK kararlarına uygun olarak hareket etmek gerekmektedir. EPDK'nın kuruluş amacı ise ülkemizde enerji güvenliğini, sürekliliğini ve kalitesini sağlamaktır.

[70] Kaliteli hizmet üretimi temel amaç olarak odağa konulduğunda yargı sistemini bütünleşik ve yalın bir yapıya kavuşturmak, bütün sistem oyuncularını kaliteli hizmet üretimi amacına odaklanmış olarak organize etmek kolayca mümkün olacaktır. Böylece hizmet üreticisi hâkim, savcı ve avukat meslekleri arasında uyumlu işbirliği de kolayca ve kendiliğinden gerçekleşecektir.

Meseleye kaliteli hizmet üretimini sağlama amacıyla bakıldığında yargıçlara ilişkin bir kurulun bu amacı gerçekleştirmeye uygun olmadığı ortaya çıkar. Uygun olan; hizmet unsurlarından bir kısmından oluşan bir kurul değil hizmetin kendisini ve hizmet veren tüm organ ve unsurları düzenleyen bir düzenleyici kurumdur. Ancak böyle bir düzenleyici kurumun rehberliği sayesinde yargı ve yargıyı oluşturan hukuk meslekleri kaliteli hizmet üretirken bağımsızlıklarını koruyabilir ve kendilerini geliştirebilirler.

Kaliteli hizmet üretimini düzenleyecek olan kurumun en başta kendisinin verimli faaliyet gösterecek şekilde tasarlanması gereklidir. Büyük organizasyonların merkezindeki yapıların verimliliği uçlardaki unsurların verimliliğinden çok daha önemlidir. Çünkü merkezin verimsizliği bütün organizasyonun verimsizliğine neden olurken uçtaki birimin verimsizliği küçük ve sınırlı kalır.

Bu hususu dikkate alarak oluşturulacak düzenleyici kurumun teşkilatı, organları, süreçleri, üye sayısı ve üyelerin nitelikleri yargı işlevinin gereklerine uygun olarak ve işlevini en iyi şekilde yerine getirebileceği şekilde belirlenmelidir. Yargı teşkilatı yalın organizasyon ilkelerine uygun olarak tasarlanmalı; insan kaynaklarını yetkinliklerine uygun sorumluluklarla buluşturarak verimlilik ve işbirliğini en yüksek dereceye çıkarmayı amaçlamalıdır.

Şeffaf ve Hesapverir Yapılanma:

En başta hizmet üretimi olmak üzere üretim organizasyonlarına ve ürünlerine itimat oluşturulmasının temel şartı şeffaflık ve hesapverirliktir. Yargı hizmeti üreten açık ve şeffaf bir yargı sistemi ise toplumun adalet inancını yerleştirip güçlendirmenin ön şartıdır ve bu yargının meşruiyetinde önemli bir köşe taşıdır^[71].

[71] Marína Urbániková and Katarína Šipulová, age, s. 2111, dipnot 27 atfıyla: European Network of Councils for the Judiciary. Public Confidence and the Image of Justice. Report 2017-2018. <https://pgwrk-websitemedia.s3.eu-west-1.amazonaws.com/production/>

Yargı bir hizmet organizasyonudur; verimli çalışmak, iyi ve kaliteli hizmet vermekle yükümlüdür. Hiçbir sebep, yargının hizmetlerinin kalitesinden ödün vermesini haklı göstermez. Yargı hiç hizmet veremiyor ya da verdiği hizmet ihtiyaca uygun değil ve tatmin edici değilse bunun sebeplerini kamuoyuna açıklayarak hesap vermelidir. Yargı; kendisinden veya kendisi dışından kaynaklanan ve hizmetinin aksamasına sebep olan hususları kamuoyunun öğrenmesini sağlamalıdır. Kendisi dışındaki sebepler yüzünden hizmetleri aksıyorsa yargının hesap vermesi çok daha önemli hale gelir. Böylelikle toplum hizmetin aksamasına neden olan yargı içi ve yargı dışı sebepleri öğrenebilecek ve ortadan kaldıracabilmektedir. Toplumun varlığı ve sebebi hakkında bilgi sahibi olacağı aksamaları hızla gidereceği tabiidir. Dolayısı ile hesapverirlik yargının kendi kendini koruması, saygı görmesi için de zaruridir.

Günümüzde özel sektör kuruluşlarında bile mal veya hizmet üretiminin her aşaması tüketicinin mutlak denetimini sağlayacak yani hizmetin muhatabına tam hesapverir olacak şekilde şeffaflaşmıştır. Çünkü hesapverir olmanın ilk şartı şeffaflıktır. Hizmetleri toplumun tüm kesimleri için hayati önemde olan yargı, şeffaflıktan ve hesapverirlikten azade olamaz. Tam tersine her konuda, her aşamada her kurumdan daha yüksek derecede şeffaf ve hesapverir olması şarttır.

Dolayısıyla oluşturulacak yapının hem kendisi en yüksek derecede şeffaf ve hesapverir olmalı hem de yargı hizmet birimlerinin ve unsurlarının en yüksek derecede şeffaf ve hesapverir olmalarını sağlamalıdır. Öyle olmalıdır ki; yargı kaliteli hizmet üreterek, hizmetine etkili olan her durumu ve elde ettiği sonuçları toplum ile kendiliğinden paylaşp olacak her türlü soruya cevap vererek tam anlamıyla şeffaf olmalıdır. Böylelikle yargı, organ ve unsurlarının hesapverirliğini en üst düzeyde

pwk-web-encj2017-p/Reports/ENCJ_Report_Public_Confidence_2017_2018%20adopted_%20GA_1_June_2018.pdf, s. 2117:”Public confidence in the judiciary is determined by its performance, which can include for instance efficiency, access, effectiveness, competence, equality, or fairness Again, we see these theories as complementary rather than mutually exclusive.”

uygulayarak hukukun üstünlüğüne en başta ve en üst düzeyde kendisi riayet ettiğini göstererek tam bağımsızlık ve kendi kendini yönetme hakkını hak ettiğini göstermelidir.

Yukarıda da açıkladığımız üzere; yargı üzerinde kontrol kurmak istemeyi haklı gösterebilecek birçok sebep bulunabilir. Bu isteği haksız hale getirmenin, oluşmasına neden olan endişeleri ortadan kaldırmanın yolu; yargıyı verimli çalışır, şeffaf ve hesapverir hale getirmektir. Ancak bu üç şartı yerine getirdikten sonra yargının tam bağımsızlığı savunulabilir. Başka bir deyişle yargı verimli çalışmak, şeffaf olmak ve kendisi de tam hesapverir olmak kaydıyla bağımsızlığını hak edebilir. Dolayısıyla yargı yapılanmasının, verimli çalışmayı, şeffaflık ve hesapverirliği ön şartlar olarak gerçekleştirip, koruyup geliştirecek ve böylece bağımsızlığı hak edeceği şekilde tasarlanması gerekir. Hak edilmediği sürece yargıya bağımsızlık verilmez; verilmiş olan bağımsızlıklar da geriye alınır.

Yaygın Kurumsal ve Bireysel Bağımsızlık:

Hukukun üstünlüğünü sağlama görevi verilmiş olması; yargının işlevini, yürütme veya başka bir güçten izin veya onay almadan, kendiliğinden gösterebilir olmasını gerektirir. Bunun için yargının tam bağımsız olması gerekir. Yargının tam anlamıyla bağımsız olabilmesi için yapılanmasının, organ ve unsurlarının her bakımdan bağımsız^[72] olması gerekir. Yargı gücünün bağımsızlığı tek başına bir amaç değildir. Hizmeti verenlerin kişisel ve kurumsal olarak bağımsız olmaları; yargı hizmetinin

[72] Bağımsızlığı sadece kendi kendine ve başkalarından talimat veya telkin almaksızın yetkilerini kullanma yeteneği olarak değil, bağımsız hareket edebilmek için gerekli olan her şeye sahip olmak şeklinde anlamak gerekir. Örneğin yargılaya yaptığı konuya hâkim olmayan hâkim bilgisizliği nedeniyle daha bilene bağımlıdır. Hakkında serbestçe karar verebildiği bir tarafın hizmetlerine muhtaç olması da hâkimi bağımlı kılar. Ekonomik olarak muhatap olduğu sıkıntılarla yasal yollardan mücadele etme imkânı olmayan hâkim de görünürde bağımsızdır ama ekonomik olarak bağımlıdır.

kalitesi için olmazsa olmaz niteliğinde bir şarttır^[73]. Bağımsız olmayanın tarafsız olması, özgür düşünmeyenin doğruyu bulması ve gelişmeyi sağlaması mümkün değildir.

Yargı bağımsızlığını kısıtlayanlar sadece yürütme ve yasama güçlerinden ibaret değildir; bunlara yargının bağımsız işlevini göstermesini kısıtlayan maddi, mali veya hukuki düzenlemeler ve ayrıca hukuki bir temeli olan ya da olmayan vesayet güçlerini de ilave etmek gerekir^[74].

Günümüzde ülkelerin pek çoğu; yargıya tam bağımsızlık vermekte oldukça çekingendir. Çünkü, örnek olarak belirtmek gerekirse Türkiye’de yargı gücünü kendisine bağımlı kişilerden oluşturmayı başaran güç odakları yargısal bir hükümet darbesi gerçekleştirmeye oldukça yaklaşabilmiştir. Batı tipi demokrasiye geçmek için çabalayan Doğu bloğu ülkelerinde yürütmenin yargı ile mücadelesinin arkasında yatan sebeple Japonya, Almanya ve birçok Batı ülkesinde gözlemlenen liberal hâkimlerin yargı içinde ilerlemesini kısıtlayan, bazen yazılı metinlere dayanan bazen de yazılı olmayan uygulamalar şeklinde ortaya çıkan sebepler nitelik olarak birbirine çok benzerler. Türkiye’de ise 15 Temmuz darbe kalkışması ile sonuçlanan FETÖ paralel devlet yapılanması resmi vesayet güçlerinin yanında resmi olmayan vesayetin oluşabileceğini de göstermiştir. Nitekim Slovakya’da bir kısım yargıçlar yargıyı içeriden ele geçirip kendilerine bağımlı hale getirmişlerdir.^[75]

Yargının kurumsal bağımsızlığı yargı unsurlarının kişisel bağımsızlı-

[73] Fakat bu kalite şartlarına mutlaka sahip olması gereken yargının buna sürekli sahip olabilmesi için bağımsızlığın getirdiği ayrıcalıklardan yararlanmayı hak etmesi şarttır.

[74] Örneğin Türkiye’de yargının görevi kapsamına giren kamu görevlilerinin suçları konusunda idari amirlerin izin vermesinin ön şarta bağlanmış olması yargının kamu görevlileri karşısındaki işlevini tamamen idareye bağımlı hale getirmektedir.

[75] David Kosař, age, s. 1580: “Samuel Spáč, Katarína Šipulová, and Marína Urbániková provide a more skeptical picture about the Slovak judicial self-governance as they conclude that, with the help of politicians, the Judicial Council of the Slovak Republic was hijacked by judges who used their powers to capture the judiciary from inside.

ğından önce gelir ve daha önemlidir. Kurumsal bağımsızlık olmadan organ ve unsurların kişisel bağımsızlığı güvenceye alınamaz; bağımsızlıklar sürdürülemez. Türkiye’de ve uluslararası alanda örneklerini gördüğümüz üzere hâkimleri, savcılar ve hatta avukatları bağımlı hale getirmek isteyen güçlerin ilk yapacağı şey; yargıyı kurumsal olarak bağımlı hale getirmektir^[76]. Yargının kontrolünü ele geçirmek isteyen güçler; yargı bağımsızlığını sağlamak için geliştirilen yargı kurullarını, tam tersi amaçla ve hâkimleri bağımlı hale getirmenin aracı olarak kullanmaktadır. Bu konuda Macaristan örnek olarak verilebilecektir, nitekim Macaristan’da 2018 yılında gerçekleşen seçimde Fidesz Partisi ülke genelinde oyların %44.87’sini alarak 199 koltuğa sahip mecliste koltukların 133’üne sahip olmuştur. Macaristan’da Anayasa değişiklikleri için Parlamento üyelerinin 2/3 çoğunluğunun onayını arayan düzenleme karşısında mevcut hükümetin istediği değişikliği parlamentoda kabul ettirmek yönünde bir güçlük yaşamayacağını tahmin etmek güç değildir. Türkiye, Polonya^[77]

[76] Nitekim İspanya’da hakimlerin atanması, eğitimi, kariyer ilerlemesi gibi pek çok alanda yetkili olan Genel Yargı Kurulu’nun 21 üyesinden 20’si 2/3 çoğunluk sağlanmak koşuluyla senato ve temsilciler meclisi tarafından seçilmektedir. Bu durum yargının siyasilere bağımlı olduğu eleştirilerini beraberinde getirmiştir. Bu bağımlılığın bir sonucu olarak 2019 seçimleri sonrasında Genel Yargı Kurulu’nun atanması için gerekli olan 2/3 çoğunluk elde edilememiş ve yeni Genel Yargı Kurulu seçilememiştir. Bu nedenle görev süresi dolmuş olan Genel Yargı Kurulu görevine devam etmekte ve hakimlerin atanması, eğitimi ve kariyer ilerlemesi gibi oldukça önemli konularda kararlar almaya devam etmektedir. İspanya’daki bu durum yargının siyasallaşmasının bir sonucu olarak görülmekte ve “Anayasal bir anomali” olarak tanımlanmaktadır. (European Commission (2020). 2020 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Spain, s.2-3.)

[77] Polonya’da iktidardaki “Hukuk ve Adalet Partisi” (PiS) hükümeti 2017 yılında kabul ettiği kanunla Yüksek Mahkeme (SAD) içerisinde, üyeleri KRS’nin önerdiği hakimler arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanan bir Disiplin Dairesi oluşturmuştur. Bu kapsamda yargı sistemi veya hakimlerin atanmasına ilişkin kararları eleştirmeleri halinde hakim ve savcıların disiplin cezasına çarptırılmaları mümkündür.

ve Macaristan^[78] örneklerinde görüldüğü üzere, bir siyasi partinin yasama da çoğunluğa ve hatta Anayasa'yı değiştirecek güce ulaşarak yürütme ile yasama arasındaki zayıf çizgiyi ortadan kaldırdığı durumlarda yargı kurullarını bağımlılaştırarak yargıyı kolayca bağımlı hale getirebilmektedir. Siyasilerin değiştirme gücüne sahip olduğu bir durumda anayasalar-

[78] Macaristan'da yargı hizmetlerinden sorumlu olan ve hakim meslektaşları tarafından seçilen hakim üyelerden oluşan yargının işleyişinde söz sahibi Ulusal Yargı Konseyi'nin efektif hizmet sağlamadığı belirtilerek 2011 yılında Ulusal Yargı Ofisi kurulmuştur ve ülke içinde yargı hizmetlerinin idaresine ilişkin pek çok yetki Ofis Başkanı verilmiştir. Mevcut düzende Ofis Başkanı, Parlamento'da 2/3 oy çokluğu ile seçilmekte ve yargı hizmetlerinde bütçeyi yönetmekte, yargı hizmetleri ile ilgili regülasyonlar oluşturmakta, hakim atamalarında görev almaktadır. Hakimlerin temsilcilerinden oluşan Ulusal Yargı Konseyi ise halihazırdaki düzende daha çok danışma nitelikli görevler yerine getirmektedir. Her ne kadar Yargı Konseyi'nin Ulusal Yargı Ofis Başkanı üzerinde denetleyici bir görevi olduğu iddia edilse de, uluslararası raporlar Konseyin pratikte yapısal sınırlandırmalarla, başkanın eylemleri üzerinde etkili denetim gerçekleştirmekte zorlandığını açıkça ortaya koymaktadır. (European Commission 2020 Rule of Law Report, Country Chapter on the rule of law situation in Hungary, SWD 2020 316 final) Burada daha dolaylı olmasına rağmen, Macaristan'da hakimlerin emeklilik yaşını 70'ten 62'ye düşüren ve daha sonra Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen ancak pek çok üst kademdeki hakimin de görevden alınmış olmasıyla sonuçlanan düzenlemeden de bahsetmek mümkündür. Nitekim ilgili düzenleme sebebiyle Avrupa Komisyonu Macaristan'a karşı Avrupa Birliği Adalet Divanı nezdinde dava ikame etmiş ve ilgili dava sonucunda Macaristan'ın hakimler arasında yaş farkından ötürü farklı uygulamaya sebebiyet veren ve ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde getirilen değişiklikle 2000/78/EC sayılı Konsey Direktifini ihlal ettiğine karar verilmiştir. (European Commission v Hungary Case no. C-286/12) Ayrıca ilgili düzenlemeden birebir etkilenen Macaristan Yüksek Mahkeme Başkanı Andras Baka da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Macaristan aleyhine dava açmış ve dava sonucunda Mahkeme, Baka'nın adil yargılanma ve ifade özgürlüğü haklarının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. (Case of Baka v. Hungary Application no. 20261/12) Uluslararası camiada da çok fazla eleştiriye konu olmuş bu düzenleme sonrasında Macaristan Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilse de, etkilenen hakimler bakımından göreve iade hali söz konusu olmadığından, yürütmenin aynı görüşte olmadığı, yüksek mahkeme başkanları dahil bazı hakimlerin görevden alınmış olmasında hükümetin yargıya karşı gerçekleştirmiş olduğu bir hamle olarak yorumlanmıştır. (Halmai, G. (2017). The Early Retirement Age of the Hungarian Judges. In F. Nicola & B. Davies (Eds.), EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence (Law in Context, pp. 471-488). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316340479.024

daki yargı bağımsızlığını korumak bile mümkün olmayabilir.

Dolayısıyla, yargının bağımsızlığı çok geniş bir satıhta bütün yargı kurumlarına, organlarına ve unsurlarına kadar yayılmalıdır. Yargı bağımsızlığını sağlanmasında yargı kurulları ele geçirilebilecek veya etrafından dolanabilecek bir Majino hattı gibi olmamalıdır. Yargıda bağımsızlık, tek bir kurula özgün olmamalı; bütün kurumlar, hizmet birimleri ve unsurları kendi başlarına bağımsız olmalıdırlar. Bağımsızlık sadece yargı teşkilatının en üstünde bulunan kurula değil; yargı teşkilatı içinde yer alan her hizmet birimine, meslek kuruluşuna, organa ve bireysel unsurlara tanınmalı; böylece yargı sisteminin tamamına yayılmalıdır. Yargı kurulu, hukuk meslekleri, hizmet birimleri, mahkemeler, hâkimler, savcılar ve avukatlar her birisi ayrı ayrı bireysel olarak ve hep birlikte bir bütün olarak bağımsız olmalıdır. Yargının organ ve unsurlarının her biri yargının kurumsal ve kişisel bağımsızlığını savunabilir olmalıdır.

İşlev Bağımsızlığı:

Yargı organ ve unsurlarına bağımsızlık tanınmasının temel sebebi; yargının işlevini bağımsız olarak gösterebilmesi içindir^[79]. Yargı bağımsızlığının en önemli yönü işlev bağımsızlığı; yani yargının görevinin kapsamına giren konularda başkalarından izin veya onay almadan, kendiliğinden harekete geçebilir ve işlevini gösterebilir^[80] olmasıdır.

[79] Gerçekten de toplumun yargıya tanıdığı yapısal, mali, kurumsal ve unsurlarının kişisel bağımsızlığı işlevini bağımsız olarak göstermesi halinde topluma bir yararı vardır.

[80] “Kendiliğinden harekete geçebilir” ile kastedilen yargı makamlarının vatandaş dava açmaya zorlaması, uyuşmazlıkların mahkemeye getirilmesini emretme yetkisine sahip olması demek değildir. Kendiliğinden harekete geçmesi gereken konularda, örneğin bir suç işlendiğinde yargılaması gereken kişileri, kişinin idari amirinden veya bir başkasından izin almadan yargılayabilir olması demektir. Bu bakımdan kamu görevlilerinin görev ve kişisel suçlarının soruşturulabilmesi için idari amirlerinin izin vermesi şartını getiren 4483 sayılı yasa ve dayanağı olan Anayasa m.129(son) yargının işlev bağımsızlığını kısıtlamaktadır. Öte yandan, hukuk davalarında getirilen peşin gider avansı uygulaması, vatandaşın davasını takip edip etmeme hakkına yargı makamlarının “önüme getirdiğin uyuşmazlığı sonlandırarak adımları atmak zorundasın” şeklinde doğrudan bir müdahalesi niteliğindedir. Bir kısım

Yargının işlevinde bağımsız olduğu varsayılarak bu husustaki aksamalar kolayca göz ardı edilebilir. Nitekim, en başta yargının kendi mensupları olan hâkim, savcı ve avukatlar da dahil olarak tüm kamu görevlilerinin görev ve meslek suçlarının soruşturulmasında öngörülen ön izin şartları; yargının işlev bağımsızlığını kısıtlar. İdari izin verilmesi sürecinde idari makamlar, yaptıkları idari soruşturmalarla, yargısal işlevleri kullanmaktadır. Yargı makamları da yargılama sırasında idari soruşturmalarda elde edilenlere itimat etmek suretiyle yargısal yetkilerini idari makamlara devretmiş olmaktadır. Bütün bunların sonucunda kanun önünde eşitlik ve hukuk devleti ilkeleri kamu görevlileri bakımından aksamakta, üstelik yargının işlevini aksayarak dahi göstermesi idari soruşturma ve izin süreçlerinde geçen süre kadar gecikmiş olmaktadır.

Ayrıca soruşturma öz izni şartları ve süreçleri, hukuk devleti ile bağdaştırılması mümkün olmayan fiilî dokunulmazlıklar, cezasızlık halleri ve yargı yetkisinin gaspı gibi durumlar oluşmasına da neden olabilmektedir. Astının işlediği suçun soruşturma iznini vermek durumunda olan üst idari amirler de suça karışmışlarsa kolayca izin vermeyecekleri açıktır. İdari soruşturmaları yürütenler sorumluların bir kısmını kapsam dışında bırakırlarsa ne olacaktır?^[81] Amirlerin de suça bir şekilde karışmış, menfaat elde etmiş, suçun işlenmesi yönünde talimat vermiş olmaları mümkündür. Amirlerin, suç işlemiş olan mesai arkadaşlarını koruma içgüdüsüyle hareket etmeleri hallerinde soruşturma izni vermekte çekin-

usul işlemleri yerine getirilmediğinde yargı makamlarına getirilmiş bulunan uyuşmazlıkların dosyaların işlemiden kaldırılması uygulaması da benzer nitelikte fakat cezalandırıcı bir yöntemle müdahale niteliğindedir. Mahkemelerin kendilerine getirilen yani “açılan dosyaları kapama” isteği vatandaşın uyuşmazlık konusu olan malvarlığına istediği gibi tasarruf etme hakkına doğrudan müdahale etmektedir.

[81] Anayasa Mahkemesi 301 madencinin öldüğü Soma Maden Faciası ile ilgili kararında idari soruşturmanın facianın sorumlularının bir kısmını dışarıda bırakmasının, hak arama özgürlüğünü ve adil yargılama hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

gen davranacaklarını öngörmek kolaydır. ^[82]

İç Bağımlılıklar Meselesi

İtalya'da ve Türkiye'de tecrübeleri yaşandığı üzere, yargı, harici unsurların yanında kendi içinde de bağımlı hale gelebilir. Kendi içinde bir kısım güç ve oluşumlara bağımlı olan yargıyı o halde iken bağımsızlaştırıp, tüm yetkileri, ayrıcalıkları ve dokunulmazlıkları ile kendi başına bırakmak gerçek manada bağımsızlaştırmak değil; başıboş bırakmak ve bu önemli devlet gücünü söz konusu iç bağımlılıkları oluşturmuş olanlara teslim etmekten ibarettir. O halde görünürde ve sözde bağımsızlık gerçekte ise devlet gücünü güç odaklarına teslim etmek söz konusu olur.

İlk derece hâkimlerinin performansını, kararları hakkında istinaf ve temyiz incelemelerinde bu mahkemelerin hâkimlerinin vereceği nota bağlamak hâkimleri temyiz hâkimlerine, yargı makamlarını da temyiz mahkemelerine bağımlı hale getirir. Diğerleri üzerinde otorite sahibi olanların kendi doğruları ile yanlışlarını da daha alt seviyelerdekine zorla kabul ettirdikleri bir yönetim bilimi gerçeğidir.

Dolayısıyla yargının bağımsızlığını iç güçlere ve oluşumlara karşı korumak dış güçlere karşı korumak kadar önemlidir. Bağımsızlığı iç güçlere karşı korumak daha zordur. Çünkü yargı içinde oluşan bağımlılıklar yıllar geçse bile fark edilmeyebilir; kolayca ortaya çıkarılamaz, ortadan kaldırılamazlar. Örneğin astların kararlarını denetleyen üstle-

[82] Yukarıda da değindiğimiz üzere Yargının işlevini bağımsız olarak göstermesini kısıtlayan diğer bir husus yasama dokunulmazlıkları ile ilgilidir. Yasama dokunulmazlığı hukuki bir koruma olmasına karşın dokunulmazlıktan yararlanılması mecliste alınacak siyasi bir “dokunulmazlık kaldırma” kararı ile kaldırılmaktadır. Dokunulmazlık kaldırma kararı ile dokunulmazlık tanınanlar, görevlerinin gerekleri ile uyarlı yetkinliğe, kıdem ve uzmanlığa sahip olmayan mahkemelerde yargılanmakta; nihayetinde yasama görevini yapamaz hale gelmektedirler. Dokunulmazlık koruması İsrail’de Türkiye’dekinden ters yönde düzenlenmiştir. İsrail’de dokunulmazlık önceden ve göreve seçilme üzerine otomatik olarak tanınmamaktadır. Yargı mercileri; yasama üyeleri hakkında da olağan işlevini bağımsız olarak sürdürmekte; ancak soruşturma sırasında koruma talep ederlerse ve sonradan dokunulmazlık tanınabilmektedir.

rin astlara karşı girişebilecekleri kayırmacılık ve benzeri durumlar bütün kurumu sarmaşık gibi sarar fakat astlar itiraz edemediği gibi kimse bu durumun varlığını bile kabul etmez. Bunu önlemek için İtalya'nın 1948 Anayasa'sına^[83] eklediği gibi bütün hâkimlerin aynı seviyede olduğuna dair yazılı bir düzenleme getirmek akla gelebilir. Fakat böyle bir Anayasal bile düzenlemenin amacı gerçekleştirmeye yeterli olmadığını İtalya'nın tecrübeleri göstermektedir. Öte yandan böyle bir düzenleme, bütün meslek mensuplarını gerçekten de eşit seviyeye getirse bile bu meslek içinde daha tecrübelilerden daha yenilere bilgi, tecrübe ve bilgelik; daha az tecrübeli yenilerden ise sisteme enerji ve motivasyon aktarımını olumsuz etkileyerek, azaltabilir veya yok edebilir.

Bağımsızlık ve Meslek Kariyer Planı İlişkisi:

Yargının dış güçlere karşı bağımsızlık kazanmasında olduğu gibi yargıda iç güçlere bağımlılık oluşmasını önlemenin yolu da gibi tam şeffaflık ve tam hesapverirliktir. Bu iki ilke; şeffaflık yolu ile iç ilişkilere dair her türlü işlemin ve gerekçelerinin tam olarak bilinmesini sağlamak, tam hesapverirlik yoluyla da bu işlemlerin hukuka uyarlılığının sağlayarak iç bağımlılıkları önleyebilir.

Bu amaç iki temel kurum vasıtasıyla hayata geçirilebilir: (1) yargı unsurlarının objektif, şeffaf olarak işletilebilen kariyer planı; (2) kariyer planına göre mesleklerde gelişimi ve ilerlemelerini yöneten performans

[83] İtalyan Anayasası'nın 107. Maddesinde bulunan "Hakim ve Savcılar, yalnızca görevleri gereği birbirlerinden farklı olduklarına" dair düzenleme uyarınca; Hakim ve Savcılar arasında rütbe/kıdem bakımından farklılık olmayacağı anayasal prensip olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, kıdemli hakim ve savcılar, yeni başlayan hakim ve savcılar üzerinde fiilen otorite kurmasının önüne tek başına bu düzenleme ile geçilememiştir. İtalyan Yüksek Yargı Konseyi'nin (CSM) meslekten hakim ve savcı üyelerinin seçimlerinde, genç üyelerin seçilmesine imkan veren düzenlemeler yapıldıkça, bu hususta bir iyileşme sağlanabilmiştir. Ancak İtalya'da kıdemli hakim ve savcılarının etkisini ortadan kaldırmak amacıyla yapılan çalışmalarda bu sefer, CSM içerisinde "correnti" adı verilen ve farklı görüşlerden kişilerin oluşturduğu güç odakları oluşmuş ve bu güç odakları yargı içerisinde bağımlılıklar oluşturmuştur. Simone Benvenuti & Davide Paris, Judicial Self-Government in Italy: Merits, Limits and the Reality of an Export Model, German Law Journal, Vol. 19 No. 7, s.1654- 1659, 1668.

yönetimi.

Hukuk meslekleri kariyer planı; bu mesleklerin ortak “kaliteli hizmet üretme” amacını gerçekleştirmeye hizmet edecek, hizmet birimlerinin insan kaynakları ihtiyacını karşılayacak, hizmetin gerektirdiği derece ve seviyelerden oluşacak şekilde optimum şekilde tasarlanmalıdır. Kariyer planı mesleki ilerlemenin yol haritasını, alınması gereken merhaleleri ve bunlar için yapılması gereken hususları net olarak ortaya koymalıdır. Öngörülecek derece ve seviyelerde ilerleme, mutlaka liyakate dayalı olmalı; liyakati sağlayanlar kariyerlerinde ilerletilmelidir. Her hâlükârda kariyer ve ilerleme sistemi yargının insan kaynağı ihtiyaçları ile uyumlu olmalıdır. Yargının ihtiyaçlarına uygun olarak insan kaynakları yetiştirilmeli; kaynak darlığı veya fazlalığına neden olunmamalıdır. Bu amaçla yargının insan kaynakları ihtiyaçları proaktif olarak, belirlenmeli ve kamuoyu ile paylaşılmalıdır. Örneğin üniversitelerin hukuk eğitimi bile bu amaca uygun olarak planlanmalıdır.

Liyakat ve Performans Yönetimi:

Kaliteli yargı hizmetleri üretimi için yargı mesleklerinde ilerleme konusunda kıdem ve tecrübenin değeri de ihmal edilmeden liyakat en öne çıkarılmalıdır^[84]. Liyakatin bilimsel yöntemlerle tespiti etkin, adil ve tarafsız performans değerlendirmesini gerektirir. Görevini yapmakta

[84] “Liyakat mi önemli; yoksa kıdem mi?” gibi siyah-beyaz beylik tartışmalardan kaçınılmalıdır. Liyakat aynı zamanda bir görev talip olanlar arasında adalet; o görevi yerine getirmeye yetkin bir aday arayan bakımından ise temel bir yönetim sorunudur. Liyakat bu nedenle asla ihmal edilemez. Objektif liyakat kriterlerine bağlanamayan tecrübe ve kıdem gibi hususlar da aslında adını bilmediğimiz, içeriğini açıklayamadığımız liyakat hususlarından oluşur ve kıdem ve tecrübe olunca işte o adını koyamadıklarımızın kişide mevcut olduğunu düşünürüz. Türk atasözünün dediği gibi “akıl yaşta değil; baştadır”. Fakat yaşlı başta da tecrübelerle oluşmuş olan bir akıl vardır. Dolayısı ile beylik tartışmalardan kaçınmak ve liyakate ağırlık vererek kıdem ve tecrübeyi de dikkate almak makul bir orta yoldur. Örneğin Avusturya kanunları; personel panellerinin hakimlerin ilerlemeleri bakımından Adalet Bakanı/Federal Başkan’a verdikleri tavsiyeler kapsamında, adayların kıdemlerinin ancak iki adayın profesyonel nitelikleri denk düştüğünde, bu adaylar arasında seçim yapılması amacıyla göz önünde bulundurulmasına izin vermektedir.

“başarı derecesi” anlamındaki “performans” değerlendirmesi bir yandan hukuk meslek mensupları arasında adaleti sağlarken diğer yandan da yargı sisteminin ihtiyaç duyacağı yetkinlik ve yeterlilikte insan kaynaklarının tespitini ve görevlendirilmesini sağlar. Hizmette başarının değerlendirmesi hizmetin yönetiminden ayırık olarak düşünülemez. Zira en başından itibaren ve en geç de değerlendirme dönemlerinin sonu itibarıyla hizmete etki eder. Daha kısa dönemlere indirilebilen ve çeşitlendirilebilen değerlendirme yöntemleri hizmetin geliştirilmesi için son derece yararlıdır. Unsurlarının performansını kurumsal ve kişisel hedeflere göre önceden planlayan performans yönetim sistemleri; hizmeti sürekli olarak geliştirmenin, kurumsal ve kişisel başarının iyi bilinen yönetim bilimi yöntemleridir. Çünkü hizmeti verenlerin kendilerinden beklentileri, akranlarının ve kurumlarının performansını bilmeleri hizmet motivasyonunu, yapıcı rekabeti ve mesleki tatmini sağlamanın temel yoludur. Performans yönetimi sistemlerini hizmetin içeriğine asla müdahale etmeksizin tasarlamak mümkündür; fakat böyle bir sistem olmadan yargılama hizmetinin niteliğini yeknesak olarak yükseltmek mümkün değildir.

Diğer bir husus ise hizmetin kalitesinin öncelikle muhataplarını, hizmeti verenleri ve en nihayetinde toplum açısından değerlendirmeyi mümkün kılacak şekilde ölçülebilir olmasıdır. Burada “hizmetin muhatapları” mefhumunun altını çizmek gerekir. Çünkü kişilere göre değişen bir mefhum olan “kalite” unsurunun tanımı ve ölçülmesi; hizmetin muhataplarına göre değişiklik gösterir. Herhangi bir hizmetin kalitesini hizmeti verenler değil; hizmetin alıcıları, kendi ihtiyaçlarına göre ve alabileceklerinin en iyisini alıp almadıklarına göre belirlerler. Milyonlarca dolar değerinde bir alt yapı yatırımı için güçlerini birleştiren bir konsorsiyum üyeleri arasında çıkabilecek bir uyuşmazlığı örnek olarak ele alalım. Mahkemenin yıllarca herşeyi didik didik ederek uyuşmazlık hakkında en doğru kararı vermesi, yargı unsurları bakımından en tercih edilen sonuç olabilir. Fakat bu konsorsiyum üyeleri için en kötü so-

nuştur. Çünkü onlar aralarındaki uyuşmazlığın en kısa sürede, projenin aksamasına neden olmadan tam değil makul doğrulukta basit ve çabuk bir kararla çözülmesini tercih ederler. Anglo-Sakson ülke mahkemeleri geçici koruma tedbirleri ile vakıa ve delil ifşa kuralları^[85] vasıtasıyla uyuşmazlıkları erken aşamalarda uzlaşma ile çözmekte oldukça başarılıdır.^[86]

Kanaatimiz odur ki; yargı yapılanması, performans yönetimi ve yargılama usulleri ve benzeri vasıtalar kullanarak aralarında uyuşmazlık olan taraflara, uyuşmazlığın erken aşamalarında uzlaşmaları için sebep vermeye ve yol göstermeye; uyuşmazlıklarını yargılayarak “en doğru” şekilde çözmeye çalışmaktan daha fazla öncelik vermelidir. Böyle bir paradigma değişikliği günümüzün çok hızlı işleyen ekonomi dünyası için elzem hale gelmiştir. Böyle bir değişikliği etkili ve adalet duygusunu zedelemeyen gerçekleştirebilmek için ise performans yönetiminin mümkün olduğu kadar kısa dönemlere, küçültülmüş hedeflere ve mümkün olduğu kadar her türlü işlemin en kısa zamanda değerlendirilmesine yönelmek; etik, disiplin ve suçlarda aristokrat yöntemleri terk etmek, sistemleri etkili olarak işletmek zorunludur.

Hukukta yapay zekanın neredeyse hâkimlerin yerine geçmekte olduğu bu günlerde, yargı mesleklerinin performans değerlendirme ve yönetiminin, merkezden ve sene sonlarında, yıl içinde önlerine gelen dosyaları sonlandırma oranları (clearance rate) ve sonraki yıllara devretme gibi arkaik yöntemlerle yapılması artık çağdışıdır. Bu tür rakama ağırlık veren yöntemler bir performans ölçümü yapıldığı izlenimi verirler. Fakat organizasyonda adaletsizlik hissinin yayılmasına, motivasyonun düşmesine neden olmaktan, yöneticileri yanıltarak tatmin etmekten öte bir işe yaramazlar. Ayrıca bu tür veriler hem manipüle edilebilirler hem de hizmetin kalitesinin düşmesine neden olarak faydadan daha çok zarar geti-

[85] Temporary restraining order and rules for disclosure of facts and evidence.

[86] CEPEJ’de yayınlanan resmi istatistiklere göre Birleşik Krallıkta mahkemede sulh oranı %98 civarındadır ve bu oran yıllardan beri bu civarda devam etmektedir. Almanya’da mahkeme dava içi sulh oranı %38-40 seviyesindedir.

rirler. Bir kişinin avucuna alabileceği normal büyüklükteki portakalların sayısı ile fındıkların sayısı asla aynı olmayacaktır. Rakamlara dayalı performans değerlendirmesi, o nedenle son derece hatalı ve zarar vericidir.

Özetlemek gerekirse yargı toplumun ihtiyacına uyarlı hizmet birimlerinden oluşmalı, hizmet birimlerinin ihtiyacını karşılayacak şekilde hukuk meslekleri kariyer planı oluşturulmalı, kariyer gelişim ve ilerlemeleri liyakate göre; liyakat ise performans yönetimi yoluyla belirlenmelidir. Performans yönetimi toplumun beklentilerini karşılayan hizmet üretimi ile bütünleştirilmelidir. Performans yönetiminin yargı içinde bağımlılıkları önlenmesine özel dikkat gösterilmelidir. Bu döngünün dışında kalan arkaik istatistikler performans yönetiminde dikkate alınmamalıdır.

Sonuç olarak:

Yargı; verimli çalışıp kaliteli hizmet üretmesi, gerçek manada şeffaf ve hesapverir olması kaydıyla tam bağımsızlığı ve kendi kendini yönetme hakkını elde edebilir. Şeffaflık ve hesapverirlik yargının hem kaliteli hizmet üretmesinin hem de bağımsızlığın anahtarıdır. Kaliteli hizmet üretmenin daha önce gelen şartı ise üretime katılan bütün unsurların katkısının kaliteli olmasıdır. Dolayısı ile yargıyı hem dış hem iç hem yasal ve yasal olmayan güçlere karşı bağımsızlığa kavuşturmak için atılması gereken temeller: (i) hizmet üretimini düzenlemek, (ii) üretimin ve hizmet unsurlarının organizasyonlarını, rol ve sorumlulukları netleştirmek ve (iii) sistemin şeffaflık ve hesapverirliğini sağlayacak yargısal bir mekanizma kurmaktır. Etki altına alınmasını veya kontrolünün kaybedilmesini önlemek için sistem vesayet yoluyla değil toplumun temsili yoluyla güvence altına alınması gerekir. Sağlıklı işleyişini temin için şeffaflık ve hesapverirliğin sistemin işleyişine hâkim olması; hesapverirliği menfaati veya bir ilgisi olmasa bile ilgilenen herkes işletebilmesi gerekir.

Türkiye İçin Yargı Sistemi Yapılanması ve İşleyiş Önerisi:

Derneğimizin Adalet Yüksek Kurumu önerisini hayata geçirecek tasarım ve taslakları ortaya çıkarmak amacı ile başladığımız çalışmaların en başında: (i) verimli çalışmaya, kaliteli hizmet üretimine odaklanan; (ii) Yönetim biliminin gereklerine uyarlı, yalın yapılanmış olan; (iii) her türlü işlem ve kararında tam şeffaflığın sağlanmış olduğu; (iv) tam hesapverir, her türlü işlem ve kararın yargısal denetime tabi olan, (v) toplumun, isteyen herkesin süreçlere katılabildiği ve denetleme imkanına sahip olduğu bir sistem tasarımı gerçekleştirme hedefiyle yola çıkmıştık.

Bu kitaptaki tasarım ve taslaklar, klasik manada bir yargı kurulu olan Hakimler ve Savcılar Kurulunu yeniden yapılandırmak için değildir; yargı sisteminin tamamını, mahkemelerden yargılama usullerine ve yargı mesleklerine, meslek kuruluşlarından yargısal denetimi sağlayan yeni bir mahkemeye ve merkezinde bir düzenleyici kurum olan geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır.

Tasarımın temel fikri yargı teşkilatını kaliteli hizmet üretir hale getirmektir. Bu nedenle hizmet üretiminin merkezinde bir düzenleyici kurum öngörülmüştür. Herhangi bir düzenleyici kurumu, düzenleyeceği hususları dikkate alarak tasarlamak doğru olanıdır. Kaliteli hizmet üretmeye odaklanan bir düzenleyici kurum oluşturma ihtiyacı; düzenlemelerin hizmet birimlerini ve üreticilerini de kapsamasını gerektirir. Sistemin şeffaflık ve hesapverirliğini sağlamak ise her türlü işlem ve kararın yargısal denetimini ve bunu sağlayacak bir mahkemenin de tasarlanmasını zaruri kılar. İşte bu sebeplerle ortaya çıkardığımız tasarımlar hizmet üretimini, şeffaflık ve hesapverirliği doğrudan etkileyen geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır.

Tasarladığımız sistemin üç temel direği vardır: (i) düzenleyici kurum; (ii) hizmet üreticisi meslekler ve kuruluşları; (iii) yargısal denetimi sağlayacak uzman bir mahkeme, Adalet Yüksek Mahkemesi.

Birçoklarının yaptığı gibi görece olarak daha iyi performans gösteren veya Türkiye'ye benzer olduğu düşünülen başka bir toplumun kendi ih-

tiyacı için geliştirdiği çözümü Türkiye’ye uyarlamak yerine; bu sorunlara kökten ve kalıcı çözüm getiren, Türkiye’ye özgün yenilikçi bir tasarım oluşturmak için çalıştık. Başka ülkelerin sistemlerini Türkiye’ye uyarlamaktan özellikle kaçındık. Bu nedenle başlangıçta kasıtlı olarak uluslararası alandaki tecrübeleri ve gelişmeleri dikkate almadık; genç bir ekiple çalışarak yeni ve tamamen özgün bir tasarım oluşturduk. Böylece önce kendi sorunlarımızdan yola çıkarak, kendi aklımızı kullanarak kendi özgün tasarımımızı oluşturduk ve bunu bir kenara koyduk, Ahîlerin yaptığı gibi dinlenmeye bıraktık.

Daha sonra dünyada önde gelen, iyi ve kötü tecrübeler yaşayan ülkelerin sistemlerini derinlemesine araştırdık. Bu araştırmanın sonuçlarını bir seri webinar ile hukuk camiası ile paylaştık. Bu yazının başlangıç kısmındaki yargı kurulları hakkındaki tartışmamız bu hususta geniş bir perspektif vermeyi amaçlıyor.

Bilahare diğer ülkelerin tecrübelerinden çıkardığımız derslerle Türkiye için geliştirdiğimiz özgün tasarımın sağlıklı, isabetli ve gerçekçi olduğundan emin olduk.

Kapsayıcı, Nitelikli, Bağımsız Düzenleyici Kurum:

Önerdiğimiz sistem tasarımının odağında yargı hizmetleri üretimi ve sistemin merkezinde hizmet üretimini düzenleyici bir kurum olarak “Adalet Yüksek Kurumu” yer almaktadır. Adalet Yüksek Kurumunu yasama ve yürütme güçleri gibi kendi kendini yönetebilir şekilde tasarladık. Bu önemli gücün bağımsızlığı hakkında olabilecek bütün endişeleri gidermek için özel çaba harcadık. Türkiye’nin tecrübe ve şikâyetlerinden yola çıkarak sorunlara mümkün olduğu kadar sağlam ve sağlıklı bir çözüm getirmeyi amaçladık. Bunu yaparken bir yandan yönetim biliminin gereklerine ve diğer yandan demokratik meşruiyet şartlarına uyarlı davranmaya özen gösterdik.

Kurumun bağımsızlığına özel önem verdik. Üye kompozisyonunu hiçbir kişi, grup veya koalisyonun kurumda iç veya dış bağımlılık

oluşturamayacağı, nüfuz kuramayacağı şekilde düzenledik. Bu amaçla kurumu; toplumun tüm kesimlerini temsil eder, dışarıda yasama ve yürütme güçlerinden bağımsız kalmasını her daim garanti edecek bir üye belirleme yöntemi geliştirdik. Üyelerin belirlenmesi sürecinin toplumdaki paydaşlarını çok geniş bir yelpazede ve derinlemesine kapsamasını, kurumun çoğulcu yapıda ve mali olarak özerk olmasını öngördük.

Nihayet, yargı bağımsızlığını, bağımsızlık yargının tamamına, her bir organ ve unsuruna yayılacak, her bir organ ve unsurun kendi bağımsızlığını koruyup geliştirebileceği şekilde düzenledik.

Toplumun tüm kesimlerini temsil eden üyelerin niteliksel kompozisyonunu kurumun işlevlerini yerine getirmek için ihtiyaç duyacağı niteliksel kaynağı sağlayacak şekilde oluşturduk. Kurum bütün işlevlerini dışarıdan insan kaynağına ihtiyaç duymadan yerine getirebilecek sayı ve nitelikte üyeye sahip olacaktır. Kurumun nitelikli üyelerini liyakatli olanlar arasından toplumun tüm kesimlerini temsil eden resmi ve özel kurumlar belirleyecektir. Şeffaflık ve hesapverirlik gereğince üyeliklere aday olma, aday gösterilme, seçilme veya atanma kararları yargı denetimine tabidir. Kurum üyelikleri süre bakımından kısıtlanmış, kurumsal hafızayı sürdürmek için tedbirler alınmıştır.

Kamu görevlilerinin suçlarında soruşturma ön izinlerinin ilga edilmesi, Adalet bakanlığı ve Hakimler Savcılar Kurulunun görev ve yetkilerinin düzenleyici kuruma devredilmesi ve böylece yargının işlev bağımsızlığına getirilen kısıtların ortadan kaldırılması öngörülmüştür.

Kurumun işlevleri; temel olarak ülkenin hukuk, adalet ve yargı politikalarını, önceliklerini ve ilkeleri belirlemek, yargı hizmetleri verilmesi, hukuk mesleklerine giriş, ilerleme, disiplin ve çıkarma işlemleri konusunda odaklanmaktadır.

Kurumun düzenleme yetkisi her türlü hukuk hizmetini kapsamaktadır. Kurum ülkenin hukuk, adalet ve yargı politikalarını, tercihlerini ve öncelikleri ile yargı hizmetlerin standartlarını belirleyecek, belirlenecek hedefler doğrultusunda ayrı ayrı ve bir bütün olarak bütün hukuk

mesleklerinin geliştirilmesi için gerekli tedbirleri alacaktır. Bu konularda hali hazırda yürütmeye, Adalet Bakanlığı'na tanınan görev ve yetkileri kurum üstlenecektir.

Daimî Hukuk Şûrası önerimiz; Türk devlet geleneklerine uygun bir danışma mekanizması oluşturmayı; adaletin gerçekleştirilmesi için tüm paydaşları kurumsal bir çatı altında her yıl düzenli olarak bir araya getirmeyi amaçlamaktadır. Daimî Hukuk Şûrası; hukukla ilgili kamu görevlileri, mahkeme ve meslek temsilcileri ile sivil toplum temsilcilerinin düzenli olarak bir araya gelmesini, böylelikle hukukun güncel ihtiyaçlara uygun olarak geliştirilmesi için tavsiye niteliğinde kararlar oluşturmasını, kamuoyu, AYK, meslek kuruluşları ve yargı hizmet birimleri nezdinde farkındalık oluşturulmasını ve sürekli güncellenmeyi sağlayacaktır.

Tam Bağımsız Hukuk Meslekleri ve Kuruluşları:

Hukuk meslek mensuplarının her birinin kendi tam bağımsız meslek kuruluşuna sahip olmaları, öngörülmektedir. Yargısal Meslek Kuruluşu olarak Anayasa'da yargı bölümü içinde özel düzenlemeye kavuşmaları öngörülmüştür. Hâkim, savcı, avukat ve noter mesleklerinin birbirine eşit seviyelerde, kendi kendini yönetebilir şekilde tam bağımsız örgütlenmesi öngörülmüştür.

Yargısal hukuk meslek kuruluşları, mahkeme yapılanmasına paralel, kalkınma planları hedefleri ile ekonomik ve demografik hususlar dikkate alarak yapılandırılmaktadır. Hâkim ve savcılarının meslek kuruluşları bölge adliye mahkemeleri bölgeleri ile sınırlı olarak düzenlenirken meslek mensuplarının sayısı çok fazla olan avukatların meslek kuruluşları illeri de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

Bütün yargısal meslek kuruluşlarının merkezî birlikleri Başkent Ankara'dadır. Merkezi birlikler mesleklerin en yüksek seviyede temsiline odaklıdır. Meslek kuruluşları; mensuplarına ilişkin esaslı işlevlerini bölge odaları veya birlikleri vasıtası ile yerine getirecektir, Böylece meslek

mensuplarının meslek kuruluşlarına daha kolay erişimi ve etkili olmaları, kuruluşların da mensuplarına daha etkili olarak hizmet sunmaları mümkün olacaktır.

Yargısal meslek kuruluşları ve birlikleri bağımsız birer kurum olarak düzenlenmiş; hukukun üstünlüğünü ve meslek mensuplarının bağımsızlığını koruma görev ve yetkisi verilmiştir. Düzenleyici Adalet Yüksek Kurumu da hukuk mesleklerinin bağımsızlığını savunmak, korumak ve geliştirmekle görevlidir. Fakat Kurumun meslek kuruluşlarına müdahale etmesinden özenle önlenmiştir. Hukuk mesleklerine giriş, kariyer, disiplin ve meslekten çıkarmada Adalet bakanlığı yerine Kurum yetkili olacaktır. Kurumun mesleğe kabul ettiği meslek mensupları, otomatik olarak üye oldukları meslek kuruluşlarını, yönetimde çeşitliliği ve kapsayıcılığı sağlayan demokratik yöntemlerle kendileri yönetecektir. Meslek kuruluşlarının, hukukun üstünlüğünü savunmanın yanında standartlarının kurumun belirlediği şekilde kaliteli hizmet vermek için mesleklerini geliştirmeye odaklanabilmesi öngörülmektedir. Hukuk mesleklerinde meslek içi hesapverirliği geliştirmek amacıyla disiplin ve denetim organları optimum seviyede verimli ve etkili çalışacak bir yapıya kavuşturulmaktadır.

Yargı hizmet birimleri olan mahkemelerin yapılanması, bir yandan yargıda uzmanlığın merkezlerde yoğunlaştırmayı, öte yandan en uç birimler vasıtasıyla hizmeti halkın ayağına götürmeyi sağlayacaktır.

Hukuk meslekleri tek bir kanunla, birbirlerine paralel, yeknesak ve uyarlı olarak düzenlenmektedir. Hukuk mesleklerine giriş, staj, özetmenlik ve yardımcılık seviyelerini içeren kariyer planlaması; hizmet verenlerin yetkinliğini artırarak hizmetin kalitesini yükseltmeyi hedefleyerek geliştirilmiştir. Hukuk mesleklerinin ortak kariyer planı ve meslekler arası geçiş düzenlemeleri; yargının insan kaynaklarının geliştirilmesi ve gerektiğinde ihtiyaca uygun olarak farklı roller arasında kaydırılabilmesini amaçlamaktadır. Yeknesak kariyer planı ile meslekler arası geçişler, dolayısıyla etkin kaynak kullanımı ve olumlu mesleki işbirliği geliştirilmek-

tedir. Mahkemelerde savcılarının hâkim kürsüsünden inerek avukatlarla aynı seviyede konumlandırılmaları böylece mümkün olabilecektir.

Şeffaflık ve Yaygın Yargısal Denetim:

Düzenleyici kurumun, yargısal meslek kuruluşlarının organlarında veya yargı hizmet birimlerinde (mahkemeler) görev almak üzere aday olma, gösterilme ve atanma, hukuk mesleklerine giriş, kariyer gelişimi, disiplin, terfi ve tayin ile meslekten çıkarma, mahkeme kurma, kapama, hukuk mesleklerinin performans denetimi de dahil yargı ile ilgili her türlü süreçleri işlem ve kararları, tüm bilgiler kolayca erişilebilecek şekilde kamuoyuna açılarak tam şeffaflığı sağlayacak şekilde tasarlanmıştır^[87].

Güçlendirilmiş şeffaflık yoluyla kararların hukuka uyarlığı yükseltmekte ve liyakat güçlendirilmektedir. Daha da önemlisi sistemdeki bütün işlem ve kararların hesapverirliği ve yargısal denetimi sağlanarak hem yargı güçlendirilmekte hem de toplumun adalet inancını yükseltmek amaçlanmaktadır.

Toplumun itimadını güçlendirmek için yargı sistemindeki her türlü işlem ve kararları, sadece ilgilileri değil toplumun herhangi bir ferdi yargı denetimine götürebilecektir.

Yargısal Denetim İçin Uzmanlık Mahkemesi:

Kaliteli hizmet ürettiği, gerçek manada şeffaf ve tam olarak hesapverir olduğu ve bu yönde toplumun itimadını kazandığı takdirde Yargı; tam bağımsızlığını ve kendi kendini yönetme imkanını kazanabilir ve koruyabilir.

Bu nedenle baştan ayağa tüm yargı organ ve unsurlarının şeffaf ve hesapverir olmasını sağlamaya ve bu amaçla her türlü işlem ve kararlarının yargısal denetimine özel önem verilmiştir. Yargı yapılanmasında organla-

[87] Şeffaflık bir yandan kararların hukuka uyarlığını yükseltmeye yararken diğer yandan liyakati güçlendirecek daha da önemlisi yargısal denetimi ve hesapverirliği sağlayarak kurumu güçlendirecek toplumun adalet inancı yükseltilecektir.

ra aday olma, aday gösterilme, seçilme, mesleklere giriş, staj, kabul tayin, terfi, disiplin cezası ve çıkarma cezaları ve idari manada her türlü işlem ve kararın yargısal denetimi öngörülmüştür.

Bu amaçla bir uzmanlık mahkemesi kurulmakta ve hızlı işlemlerini sağlayan bir yargılama usulüne sahip olması öngörülmektedir.

Önerdiğimiz tasarımın üç temel direğinden birisi yargısal denetim ve bu denetimi yapmaya yetkin bir uzmanlık mahkemesi kurulmasıdır. Yargısal denetimi etkin olarak gerçekleştirmek üzere ve konusunda uzman olan Adalet Yüksek Mahkemesi kurulması ve özel usulünün olması öngörülmüştür. Bu mahkeme düzenleyici kurumdan tam bağımsız olacaktır. Türk yargı sistemine yeni eklenen bu mahkeme, ilk derece sıfatıyla yargılama yapan bir yüksek mahkeme niteliğinde olacaktır. Görevinin kapsamına giren hususlar Anayasal sistemi doğrudan ilgilendirdiği için bu mahkemenin temyiz denetimi Anayasa Mahkemesine verilmiştir^[88].

[88] Bu uzmanlık mahkemesi günümüzde sıkıntılı olan diğer hususlarda da yeni fırsatlar ortaya çıkaracaktır. Örneğin üst düzey kamu görevlilerinin ve yargı unsurlarının kişisel ve görev suçlarından dolayı fiilî olarak sorumluluktan bağışık ve cezasız hale gelmesine neden olmuş bulunan soruşturma ön izinleri şartı ilga edilerek bu kesimin görevlerinin hassasiyetine uygun olarak soruşturulması bu uzman mahkemeye verilebilir. Aynı şekilde yasama dokunulmazlığı olanların soruşturulması ve kovuşturulması bu mahkemenin yetkisine verilerek hem yasama dokunulmazlığı hem de hukukun üstünlüğü güçlendirilebilir. Halihazırda siyasi saiklerle ortadan kaldırılabilen, hukukî nitelikteki dokunulmazlık korumasının siyasiler tarafından siyasi bir kararla kaldırmanın önüne geçilebilir.

Bu uzmanlık mahkemesi, yasama dokunulmazlığının etkin olarak korunurken hukukun üstünlüğünden ödün vermemek için de güzel bir fırsat sunabilir. Hukuki bir koruma veren dokunulmazlıkların siyasi saiklerle kaldırılması ilga edilirken, dokunulmazlıktan yararlanan kişiler hakkında suçlama getirilmesi ve yargılanmaları bu uzman mahkemenin denetimine tabi kılınabilir. Böylece dokunulmazlık korumasının yargısal merciler tarafından etkin olarak korunması, dokunulmazlık kapsamının yargı içtihatlarıyla netleştirilmesi ve aynı zamanda yargısal işlemlerin dokunulmazlığın özüne zarar vermesi önenebilir.

Yasama dokunulmazlığı hukuki bir koruma olmasına karşın dokunulmazlıktan yararlanılması mecliste alınacak siyasi bir “dokunulmazlık kaldırma” kararı ile kaldırılmaktadır. Dokunulmazlık kaldırma kararı ile dokunulmazlık tanınan milletvekilleri ve diğerleri görevlerinin gerekleri ile uyarlı yetkinlik, kıdem ve uzmanlığa sahip olmayan mahkemelerde yargılanmakta; mahkûm edildiklerinde yasama görevini yapamaz hale gelmektedirler.

Uzmanlık Mahkemesine Özgü Başsavcılık Yapılanması:

Önerilen Adalet Yüksek Mahkemesinin soruşturacağı veya soruşturma izni vereceği ceza davaları ve işlerinde kamuyu temsil etme görevini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından ayırıştırılarak dönüştürülen Cumhuriyet Başsavcılığı'nın yerine getirmesi öngörülmektedir.

Adalet Yüksek Mahkemesine özgün yeni bir savcılık oluşturmak yerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığını anayasayı koruma işlevine odaklanmış olarak dönüştürmek tercih edilmiştir. Zira güçler ayrılığına dayalı demokratik sistemin üç temel direğinden birisi olan yargıya özgün bu uzmanlık mahkemesinde kamuyu temsilen yerine getirilmesi gereken görevler; doğası gereği, anayasal düzenin işlemesi ve korunması ile yakından ilgilidir. Bu görevler Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının mevcutta Anayasayı korumaya ilişkin görevleri ile paraleldir ve zaman zamanda örtüşmektedir.

“Cumhuriyet Başsavcılığı” ve “Cumhuriyet Savcısı” unvanlarını Anayasa Mahkemesinde ve Adalet Yüksek Mahkemesinde görev yapacak olan savcılarının kullanması öngörülmüştür. Yargıtay'daki temyizlerle ilgili görevleri yerine getiren başsavcılık ve savcılar Yargıtay Başsavcılığı^[89] ve

Dokunulmazlık İsrail'de Türkiye'dekinden ters yönde düzenlenmiştir. Yargı mercileri; yasama üyeleri hakkında olağan işlevini bağımsız olarak sürdürmekte; yasama üyeleri haklarında yürüyen bir yargısal soruşturma nedeniyle kendilerine dokunulmazlık tanınmasını talep ederlerse sonradan dokunulmazlık tanınabilmektedir. Bu bakımdan yargı yapılanmasının bir parçası olarak oluşturulması önerilen uzmanlık mahkemesi ve başsavcılık sistemi yasama dokunulmazlığı için güzel bir fırsat sunabilir. Dokunulmazlıklarının siyasi bir kararla kaldırılması mekanizması ilga edilirken, dokunulmaz kişiler hakkında suçlama getirilmesi ve yargılanmaları bu uzman mahkemenin denetimine tabi kılınarak hukuki nitelikteki dokunulmazlık korumasının yargısal merciler tarafından korunması sağlanabilir.

[89] Hâkim ve avukatlardan ayrık olarak avcılara “Cumhuriyet Savcısı” denmesinin dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'un fikri olduğu söylenir. Cumhuriyetin koruyucusu oldukları için savcılarının “Cumhuriyet” sıfatını kullanmalarını Mustafa Kemal Atatürk'e önerdiği ve kabul gördüğü anlatılır. Bu terim; yargılamalarda hâkim ve savcılarla eşit derecede güce, sorumluluğa ve öneme sahip olmalarına karşın savcılarının zihinlerde daha özel bir yere getirilmesine neden olmaktadır. Adliye binalarının yönetimini adalet

Yargıtay Savcısı unvanlarını kullanacaktır. Böyle bir ayrıştırma Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının anayasal görev ve işlevlerini netleştirecek ve kurumu yalınlaştıracaktır^[90].

Özet olarak A'dan Z'ye Türk Yargı Reformu Önerileri:

Yargının İşlevini etkin olarak gösterebilmesi için:

1. Hakimler Savcılar Kurulunu ıslah etmek; ve bunun için:
 - kaliteli yargı hizmetleri üretimine odaklanan merkezi düzenleyici bir kurum olarak **Adalet Yüksek Kurumu (“AYK”) oluşturmak**, ve
 - ilgili paydaşlara danışmak, gelişmeleri gözlemlemek ve yargı hizmetleri ile ilgili olarak tavsiyeler oluşturmak üzere **Daimî Hukuk Şurası** oluşturmak.
2. Yargı teşkilatının idaresi ile ilgili olarak alınan, AYK kararları ve işlemleri de dahil, her türlü karar ve yapılan işlemin yargısal denetimini yapmakla görevli, yargı konularında uzmanlaşmış Adalet Yüksek Mahkemesi

komisyonlarına değil de zihinlerde “özel” bir yeri olan savcılara verilmesinin arkasında bu düşüncenin etkisi yok mudur? Bozkurt davasında başarılı olan Mahmut Esat Bozkurt’un fikrinin temeli yanlış değildir. Cumhuriyetin koruyucuları savcılar olmalıdır. Ancak, Türkiye’nin Cumhuriyet’i korumak için oluşturduğu düzende, sadece bu görev kendisine verilmiş olan savcılar “Cumhuriyet Savcısı” unvanını kullanmaları; diğerleri sadece “savcı” olarak adlandırılmaları doğru olanıdır.

[90] Mevcut sistemde savcılarının sorumluluklarının dosyaların “soruşturma”, “duruşma” ve “temyiz” aşamalarına göre ayrılmış olmasının muazzam bir kaynak israfı olduğu söylenebilir. Bir işi değişik aşamalarda başka bir savcının üstlenmesi kaliteli hizmet üretimine uygun değildir. Soruşturmasından sorumlu olmayan savcının duruşmada yargılamaya katkı verebilmesi ve değer yaratabilmesi oldukça sınırlıdır. Soruşturma ve yargılama aşamalarına katılmamış; gelişmeleri gözlememiş olan “temyiz aşaması” savcılarının “evrak üzerinden” temyiz konularını kavramaları da temyiz incelemesine bir katkıda bulunmaları ise hiç beklenmemelidir. Nitekim, Yargıtay savcılıkları büyük oranda temyiz edilen dosyalar hakkında evrak üzerinde “mütalaa” yazmaktan, tabiri caizse formaliteyi yerine getirmekten ibaret olmaktadır. Savcılar da avukatlar gibi görev aldıkları uyumsuzlukları soruşturma aşamasından verilen hüküm kesinleşinceye kadar her aşamasında takip etmeli; performansları da bunda gösterdikleri başarıya göre değerlendirilmelidir.

oluşturmak.

3. Anayasa Mahkemesinin anayasayı koruma kapasitesini artırmak ve üyelerinin siyaseten tarafsızlıklarını geliştirmek.

4. Hukuk mesleklerinin her birisini temsil eden ve tamamıyla meslek mensupları tarafından yönetilen yargısal meslek kuruluşları oluşturmak ve Anayasa ile güvence altına almak.

5. Türklerin Ahi geleneğinin özünden esinlenerek hukuk mesleklerinin her birisi için yeknesak kariyer planı oluşturmak ve mahkemelerin ihtiyacına uygun olarak insan kaynakları kapasitesini geliştirmek ve artırmak.

6. NUTS – 2 kalkınma bölgelerini baz alarak mahkemeleri ve insan kaynaklarını optimum şekilde dağıtmak, uzmanlıkları merkezlerde yoğunlaştırırken hizmeti halkın ayağına götürmek.

7. Etkin ve verimli modern uyumsuzluk yönetim usulleriyle uyumsuzlukları erken aşamada ve mahkeme sistemine gelmeden tespit ederek mahkeme kaynaklarını ileriye doğru planlayarak mahkemelerin kaynaklarını etkin olarak kullanmak, dava öncesi dürüst ifşa ve ibraz kurallarıyla uyumsuz tarafları etkili iletişime, sulh ve uzlaşmaya teşvik etmek. Böylelikle hali hazırda 4-5 sene süren karmaşık davaları mahkemeye gelmesinden itibaren 3-4 ay içinde etkili ve verimli olarak sonlandırmak.

Şeffaflık ve hesapverirliği güçlendirerek hukukun üstünlüğünü geliştirmek için:

8. Hukukun herkese karşı üstünlüğünü sağlamak için:

- Kamu görevlilerinin suçlarının soruşturmasında idari amirlerinin ve kendi meslek kuruluşlarının ön izin vermesi şartlarını ilga etmek:

- Yasama (ve yürütme) dokunulmazlığını güçlendirmek, bu amaçla yasama dokunulmazlığına sahip olanların suçlarının Anayasa Mahkemesi önünde soruşturmasında Adalet yüksek Mahkemesini münhasır yetkili yapmak ve TBMM'nin siyasi sebeplerle dokunulmazlık korumasını kaldırmasını önlemek.

- Bütün yargı mensuplarının ve üst-düzey kamu görevlilerinin suçlarının soruşturması yetkisini münhasıran Adalet Yüksek Mahkemesine vermek.

9. Yargıdaki bütün görevlere atamaların liyakate dayalı olmasını sağlamak, yargı üst kurumlarına, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay üyeliklerine atamalarda kamuoyunun da dahil olduğu süreçler sonucunda karar verilmesi ve adaylıkların ve atamaların yargı denetimine tabi olması.

Yukarıda özetlenen çözümlerin ve sürdürülebilir yargı bağımsızlığının halkın yönetimde ve mecliste adil temsilini sağlayan, devlet güçleri arasında sağlam bir denge kuran bir anayasa ile güvence altına alınması gerekir.

Yeknesak Hukuk Meslekleri Kariyer Planı ve Tam Bağımsız Yargısal Meslek Kuruluşları

Mehmet GÜN, Utku SÜNGÜ

I. YEKNESAK HUKUK MESLEKLERİ KARIYER PLANI

Daha İyi Yargı Derneği olarak “A’dan Z’ye Türk Yargı Reformu” tasarı-mızda yer alan temel yapıtaşlarından birisi “Yeknesak Hukuk Meslekleri Kariyer Planı” önerimizdir.

Önerimiz, hukuk mesleklerini yeknesak bir meslek kariyer planı çer-çevesinde kalacak şekilde yapılandırmakta, hukuk mesleklerine giriş ön-cesinde adayların tecrübe kazanabilecekleri uzun ve kapsamlı bir hazırlık dönemini içermekte ve ülkemizin oldukça zengin olan insan kaynağının hukuk meslekleri alanında verimli kullanılmasına olanak sağlamaktadır.

Bu kapsamda önerimizin mahkemelerin kaliteli hizmet üreten, verimli, yetkin ve uluslararası rekabetçi hale getirilmesi; mevcut ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemesi yapılanmasının insan kaynakları ve kaynakların et-kin, verimli ve olumlu iş birliği geliştirmesi bakımından güçlendirilmesi temel amacımıza da olumlu katkı sağlayacağı değerlendirilmektedir.

Önerimiz kapsamında aşağıda belirtilen temel hususların hayata geçirilmesi öngörülmektedir.

A. HAKİM, SAVCI, AVUKAT VE NOTER MESLEKLERİNE Gİ-RİŞ SİSTEMİNİN YEKNESAKLAŞTIRILMASI

Hukuk mesleklerine giriş sisteminin temel olarak yedi yıl sürmesini ve yedi temel aşamadan oluşması planlanmıştır. Bu kapsamda yedi temel

aşama sırasıyla Hukuk Mesleklerine Giriş Genel Sınavı, Hukuk Meslekleri Genel Stajı, Meslekte Özetmen ve Yardımcılık Sınavı, Meslek Stajı, Özetmenlik, Yardımcılık ve Mesleğe Kabul ve Atama Sınavı aşamalarıdır.

Hukuk Mesleklerine Giriş Genel Sınavı aşaması hukuk fakültesinden yeni mezun olmuş adayların gireceği tek bir yazılı sınavdan oluşmaktadır. Sınav Adalet Yüksek Kurumu tarafından düzenlenecektir. Bu sınavda başarı şartı yüz puan üzerinden yetmiş puan olarak öngörülmüştür. Bu sınavla birlikte hukuk mesleklerini icra edecek kişilerin eşdeğer standartlara sahip olması hedeflenmektedir.

Hukuk Meslekleri Genel Stajı aşaması, adayların her biri üç ay sürecek şekilde tüm hukuk mesleklerinde staj yapacakları, idari süreçleri takip ederek yardımcı olacakları ve gelişimlerini sürdürecekleri süreç olarak planlanmıştır. Bu aşamayla birlikte mesleğe başlayana kadar adaylara, maddi kaygılarının giderilmesi amacıyla, daha önceden belirlenen bir ücret ödemesi öngörülmüştür.

Meslekte Özetmen ve Yardımcılık Sınavı aşaması, adayın kariyer hedeflediği hukuk mesleğine ilişkin düzenlenen, yazılı ve mülakat olmak üzere iki bölümden oluşan aşamadır. Sınav Adalet Yüksek Kurumu tarafından düzenlenecektir. Bu sınavda başarı şartı yüz puan üzerinden yetmiş puan olarak öngörülmüştür. Bu sınavla birlikte adayın seçmiş olduğu hukuk mesleğine özgü niteliklere sahip olup olmadığı hususunun ölçülmesi hedeflenmiştir.

Meslek Stajı aşaması bir yıl süren ve adayın seçmiş olduğu hukuk mesleğinin gereklerine göre çeşitli mahkemelerde, savcılıklarda, noterliklerde, ceza infaz kurumu ve tutukevlerinde geçirilen yoğun bir staj dönemi olarak planlanmıştır. Bu aşamada adayın ilgili hukuk mesleğine ilişkin genel bilgileri öğrenmesi, eğitimlere katılarak gelişimine devam etmesi hedeflenmiştir.

Özetmenlik ve yardımcılık aşamaları ise sırasıyla iki ve üç yıl sürmesi planlanan aşamalardır. Özetmenlik aşamasında adayımızın görevi yargılamalara ve idari süreçlere katılarak özet ve araştırma yapmak olacaktır. Yardımcılık görevinde ise artık aday yargılamalara ve idari süreçlere katılacak, bu süreçlerde aktif rol alacak, yazışmalar yapacak, duruşmalara girecek, belge ve taslakların hazırlanmasında görev alacaktır.

Yeknesak Hukuk Meslekleri Giriş Sistemimizin son aşaması ise Mesleğe Kabul ve Atama Sınavıdır. Bu sınavda adayın ilgili hukuk mesleğini yapabilecek niteliklere sahip olmadığı hususunun yazılı bir sınav ve mülakatla belirlenmesi hedeflenmiştir. Sınav Adalet Yüksek Kurumu tarafından düzenlenecektir. Bu sınavda da başarı şartı yüz puan üzerinden yetmiş puan olarak öngörülmüştür.

Yeknesak Hukuk Meslekleri Giriş Sisteminde yer alan mülakat kurullarının yedi kişiden oluşması ve bu kurullarda avukat, hakim, savcı, noter, akademisyen ve psikolog mesleklerinden kişilerin bulunması öngörülmüştür. Mülakatların güvenilir, şeffaf ve hesapverir olmasını temin etmek açısından sesli ve görüntülü olarak kayıt altına alınması ve Adalet Yüksek Kurumunun sitesinde herkesin erişebileceği şekilde yayınlanması planlanmıştır. Tüm sınav süreçlerine ilişkin yargı yolu da açık olacaktır.

Sınav ve mülakat sürecinden alınan puanların ortalamasının;

- Kırkın altında olması durumunda ilgili adayın bir alt aşama olan özetmenlik görevine geri atanması,
- Kırk ila yetmiş arasında olması durumunda yardımcılık görevine devam etmesi,
- Yetmişin üzerinde olması durumunda ilgili adayın seçmiş olduğu hukuk mesleğine atanması/başlaması öngörülmüştür.

B. HUKUK MESLEKLERİNİN MAHKEMELERİN YAPISINA UYGUN VE YEKNESAK YAPILANDIRILMASI

Önerimiz kapsamında tüm hukuk meslekleri için mahkeme dereceleriyle (ilk derece, istinaf ve temyiz) de uyum içinde olan ve üç dereceden oluşan bir kariyer planlaması yapılmıştır. Hakim ve Savcı meslekleri için her de-

rece de kendi içerisinde üç ayrı seviye içermektedir.

Hukuk meslek mensuplarının özlük hakları, görev alabilecekleri mahkemeler vb. tüm hususlar bu kariyer planı kapsamında belirlenecektir. Önerimizin hayata geçirilmesi durumunda mevcut hukuk meslek mensuplarının derece ve seviyelerinin de Adalet Yüksek Kurumu tarafından yapılacak değerlendirmeye belirlenmesi ve ilgili hukuk meslek mensuplarının sisteme entegre edilmesi öngörülmüştür.

C. HUKUK MESLEKLERİNDE TERFİ SİSTEMİ VE ATAMALARIN YEKNESAKLAŞTIRILMASI

Hukuk mesleklerinin kariyer planları, yukarıda belirtildiği şekilde mahkemelerin yapısıyla uygun ve yeknesak olarak düzenlenmiştir. Kariyer planlarının hukuk mesleklerinin aynı seviyede gelişmesine ve seviyeler arasında kolayca geçiş sağlanmasına imkan verecek şekilde düzenlenmesine önem verilmiştir.

Derece içerisinde seviye ilerlemesi belirli bir süre görev yapmış olmak ve belirlenen başarı performansını göstermek kaydıyla kendiliğinden olmaktadır. Derece ilerlemesi ve yüksek dereceye geçilebilmesi için ise üst derecedeki mahkemede açık pozisyon olması, adayın ilgili pozisyona talip olması ve gerekli kriterleri karşılaması gerekir.

Bu kapsamda seviye ve derece yükselmeleri yapılacak olan sınavlarda alınan puanlar, yabancı dil bilgisi ve performans değerlendirme sistemindeki diğer kriterler göz önüne alınarak belirlenecektir. Her seviye ve derecenin kendine has kriterleri bulunmaktadır. Bu kriterler yüksek lisans veya doktora yapmış olma ya da makale yayınlamış olma gibi çeşitli unsurları içermektedir. Öte yandan tüm kariyer seviyelerinde güncel ve sürekli mesleki eğitim ve rehberlik hususları da düzenlenmiştir.

Önerimizde seviye ve derece ilerlemelerinde dikkate alınacak olan kapsamlı bir performans değerlendirme sistemi de öngörülmüştür. Performans değerlendirme sistemine göre adaylar;

- Sosyal Yeterlilik
- Verilen Hizmetin Kalitesi

- Bireysel Verimlilik ve Başarı
- Mesleki Yeterlilik ve Performans

kriter gruplarında değerlendirmeye alınacaklardır. Performans değerlendirmeleri yılda bir kez Adalet Yüksek Kurumu tarafından yapılacak ve değerlendirme sürecinde ilgili hukuk meslek mensubunun görevi sebebiyle iletişime geçtiği her kesimden değerlendirme notu alınacaktır. Değerlendirme notları UYAP veya benzeri bir bilgi işlem teknolojisi veri tabanı üzerinden değerlendirilecek ve sonuçlar ilgili meslek mensubuna iletilecektir.

Tüm bunlara ek olarak, *hukuk mesleklerinde tecrübenin önemini de göz önüne alarak*, bir mentorluk sisteminin kurulması planlanmıştır. Bu sistem ile hukuk meslek mensuplarının tecrübelerinin genç kuşaklara aktarılması amaçlanmıştır. Bu kapsamda hukuk mesleklerinde tecrübe kazanmış veya emekli olmuş hukuk meslek mensupları istekleri üzerine mentorluk sicili adını verdiğimiz bir sicile kaydolarak istekli genç meslek mensupları ile rızai olarak eşleştirilecek ve böylelikle bilgi birikiminin aktarılması sağlanacaktır.

D. YEKNESAKLAŞTIRMA YOLUYLA HUKUK MESLEKLERİ ARASI GEÇİŞLERİN KOLAYLAŞTIRILMASI

Hukuk meslekleri arasındaki geçiş sistemi ile her kariyer seviyesinde başka bir mesleğe geçişe olanak veren ve liyakatin ön planda olduğu bir sistem önermekteyiz. Nitekim, hukuk meslek mensuplarının kariyer seviyeleri de meslekler arası geçiş sistemimize uygun olacak şekilde düzenlenmiştir.

Böylece hukuk meslek mensupları bulundukları hukuk mesleğindeki kariyer seviyeleri ve diğer değerlendirmeler dikkate alınarak bir başka hukuk mesleğine çok daha kolay ve belirli kriterler doğrultusunda geçebilecektir.

Bu kapsamda adayın geçiş yapacağı mesleğin kabul veya atama sınavı ve mülakatında başarılı olması gerekmektedir. Sonrasında aday, bir yıl süreyle alıştırma stajı yapmak koşuluyla, geçiş yaptığı hukuk mesleğindeki seviyesiyle eşdeğer veya daha alt seviyeki meslek seviyesine geçiş yapabilecektir.

Böylelikle hukuk meslek mensupları da daha dinamik ve efektif bir ka-

riyere sahip olma şansına sahip olacaktır. Öte yandan bu geçiş sistemi ile hukuk mesleklerinde dönem dönem ve sıklıkla yaşanan tecrübe eksikliklerinin de önüne geçmek amaçlanmıştır.

E. HUKUK MESLEKLERİNİN YETKİNLİK VE VERİMLİLİKTE ULUSLARARASI REKABETÇİ HALE GETİRİLMESİ

Yukarıda sıralanan önerilerimizin hayata geçirilmesi halinde hukuk mesleklerinin yetkinlik ve verimlilikte uluslararası rekabetçi olması için gereken tüm altyapıya sahip olunacağı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler:

hukuk meslekleri	meslek stajları	hakim
savcı	avukat	

II. TAM BAĞIMSIZ YARGISAL MESLEK KURULUŞLARI

Daha İyi Yargı Derneği olarak “A’dan Z’ye Türk Yargı Reformu” tasarımızda yer alan temel yapıtaşlarımızdan bir diğeri de “Tam Bağımsız Yargısal Meslek Kuruluşları” önerimizdir.

Önerimiz, her bir hukuk mesleğinin kendi meslek kuruluşuna sahip olacağı bir yapılandırma içerisinde, meslek kuruluşlarına dışarıdan müdahaleyi engelleyecek düzenlemeleri getirmekte ve bu bağımsız meslek kuruluşlarını meslek mensuplarının özlük işleri, eğitimi ve geliştirilmesi hususlarında görevlendirmektedir.

Önerimiz kapsamında aşağıda belirtilen temel hususların hayata geçirilmesi planlanmaktadır.

A. HER BİR HUKUK MESLEK MENSUBUNUN KENDİ MESLEK KURULUŞUNA SAHİP OLMASI

Hukuk meslek mensuplarının her birinin kamu kurumu niteliğinde, ayrı tüzel kişiliğe sahip bağımsız yargısal meslek kuruluşlarına sahip olmaları öngörülmektedir. İlgili meslek kuruluşlarının yargısal meslek kuruluşu olarak anayasada yargı bölümü içinde özel düzenlemeye kavuşmaları ön-

görölmüştür. Hâkim, savcı, avukat ve noter mesleklerinin birbirine eşit seviyelerde, kendi kendini yönetebilir şekilde tam bağımsız örgütlenmesi öngörölmüştür.

Yargısal meslek kuruluşları bağımsız birer kurum olarak düzenlenmekte ve bu kuruluşlara hukukun üstünlüğünü ve meslek mensuplarının bağımsızlığını koruma görev ve yetkisi verilmektedir. Önerilerimiz kapsamında düzenleyici kurum olarak öngörölen Adalet Yüksek Kurumu da hukuk mesleklerinin bağımsızlığını savunmak, korumak ve geliştirmekle görevlidir; ancak bu kurumun bu bağımsız meslek kuruluşlarına müdahalesi söz konusu olmayacaktır.

Bu bağımsız meslek kuruluşlarının, merkezi Ankara'da bulunan bir organizasyon içerisinde bölgeler şeklinde teşkilatlanması öngörölmüş ve bu teşkilatlanmada temsilde adaletin sağlanmasına özen gösterilmiştir. Bu kapsamda;

- 15 Bölge Hakim Odası
- 15 Bölge Savcı Odası
- 15 Bölge Baro Birliği ve yaklaşık 75-80 İl Barosu
- 15 Bölge Noter Odası

kurulması planlanmıştır.

Yargısal Meslek Kuruluşlarının Merkez teşkilat organları başkan, yönetim kurulu ve icra kurulundan oluşur. Yargısal meslek kuruluşlarının bölge teşkilatları bölge hakim odaları, bölge savcı odaları, bölge noter odaları ve bölge baro birlikleri adıyla faaliyet gösterir. Organları başkan ve yönetim kurulundan oluşur. Yargısal meslek kuruluşlarının bölge teşkilatlarının merkezi o bölgedeki bölge adliye mahkemesinin bulunduğu ilin merkezinde kurulur ve faaliyet gösterir. Ayrık olarak avukatların yargısal meslek kuruluşu baroların illerde oluşturacağı barolar da tüzel kişiliğe haiz, kamu kurumu niteliğinde bağımsız yargısal meslek kuruluşudur. İl barolarının organları da başkan ve yönetim kurulundan oluşur.

Yargısal Meslek Kuruluşlarının temel amaç ve görevleri şunlardır:

- Meslek mensuplarını temsil etmek, meslek mensuplarının bağımsız

sızlığını, hesapverirliğini savunmak

- Meslek mensupları arasında mesleki birlik ve dayanışmayı sağlamak.
- Mesleği ve meslek mensuplarını sürekli geliştirmek, saygınlığını artırmak.
- Meslek sorunlarını tespit etmek, çözüm önerileri geliştirmek.
- Mesleğin etik kurallarını oluşturmak ve Adalet Yüksek Kurumu'nun onayına sunmak.
- Meslekten çıkarma kararı hariç meslek mensuplarının disiplin soruşturmasını yapmak.

B. MESLEK KURULUŞLARININ TAMAMEN MESLEK MENSUPLARINDAN OLUŞMASI

Önerimiz kapsamında; meslek kuruluşları tamamen meslek mensuplarından oluşacak şekilde düzenlenmiştir. Adalet Yüksek Kurumu'nun mesleğe kabul ettiği her meslek mensubu meslek siciline ve görev yaptığı bölge meslek birliğine üye olacaktır. Avukatlar bakımından mevcut sistem korunmaktadır.

Meslek mensupları üye oldukları meslek kuruluşlarını, yönetimde çeşitliliği ve kapsayıcılığı sağlayan demokratik yöntemlerle kendileri yönetecektir. Meslek kuruluşlarının, hukukun üstünlüğünü savunmanın yanında standartlarının kurumun belirlediği şekilde kaliteli hizmet vermek için mesleklerini geliştirmeye odaklanabilmesi öngörülmektedir. Hukuk mesleklerinde meslek içi hesapverirliği geliştirmek amacıyla disiplin ve denetim organları optimum seviyede verimli ve etkili çalışacak bir yapıya kavuşturulmaktadır

C. HUKUK MESLEKLERİNE DIŞARIDAN MÜDAHALENİN ÖNLENMESİ

Yargısal meslek kuruluşları; yönetimleri sadece meslek mensuplarından oluşacak, meslek dışından kimse yönetime katılmayacak, etki edemeyecek şekilde oluşturulmuştur. Meslek kuruluşlarının her bir üyesi, organı ve birliği tek başına ve müştereken hukukun üstünlüğü ile yargı bağımsızlığını

savunmakla görevli ve yetkili olacaktır.

Yargısal meslek kuruluşları faaliyetlerini demokratik usullere göre sürdürür. Adalet Yüksek Kurumu'nun belirlediği ilke, öncelik ve politikalara ve merkez yönetim kurulunun tavsiyelere uyacak şekilde olarak ancak bağımsız olarak karar alır.

D. MESLEK KURULUŞLARININ ŞEFFAFLIK VE HESAPVERİRLİĞİNİN GELİŞTİRİLMESİ

Meslek kuruluşlarının organlarına adaylık liyakati ortaya çıkaracak şekilde şeffaf ve yargı denetimine tabidir. Tek kişilik seçimler iki türlü; çok kişilik seçimler nispidir. Delegelik ve blok listeler yasaktır. Disiplin ve denetleme kurulu görece çok sayıda olan avukatlarda bölgelerde, hakim, savcı ve noterlerin meslek kuruluşlarında merkezde bulunur ve faaliyet gösterir.

Meslek kuruluşları organlarının kararları AYK nezdinde itiraz; sonrasında Adalet Yüksek Mahkemesinde dava edilebilir.

Anahtar Kelimeler:

hakimler kurulu	savcılar kurulu	bağımsız
hesapverir	bağımsız meslek kuruluşu	

Kaliteli Yargı Hizmeti Üretimi İçin Mahkeme Yapılanması, Dağılımı Ve Modern Uyuşmazlık Yönetimi Sistemi

Hande HANÇAR KOÇ

Yargı sisteminin işlevselliği ve etkinliği, bir ülkenin demokrasisinin ve hukukun üstünlüğünün temel belirleyicilerindendir. Bu sistem, adil ve tarafsız kararlar alarak toplumun huzurunu ve güvenini sağlamalıdır. Ancak, yargı sistemi sadece adaleti temin etmekle kalmamalı, aynı zamanda hizmet odaklı bir yapıya dönüşmelidir. Bu amaçla, yargının bağımsızlığına zarar vermeden şeffaf, hesap verebilir ve maliyet-etkin bir şekilde işlemlerini sağlamak oldukça kritiktir. Binlerce kişiyi istihdam eden ve temel bir kamu hizmeti sunan yargı, yalın, çevik ve kaliteli hizmet sunabilen bir yapıya dönüştürülmelidir. Nihayetinde, yargının topluma maliyet olmaktan çıkarak katma değer sağlayan bir kurum haline getirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde, yargı sistemi, adaletin tesisi yanında toplumun gelişimine ve refahına da katkı sağlayabilecektir.

Yargı sisteminin amaçlanan faydayı gösterebilmesi için; yargı kurulları, hukuk meslek mensupları ve yargı usullerinin diğer bir ifade ile yargı hizmet unsurlarının tümünün bir bütün olarak değerlendirilmesi ve tüm bu unsurların sistemin kaliteli hizmet sunma amacına yönelik olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Türkiye’de Yargı sistemindeki eksiklikler ve şikayetler, sistemin verimliliğini ve toplumsal güveni ciddi şekilde sarsmaktadır. OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü tarafından yayımlanan “Bir Bakışta Hükümet 2023”

raporu^[1] sonuçlarında göre; Türkiye’de Yargı ve adli sistemle ilgili memnuniyet yüzde 33 ile, OECD ortalaması olan yüzde 57’nin hayli altındadır.

Yargı sistemimizdeki tüm eleştiriler arasında, yavaş işleyen yargılamalar, sistemdeki verimsizlik, uzun süren davaların sonunda gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılamaması ve verilen kararların gerçeklere uygun olmaması gibi sorunlar, en ciddi ve haklı olarak dikkate alınması gereken şikayetlerdir. Yargı hizmetlerinin sunumunda hazırlıksızlık, sürekli kesintilerle sekteye uğrayan yargılama süreçleri, kaynakların israf edilmesi, verimsizlik, hizmetteki hatalar ve kalite eksikliği gibi eleştiriler de sıklıkla gündeme gelmektedir.

Gelinen noktada, yargının kendi unsurlarının dahi şikayetçi olduğu, iş yükü altında ezildiği ve bu nedenle işlevini yeterince yerine getiremediği aşıkardır. Yargılamaların aşırı gecikmesi, bilirkişilere aşırı yüklenilmesi, kararların doğruluğu ve adil oluşu konusunda sıkıntılar yaşanması, avukatların delil toplama konusunda kısıtlanması ve savunma haklarının zorlaşması gibi sorunlar sıkça karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, savunma haklarının sınırlanmasıyla birlikte hak arama özgürlüğünün de suiistimal edilmesine neden olmaktadır.

Yargı sistemindeki eksiklikler ve şikayetler konusunda ülkemiz içerisinde yapılan bilimsel çalışma oldukça azdır. Kamuoyu araştırmaları ile toplumun yargıya olan güven düzeyi belirlenmeye çalışılmakla birlikte; sorunun kök nedenlerine yönelik bir çalışmadan söz edilememektedir^[2].

[1] <https://www.oecd.org/publication/government-at-a-glance/2023/country-notes/turkiye-1aab42fa#chapter-d1e22>

[2] Literatür İncelemesi “Yargı Kurumuna Güven” Yazını Üzerine Bir İnceleme- A Literatur Review About “judicial Trust” Serdar Gülener

Türkiye’de bu zamana kadar yapılan yargı reformlarından istenilen faydanın alınamamasının sebebi; kanaatimizce, sorunların bir bütün olarak değerlendirip kök nedenlerinin araştırılmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce yargı sisteminin sorunu; mahkeme, hâkim ve savcı sayısında değildir. Bunun gibi, usul kurallarına yönelik zaman zaman yapılan değişiklikler de kısa vadede bazı çözümler getirmekteyse de uzun vadede sistemin eski düzene yeniden döndüğü görülmektedir. Dolayısıyla, görünürdeki problemlere kısa vadede çözümler bulmak üzere atılan adımlar, hızlı çözümler üretebiliyorsa da uzun vadede temel problemin daha da büyümesine yol açmaktadır.

Kanaatimizce Yargı sisteminin sorunları, sistemin en baştan kaliteli hizmet sunma amacına yönelik yapılandırılmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de mevcut yapılanma ve yargılama süreçlerindeki eksiklikler, bu hedefin gerçekleştirilmesini engelleyen temel etkenler arasındadır. Yargının sorunları, yalnızca mahkeme, hâkim veya savcı sayısında değil, aynı zamanda yapılanma ve işlevsellik eksikliklerinde yatmaktadır.

Yargıdaki tüm sorunların etkin bir şekilde çözümlenmesi için; yargının tüm unsurlarının yeniden yapılandırılmasının yanı sıra, uyuşmazlıklara uygulanan usul kurallarının ve mahkeme yapılanmasının da modernleştirilerek kökten bir şekilde değiştirilmesi gerekmektedir.

Bu sorunların üstesinden gelmek ve topluma daha etkin bir yargı hizmeti sunmak için atılabilecek adımlar şunlar olabilir:

Öncelikle uyuşmazlıkların yönetiminde Dürüstlük Kuralı’nın ve bu temel ilke üzerinde şekillenen Tam ve Doğru İfşa prensibinin hayata geçiril-

Doç, Dr., Sakarya Üniversitesi, Sbf, Sbky, Sgulener@sakarya.edu.tr İlknur Rabia Türkölmez Arş.gör, Sakarya Üniversitesi, Sbf, Sbky, İsirakaya@sakarya.edu.tr - International Journal Of Political Studies Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi April 2018, Vol:4, Issue:1 Nisan 2018, Cilt:4, Sayı 1 E-issn: 2149-8539 P-issn: 2528-9969

mesi gerekmektedir. Zira Türkiye’de yargıdaki sorunun ve şikâyetlerin temel sebebi aslında yargıyı uyuşmazlıkları gidererek uzlaştıran değil de lehe veya aleyhe karar verebilen bir yer olarak gören, lehe karar karar alabilmek için gerçeği gizlemeyi mubah ve hatta savunma hakkı olarak gören sakat yargılama kültürü ve uyuşmazlık çözme zihniyetidir. Dolayısıyla tüm yargılamalarda Tam ve Doğru İfşa prensibi hayata geçirilmeli ve buna aykırı davranışlara da yaptırım uygulanmalıdır.

Herhangi bir uyuşmazlığın en doğru şekilde yönetilmesi için; tarafların maddi vakıayı tam ve doğru bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir. Dolayısıyla tarafların uyuşmazlığın konusu olan maddi vakıaya ilişkin bilgi ve belgeleri tam ve doğru olarak ifşa etmelerini sağlayacak bir yapı kurulduğunda yaratılacak güven ortamında sulh ve uzlaşma kültürünün yaratılması ve uyuşmazlıkların sulh ve uzlaşma ile sonlandırılmasına katkı sağlayacaktır.

Önerilen yapı içerisinde özellikle avukatlara etkin bir rol düşmekte ve uyuşmazlık konusu vakıalar konusunda henüz Mahkemeye gitmeden önce tam ve eksiksiz bir hazırlık yapmasına imkân verecek mekanizmalar geliştirilmelidir. Bunun için de “Adli Hazırlık Mahkemeleri” adını verdiğimiz tek hakimli mahkemeler kurulması önerilmektedir.

Avukatlar tarafından uyuşmazlık konusu maddi vakıaya ilişkin bilgi ve deliller tam ve doğru olarak hazırlandıktan sonra uyuşmazlık sulh veya uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmayacak olsa dahi; taraflar Mahkeme önüne eksiksiz hazırlanmış bir dosya ile gitmiş olacaktırlar. Böylelikle, yargılamaların hazırlıksızlık sebebiyle geçen verimsiz dönemi önlenmiş olacak ve Mahkemenin bir veya 2 celsede dava konusunda karar vermesi de sağlanmış olacaktır.

Bu yaklaşım değişikliği kanaatimizce Mahkemeler nezdindeki iş yükünü önemli ölçüde azaltacak ve Mahkeme veya Hâkim sayısında artış yapıl-

masına gerek olmaksızın çok daha dengeli bir iş yükü ile etkin ve verimli süreçler sağlayacaktır. Vatandaşların mahkemeye geldiklerinde tek seferde kaliteli sonuçlar alabilmelerini sağlamak, adalet sisteminin vatandaşlar üzerindeki güvenini artıracaktır.

Bu köklü değişiklik Mahkemelerin hâlihazırdaki yapılanmasındaki verimsizliği de ortadan kaldıracaktır. Önerimiz kapsamında; ilk derece mahkemeleri, 26 kalkınma bölgesi bazında optimal bir yapıya kavuşturulacaktır. Tecrübe ve uzmanlık gerektiren işler, daha erişilebilir merkezlerde toplanacak ve küçük, hızlı çözüm gerektiren işler ile hazırlık işlemleri, yargının vatandaşın ayağına gitmesi ilkesi doğrultusunda gerçekleştirilecektir.

Bu çalışmanın konusu; Mahkemelerin kaliteli hizmet üretimi odağında yeniden yapılandırılması ile Dürüstlük Kuralı -Tam ve Doğru İfşa ve İbraz Temel Prensibi ilkesi etrafında gelişen modern usul kurallarına ilişkin önerilerimizin sunulmasıdır.

1. YARGILAMALARDA VERİMSİZLİK VE BUNUN SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN GÜVENSİZLİK

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2022 yılında yayımlamış olduğu Adalet İstatistikleri Raporu^[3]'na göre; adalet teşkilatı içerisinde, tüm seviye Mahkeme, Savcılıklar ve merkezi teşkilatta görev yapmakta olan toplam 15.710 hâkim ve 7440 cumhuriyet savcı olmak üzere toplamda 23.150 adet hâkim ve cumhuriyet savcısı bulunmaktadır. Buna göre; Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde toplam 9578 hâkim bulunmaktadır.

2022 verilerine göre; Türkiye'de Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde kurulu 7248 ve faal 6846 adet Mahkeme bulunmaktadır.

[3] <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>

2022 Adalet İstatistikleri Raporu çerçevesinde; hukuk mahkemelerinde yıl içindeki dosya sayısına bakıldığında ise; 2022 yılında toplam dosya sayısının 4 636 406 olduğu, bunlardan 2 735 948 adetinin yıl içerisinde açılan yeni dosyalar olduğu ve tüm dosyalardan 2 688 342 adetinin karara bağlandığını ve 1 948 064 de gelecek yıla devredilmekte olduğu görülmektedir. Dolayısıyla hukuk mahkemelerinde, bir yıl içerisinde toplam dosya sayısından karara bağlanan dosya sayısının ancak yüzde 42 olduğu anlaşılmaktadır.

Yine aynı Rapor kapsamında 2022 yılında Hakim başına düşen dosya sayısına baktığımızda ise; Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri nezdinde Hakim başına düşen dosya sayısının 829 olduğu görülmektedir.

Öte yandan her ne kadar, anılan raporda, hukuk mahkemelerindeki bir dosyanın ortalama görülme süresi, 246 gün olarak belirtilmişse de bu ortalamanın icra hukuk ve sulh hukuk mahkemeleri gibi nispeten daha az karmaşık uyuşmazlıkların çözümüne bakan mahkemelerdeki ortalama gün sayısının görece düşüklüğünden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Zira Asliye Ticaret Mahkemeleri, İş Mahkemeleri ve Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri özelinde bakıldığında dosyaların ortalama görülme süresi çok daha yüksektir.

Esasen deneyimlerimizden yola çıktığımızda gerçek resmin istatistiklerde ortaya çıkandan çok vahim olduğu açıktır. Bugün en basit uyuşmazlık dahi; çoğu verimsizlikten kaynaklanan uygulamalar sebebiyle, sadece ilk derece yargılamasında 1 hatta 2 yıldan kısa sürmemektedir. Bu konuda bir örnek olarak; 2017 yılında açılmış olan ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında açılmış olan bir davaya değinmekte fayda vardır. Söz konusu dava, 12.07.2017 tarihinde açılmış olup sadece ön inceleme duruşması için, Mahkemenin kapatılması ve dosyanın başka bir Mahkemeye devredilmiş olması sebebiyle; dahi 8 ay, 22 gün beklenmiştir. Bu tarihte dosyanın bilirkişiye gönderilmesine karar verilmiş olmakla birlikte; toplam 211

gün yalnızca dosyanın gönderileceği bilirkişi heyetinin belirlenmesi için harcanmıştır. Dosyanın bilirkişiden dönüşü tam 1 yıl 1 ay ve 12 gün sürmüştür. Ek rapor alınmasına karar verilmesi üzerine; ek raporun dosyaya sunulması 351 gün sürmüştür. Ek raporun da yetersiz bulunması üzerine; dosyanın yeniden gönderileceği bilirkişinin belirlenmesi de 409 gün sürmüştür. Yeni bilirkişi raporu dosyaya sunulduktan, Hâkimin önce raporlu olması ve sonrasında da istifa etmiş olması sebebiyle yeni rapor sonrasında işlem yapılabilmesi de 1 yıl 2 ay ve 16 gün sürmüştür. Gelineen noktada, davanın açıldığı tarihin üzerinden yaklaşık olarak 5 yıl 6 ay geçmiş olup dosyada hala bilirkişi incelemeleri tamamlanmamıştır.

Verilen bu örnek maalesef ki münferit bir örnek değildir. Dolayısıyla yargı sisteminde çok ciddi bir verimsizlik söz konusudur.

Bu verimsizliğin çözümü; hâkim sayısını artırmak, yargılama sürecini hızlandırarak kısa sürede daha fazla sayıda ihtilaf çözmeye çalışmak değildir.

Nitekim Avrupa Konseyi Adalet Verimliliği Komisyonu (CEPEJ) 2022 Değerlendirme Raporu^[4] incelendiğinde; Türkiye’de 2010 ile 2020 arasındaki dönemde, 100.000 kişi başına düşen mesleki yargıç sayısı (17,2), savcı sayısı (8,2) ve avukat sayısı (171,5), Avrupa ortalamasına kıyasla oldukça fazladır. Oysa dünyada yargı sistemi en bağımsız yargı sistemleri arasında anılmakta ve yargı hizmetlerindeki kalitesi sebebiyle dünyada uyuşmazlıkların çözüm merkezi haline gelmiş İngiltere’de sistemin en dikkate değer özelliği; 100.000 kişi başına düşen yargıç, savcı, yargıç olmayan ve savcı olmayan personel sayısının Avrupa ortalamalarına göre oldukça düşük olmasıdır. 2020 için yargıç sayısı mevcut olmamakla birlikte, 100.000 kişi

[4] Avrupa Konseyi Adalet Verimliliği Komisyonu (CEPEJ) Değerlendirme Raporu, 2010 yılından buna 2 yıllık verileri dikkate alarak hazırlanmaktadır. Bu yıl yayımlanan rapor da, 2020-2022 verileri dikkate alınarak hazırlanmıştır. <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-work/evaluation-of-judicial-systems>

başına düşen savcı sayısı (4,53) ve savcı olmayan personel sayısı (5,83), ilgili Avrupa ortalamalarına göre neredeyse sırasıyla yaklaşık 4 ve 2,5 kat daha azdır.

Dolayısıyla yargılamalardaki verimsizlik ve bunun sonucunda da oluşan güvensizliğin çözümü esasen niceliksel değil nitelikselidir. Her ülkenin kendi tarih ve kültürel oluşumu içerisinde kendi sistemini kurması en doğru yaklaşım olmakla birlikte; bu konuda İngiltere çarpıcı bir örnek olması açısından yol göstericidir.

İngiltere örneğinde; yargının çok daha az mali kaynakla ve daha az hâkim ile çok daha fazla sayıda uyuşmazlığı yönetebiliyor ve uzlaştırebiliyor olmasının temelinde “*tam ve doğru ifşa*” sistemi yatmaktadır. Çünkü tam ve doğru ifşa kurumu davalarda hâkimin yükünü %90 oranında azaltırken, gerçeğin en başta çıkartılıyor ve gizlenemiyor olması tarafları uzlaşmaya zorlamakta; bu da toplumda uzlaşma kültürünün egemen kılarak mahkemeye giden iş yükünü azaltmakta, her daim iyiye giden bir döngü oluşturmaktadır.

Türkiye’de ise yargı sistemi, büyük oranda tarafların ve vekillerinin mahkemelere yaptıkları beyanlara güvensizlik üzerine kuruludur. Güvensizlik, hakimlerin uyuşmazlıklara kısa sürede müdahale etmesine engel olmaktadır. Gerçekten de yargıya götürülecek uyuşmazlıklarda olayların tam ve doğru ifşasının zorunlu olmaması, eksik, yanlış ve gerçeğe aykırı beyan ve iddiaların ciddi ve uygulanabilir bir yaptırıma bağlanmamış olması yargıyı tıkamaktadır.

Sonuç olarak; Türkiye’de yargıdaki sorunun ve şikâyetlerin temel sebebi aslında yargıyı uyuşmazlıkları gidererek uzlaştıran değil de lehe veya aleyhe karar verebilen bir yer olarak gören, lehe karar karar alabilmek için gerçeği gizlemeyi mubah ve hatta savunma hakkı olarak gören sakat yargılama kültürü ve uyuşmazlık çözme zihniyetidir.

II. VERİMSİZLİĞİN VE GÜVENSİZLİĞİN ÇÖZÜMÜ: TAM VE DOĞRU İFŞA VE İBRAZ PRENSİBİ

Uyuşmazlıkların adil ve doğru bir şekilde çözülmesi, adaletin tesis edilmesi, temelde uyuşmazlık konusuyla ilgili gerçeğin tam ve doğru olarak ortaya konulmasına bağlıdır. Her türlü uyuşmazlık çözümünde, öncelikle soruna ilişkin tüm gerçeklerin açıklanması ve ilgili mevzuata uygun olarak hareket edilmesi gerekmektedir. Uyuşmazlığın çözümünde kullanılan yöntem, bilimsel sorunların çözümünde kullanılan yöntemlerle paralellik gösterir. Yargıdaki etik dışılığın engellenmesi ve toplum için sağlanacak sayısız faydalar, yargının verimli bir şekilde işlemesi ve uyuşmazlıkların adil bir biçimde çözülmesi için, yargıya sunulan malzemenin kalitesinin artırılması gerektiği açıktır.

Bu sürecin başlangıcı, tarafların gerçekleri eksiksiz ve doğru bir şekilde ifşa etmeleridir. Yargı sürecine katılan tarafların, iddia ve savunmalarına uygun olarak her türlü delili ve belgeyi titizlikle sunmaları, adil bir karar alınmasını sağlamak için temel bir adımdır.

Türkiye’de uyuşmazlık konusuna ilişkin ifşa zorunluluğuna ilişkin sistem, tarafın iddiasının ilgilendirdiği kadar ifşa ve ispat üzerine kuruludur. Özellikle medeni usul hukukuna hâkim olan “*dava malzemesinin taraflarca getirilmesi*” ilkesi uyarınca; davacı kendi iddiasını, davalı da kendi savunmasını ispatla etmekle yükümlüdür. Böylelikle maddi vakıaların yarısı davacı, diğer yarısı da davalı tarafından ispat edilecektir. Böylelikle uyuşmazlık konusu olaylar hâkimin önünde bir kere canlandırılmış olacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06.10.2020 tarihli ve 2020/242 E., 2020/712 K. sayılı kararı, bu ilkeyi net bir şekilde açıklamaktadır: “[...] *Taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucu olarak davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaları dava dilekçesinde bildirmesi gerekir. Kanun (m. 194) buna (vakıaları) somutlaştırma yükü demektedir. Bir davada, ispat fa-*

aliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit ederek yargılama yapabilmesi, karşı tarafın ileri sürülen vakialara karşı kendini savunabilmesi için, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir. Bu şekilde somutlaştırma yükü (HMK m. 194) yerine getirileceği gibi davalı da bu vakialara göre savunmasını yapacaktır. Dayanılan vakialara uygulanacak hukuki sebepler de dava dilekçesinin zorunlu olmayan unsurları arasında sayılmıştır. Türk hukukunu resen uygulamakla görevli olan hâkim (HMK m. 33) için gösterilen hukuki sebepler bağlayıcı değildir. Buna karşılık, hâkim, davacının dava dilekçesinde bildirdiği vakıalarla bağlı olup, davacının bildirmediği vakıaları kendiliğinden inceleyemez ve onları hatırlatabilecek hâllerde dâhi bulunamaz (HMK m. 25). Davacının dava dilekçesinde bildirdiği vakıalar davanın temelidir. Çünkü, sadece bu vakıalar davanın sınırını çizmekte, hâkim ancak bu vakıalar hakkında inceleme yapabilmektedir. Davacının dava dilekçesinde bildirdiği vakıaların doğru olduğu, yargılama sırasında ispat edilirse ve bu vakıalar, davacıyı talep sonucunda haklı gösteriyorsa, mahkeme davacının davasını kabul ederek, davayı davacı lehine karara bağlar. [...]

Yargılamalara hâkim olan prensip bu olmakla birlikte; uyuşmazlık konusundaki tüm bilgi ve belgelerin tam ve doğru şekilde ifşa ve ibraz edilmesine ilişkin bir kural bulunmamaktadır.

Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 29’da “Taraflar dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler.” demekle genel bir dürüst davranış kuralı düzenlemekle birlikte; buna aykırı davranışlar ilişkin spesifik yaptırımlar içermemektedir.

Öte yandan HMK m. 31’de “Hakim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru

sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.” diyerek hakime ancak belirsiz veya çelişkili durumlar hakkında soru sorma hakkı vermekle birlikte; Hakimin sorusuna cevap verilmezse, ya da verilen belirsizlik ve çelişkiyi gidermekle beraber dürüst değil ise ne olacağına ilişkin bir yaptırım da öngörülmemiştir.

Bunların yanında, HMK m. 219’da “Taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar.” diyerek, sözde uyuşmazlıkla ilgili tüm gerçeği ortaya çıkartılmasını öngörmektedir. Ancak buradaki amaç da sözdendir. Çünkü: ya gerçek bir belgede kayıtlı değil ise ve sadece bir bilgi ise açıklama zorunlu değildir. Kanun HMK m. 220’de “Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, belgeyi ibraz etmezse, kabul edilebilir mazeret göstermezse, belgenin elinde bulunduğu inkâr ettiği takdirde yemin teklifini kabul etmez veya yemin etmezse, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir.” yönündeki hükmü ile m. 219’daki ibraz etme yükümünü yerine getirmemenin pratikte bir sonucu olmayacağını göstermektedir.

Bütün bu düzenlemeler göstermektedir ki; uyuşmazlığın çözümü için açıklanması zorunlu olan gerçekleri ve delilleri ifşa ve ispat Türkiye’de tarafların takdirine bırakılmış durumdadır.

Bu durum da bireylere bir fayda getirmemekte; verimsizce yürüyerek anlamsızca uzayan yargılamalar, çekişen taraflara zarar vermesinin ötesinde toplumda adalet inancının giderek düşmesine, sürecin yargıyı haksızlığa alet etme ve diğer tarafı süründürme mücadelesine dönüşmesine neden olmaktadır.

Yargılama süresinin önemli bir kısmı tarafların bildiği ancak açıklamadığı olayların ortaya çıkarılması ve delillerin toplanılması için sarf edilmekte; ancak ifşanın ispat zorunluluğu ile sınırlandırılması sonucunda tüm

gerçek ortaya çıkarılmamakta, çıkarılması da gerekmemektedir.

Mahkemelere yapılan beyanların dürüst ve doğruluğu hakkında hâkime güvence veren düzenlemeler ve yaptırımlar yoktur. Bu ortamda, hâkim, uyuşmazlıkla ilgili olarak tam olarak bilgilendirilmeden, tüm delilleri görmeden, uyuşmazlık hakkında bir karar vermek zorunda kalmaktadır. Üstelik hakimler kısa sürede ve hızlı karar vermeye zorlanmaktadır.

Dolayısıyla yargıdaki sistematik sorunlar bakımından asıl çözüm, uyuşmazlıkların mahkemeye gitmeden çözülebilmesi için gerekli ortamın oluşturulması, bu duruma rağmen açılacak davaların mahkeme yükünü azaltacak şekilde yönlendirilmesi ve toplumdaki uyuşmazlıkları en aza indirme çabasıdır. Bu amaçla, uyuşmazlıklarda gerçeğin tam olarak ifşa edilmesi zorunlu ilk adımdır.

Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde benimsenen ifşa kurallarının benzeri bir yaklaşım Türkiye’de de hayata geçirilir ise; uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözülmesi, mahkemelerin zaman ve emeğinin etkin bir şekilde kullanılmasını sağlayacaktır.

III. MODERN YARGILAMA SÜRECİ: DAHA HIZLI, ADİL VE VERİMLİ BİR YAKLAŞIM

Önerimiz kapsamında bütün yargılama usullerinde avukatlara çok daha fazla görev ve sorumluluk verecek şekilde bir modernleştirme öngörülmektedir. Uyuşmazlığın ilk çıkış anından itibaren mahkemeye yansıdığı ana kadar olan geçecek süreç içerisinde; uyuşmazlığın çözümünü ilgilendiren bilgi ve delillerin dürüstçe, tam ve doğru ifşası zorunluğu getirilmektedir.

Bu kapsamda, yargının kurucu unsurlarından olan avukatlar, uyuşmazlığa ilişkin tüm delilleri toplama, tanıkları dinleme ve gerektiğinde bilirkişilerle iş birliği yapma gibi önemli görevleri üstlenmelidir. Avukatlar,

sadece mahkemelerden sonra değil, daha öncesinde de dürüstlük ilkesini temsil etmeli ve bu sorumluluğu en üst seviyede taşımalıdır.

Mahkemeler, tarafların delillerini sergilemesine nezaret etmeli, müdahale etmek yerine suiistimalleri engellemek için gerekli tedbirleri almalıdır. Hâkimler, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması sürecinde tarafsız kalarak, sadece gerekli delillerin sunulmasına olanak sağlamalıdır. Hâkimin görevi, tarafların maddi gerçekleri kendi savunmalarına uygun biçimde ortaya koymalarına yardımcı olmak olmalıdır.

Bu yöntem, hâkimlerin daha az vakit harcayarak daha doğru kararlar vermesine ve adil bir yargılama sürecine katkı sağlayacaktır. Hukuk sisteminde gerçeğin tam olarak ortaya çıkartılması ve delillerin eksiksiz toplanması, daha kısa sürede ve daha doğru kararlar alınmasını sağlayarak hâkimlerin ve avukatların işlevselliğini artıracaktır. Bu da yargı sisteminin iyileşmesine ve toplumun güven duymasına katkı sağlayacaktır.

Önerilen sistem başlıca şu aşamaları içermektedir: (i) Mahkeme gözetiminde bilgi toplama süreci (ii) Uzlaşma süreci ve (iii) Tek celsede karar verme süreci.

A. MAHKEME GÖZETİMİNDE BİLGİ TOPLAMA

Uyuşmazlık öncesinde, avukatların rolü oldukça kritiktir. Bu aşamada, avukatlar sadece mahkemeye çıkacakları anı düşünerek değil, aynı zamanda adil bir yargılama süreci için dosya hazırlığına odaklanarak önemli görevleri üstlenmelidir.

Bu kapsamda avukatlar; uyuşmazlık ortaya çıkar çıkmaz, henüz uyuşmazlığı mahkemeye taşımaksızın; bilgi toplama, delil sunma, bilirkişi görüşü alma, tanık dinleme süreçlerini tamamlayabilmelidirler.

Avukatlara bu yetki verilmekle birlikte; elbette sistemin dürüst ve

şeffaf bir şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Bu sebeple de önerimiz kapsamında, adli hazırlık mahkemeleri adını verdiğimiz ve her tür davaların ön meselelerini ve ön hazırlıklarını teşkil eden delil toplama, tanık dinleme, sorgu, tespit, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz işlerini yapacak yeni bir mahkeme türü öngörülmüştür. Bu mahkemeler tek hakimli olarak görev yapacak ve esas olarak avukatların görevlerini hukuka uygun ve etkin olarak yerine getirmesine yardımcı olacak, suiistimalleri önleyecektir.

B. MÜZAKERELER VE ANLAŞMA SÜRECİ

Avukatlar tarafından, maddi vakiya ilişkin tüm bilgi ve belge mahkeme gözetiminde tam ve doğru olarak toplandıktan sonra; bu bilgi ve belgelerin uyuşmazlığın diğer tarafına da tam ve doğru şekilde ifşa edilmesi, uyuşmazlığın sulh veya uzlaşma yoluyla hallini destekleyecektir.

Bu şekilde uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak birbirlerine sunulan delillerin tam ve doğru olduğuna güven duyan taraflar; meseleyi henüz Mahkeme önüne çıkmadan detaylı bir şekilde değerlendirerek kendi aralarında anlaşma yolunu bulabilirler.

C. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ VE HIZLI KARAR ALMA

Şayet taraflar toplanan tüm delillerin tam ve doğru ifşa edilmiş olmasına rağmen yine de uyuşmazlığın sulh yolu ile hallini sağlayamaz ise; bu durumda Mahkeme önüne gittiklerinde zaten dosya tamamen hazırlanmış olacaktır. Bu halde de; Mahkemenin tek bir duruşma ile karar vermesi sağlanmış olacaktır.

Görüleceği üzere; hukuk, ceza veya idari yargılamalarda gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması, delillerin titizlikle toplanması ve bu süreçte avukatların önemli bir rol üstlenmesi, davalara sağlıklı bir hazırlık ve netlik kazandıracaktır. Bu durum, dilekçe teatisi sonrasında kapsamlı bir duruşmada karar verilmesini sağlayarak yargı sürecinin etkinliğini artıracaktır.

Özellikle avukatlar, yargının temel unsurlarından biri olarak davaların gelişimi ve sonucu üzerinde etkili olacak, bu da onların saygınlığını ve güvenilirliğini artıracak ve uzmanlıklarını daha da pekiştirecektir.

Sulh ve uzlaşma süreçlerinin öncelikli olarak teşvik edilmesi, yargıya intikal eden davalarda dosyaların eksiksiz ve kusursuz bir şekilde hazırlanması gerekliliği, yargı sürecinin verimliliğini ve etkinliğini artırırken, aynı zamanda adil bir çözümün de önünü açacaktır. İlk derece mahkemelerinde uzun süren davalara son verilerek, dava süreçlerinin daha kısa zamanda sonuçlandırılması hedeflenmekte; bu da kararların daha tatmin edici ve yüksek kalitede olmasını sağlayacaktır.

Hakimlerin dosyalara daha hızlı erişebilme imkânı ve bu sayede daha hızlı ve daha doğru kararlar verebilme fırsatı elde etmeleri, yargılama sürecinin hız kazanmasına ve daha adaletli sonuçların elde edilmesine olanak tanıyacaktır. Bu şekilde, yargı sistemindeki verimliliğin ve etkinliğin artmasıyla birlikte, vatandaşlar daha hızlı, adil ve güvenilir bir yargı sürecine erişebileceklerdir.

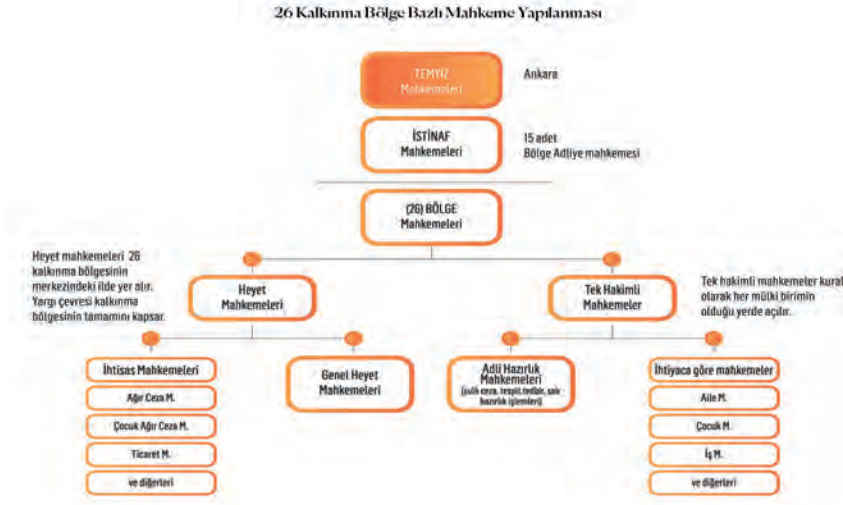
D. İLK DERECE MAHKEMELERİNİN YENİDEN YAPILANDIRILMASI VE ADLİ HAZIRLIK MAHKEMELERİ

Yargı sisteminin yapılanması ve etkinliği, toplumun adalet ihtiyaçlarına uygun bir şekilde organize edilmesini gerektirir. Bu bağlamda, önerimiz, yargı birimlerinin daha verimli ve erişilebilir olması için aşağıdaki adımların atılması yönündedir.

Önerilen yapısal değişikliklerin, yargı sistemimizin daha etkin, erişilebilir ve hızlı hale gelmesine katkı sağlaması beklenmektedir. Mahkemelerin daha iyi bir şekilde organize edilmesi ve işlevsel bir yapıya kavuşturulması, adaletin daha sağlıklı bir biçimde dağıtılmasını ve toplumun genel adalet algısını güçlendirmeyi amaçlamaktadır.

Bu kapsamda, ilk derece mahkemelerinin 26 kalkınma bölgesi bazında optimal bir yapıya kavuşturulması amaçlanmaktadır. Bu süreçte, tecrübe ve uzmanlık gerektiren işlere bakan heyet mahkemeleri, daha ulaşılabilir merkezlere taşınarak işlevselliklerini artıracaklardır. Ayrıca, hızlı karar gerektiren ve küçük çaplı işlere bakan mahkemeler ile yeni önerilen adli hazırlık mahkemelerinin, vatandaşların yargıya erişimini kolaylaştıracak şekilde daha yaygın bir şekilde konumlandırılması öngörülmektedir.

Uzmanlık gerektiren davalara odaklanan mahkemelerin daha merkezi bir konumda bulunması, bu tür davaların daha etkin bir şekilde çözülmesine olanak tanıyacak ve yargılama sürecinin hızlanmasına yardımcı olacaktır. Aynı zamanda, adli hazırlık mahkemelerinin daha yaygın bir şekilde dağıtılması, vatandaşların mahkemelere erişimini kolaylaştıracak ve hukuki süreçlere daha erken aşamada dahil olmalarını sağlayacaktır.



E. ADLİ HAZIRLIK MAHKEMELERİ: HIZLI KARAR ALMA VE DAVA ÖNCESİ İŞLEMLER

Adli Hazırlık Mahkemeleri, yargılama sürecinin en kritik aşamalarından birini oluşturur. Bu mahkemeler, dava öncesi işlemleri hızlandırmak, taraflar arasında uzlaşma sağlamak ve dava dosyalarının titizlikle hazırlanmasını sağlamak için kurulmuş özel mahkemelerdir.

Bu mahkemeler, tarafların kontrolünde mahkeme gözetiminde bilgi toplama, delil sunma, bilirkişi görüşü alma ve uzlaşma aşamalarını yönetir. Özellikle, uzlaşma noktasında taraflar arasında anlaşma sağlanması durumunda, dava sürecinin daha hızlı ve masrafsız şekilde sonuçlanmasına imkân tanır. Uyuşmazlık çözümüne yönelik çabalarda, Adli Hazırlık Mahkemeleri büyük önem taşır.

Bu mahkemeler aynı zamanda, hukuki belgelerin incelenmesi, önemli kararların hızlı bir şekilde alınması ve dava sürecinin akışının yönetilmesi gibi görevleri üstlenir. Yargılama sürecinin verimliliğini artırmak adına, adli hazırlık mahkemeleri dava öncesi süreçleri hızlandırmak ve taraflar arasında adil bir ortam sağlamak için etkin bir şekilde çalışır.

Bu mahkemeler hukuk, ceza veya idare olarak ayrılmaz; her tür davaların ön meselelerini ve ön hazırlıklarını teşkil eden sorgulamalar, delil toplanması, tespit, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz işlerini yapar.

Halkın yargı hizmetlerine kolay ve hızlı erişimi için acil olan sorgu, tedbir, keşif, delil tespiti, delil toplama, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi işlemleri yapan tek hakimli hukuk ve ceza mahkemelerinin her mülki birimde kurulması esastır. İstisnai hallerde birkaç mülki birimi kapsayacak şekilde kurulabilirler. Adalet Yüksek Kurumu, yerleşim birimlerinin ekonomik büyüklüğünü, ulaşım, insan kaynakları ve diğer hususlar ile sosyal ihtiyaçları dikkate alarak karar verir.

Bu mahkemeler hukuk ve ceza mahkemeleri olmak üzere ayrı ayrı kurulurlar. Mahkemeler tek hakimlidir; ilk derece asli hakimleri görev yapar. İhtiyaca uygun olarak yardımcı hâkim ve Özetmen hakim görevlendirilir.

Görevleri hukuk ve ceza davaları için acil olan sorgu, tutuklama, tedbir, keşif, delil tespiti, delil toplama, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz gibi işlemlerin yapmak; bulunduğu yerde hukuk güvenliğini sağlamaktır.

Bu mahkemelerin her türlü kararına karşı, bölge merkezinde bulunan heyet mahkemelerinde itiraz edilebilir.

IV. UYUŞMAZLIK VERİ TABANI KURULMASI VE VERİLEN YARGI SİSTEMİNİN VERİMLİ ÇALIŞACAK ŞEKİLDE ANALİZ EDİLMESİNİN ÖNEMİ

Elde bulunan veri kaynaklarının entegrasyonu ve etkileşimi, yargı sisteminin daha verimli çalışması ve uyuşmazlıkların daha etkin bir şekilde çözülmesi açısından büyük bir öneme sahiptir. Mevcut veri tabanlarındaki kayıtların bir araya getirilerek ulusal bir veri tabanı oluşturulması, uyuşmazlıkların erken aşamalarda tespit edilmesine, yargı sürecinin daha öngörülebilir hale gelmesine ve kaynakların daha etkin kullanılmasına olanak tanıyacaktır.

Uyuşmazlık yönetimi adı altında kaydedilen her türlü uyuşmazlığın ulusal bir veri tabanına aktarılmasıyla, mahkemelere intikal etme olasılığı bulunan durumlar önceden belirlenebilir. Bu sayede, yargının işleyişi daha öngörülebilir hale gelirken, yargı kaynakları da daha etkin bir şekilde planlanabilir. Mahkeme süreçlerinin daha verimli işlemesi için, istatistiklerden yararlanılarak mahkeme açılması, hakimlerin eğitimi ve benzer konularda hukukçuların daha etkin bir şekilde hazırlık yapmalarına olanak sağlanabilir.

Önerilen Büyük Veri (Big Data) tabanı, mevcut veri tabanlarında bulunan ayrı parçalar halindeki verileri bir araya getirerek Uyuşmazlık Milli Veri Tabanı'nı oluşturmayı hedefler. Bu tablo, uyuşmazlıkların erken aşamada tespit edilmesini kolaylaştırırken, yargının iş yükünün önceden tahmin edilmesine ve yargı kaynaklarının daha stratejik bir şekilde planlanmasına yardımcı olabilir. Bu da yargı sisteminin daha etkin, verimli ve öngörülebilir bir şekilde işlemesine imkân tanırken, uyuşmazlık çözümü sürecindeki hız ve etkinlik açısından da büyük katkı sağlayabilir.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları Birinci Oturum

İŞ HUKUKU VE İNSAN HAKLARI

Anayasa Mahkemesi'nin İşçinin İfade Özgürlüğünü Sendika Hakkı Işığında Ele Aldığı Kararı Doğrultusunda İşçinin Sendikal Faaliyet Kapsamındaki İfadeleri Ve Sendikanın Duyulma Hakkı (2/5/2023 Karar Tarihli Sonay Tezcan Ve Kardelen Yoğungan Başvurusu)

İstemi Ceysu DİNÇ

ÖZ

Kadın işçilerin iş sözleşmeleri, işyerindeki taciz ve kötü çalışma koşullarına istinaden dağıttıkları bildiri, bu bildirinin çalışma saatleri içinde okunması ve devamında gerçekleşen olaylara dayanarak işverence haklı nedenle derhal feshedilmiş; derece mahkemeleri, feshin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi, işçilerin bildiri dağıttıkları tarihte sendika üyesi olmamaları, bildirinin sendikanın kararı ya da bilgisi dahilinde dağıtıldığı hakkında bir bilginin olmaması, işverenin işyerindeki sendikal faaliyetlere ilişkin tutumu hakkında yeterli bilgi verilmemesi ve iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğine yönelik yeterli delil bulunmaması gerekçeleriyle incelemesini ifade özgürlüğü kapsamında gerçekleştirmiştir. Buna karşılık başvuruçuların eylemlerinin, sendikal örgütlenmeyi sağlama amacını taşıdığının açık olduğunu belirterek ifade özgürlüğü yönünden yapılacak incelemenin, sendika hakkı ışığında yapılmasının uygun olduğuna karar vermiştir. Yaptığı inceleme sonucunda başvuruçuların, sendika hakkı ışığında ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) işçinin sendikal faaliyet kapsamındaki ifadelerine ilişkin içtihadı incelendiğinde, Mahkeme'nin eski tarihli kararlarında uyuşmazlığı salt ifade özgürlüğüne ilişkin m. 10 kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Bununla birlikte AİHM uygulaması zaman içerisinde birtakım gelişmeler göstermiştir. Gelineen noktada söz konusu uyuşmazlıklar, Mahkeme tarafından somut olayın özelliklerine göre sendika hakkı ışığında ifade özgürlüğü (m.10)

yahut ifade özgürlüğü ışığında sendika hakkı (m.11) bağlamında incelenmektedir. Mahkemenin yaklaşımındaki değişim olumlu olmakla birlikte hala önemli sorunlar içermektedir. AİHM, kamu yararı ile ilgili oluşturduğu içtihadında, rahatsız edici ve sert ifadeleri ifade özgürlüğü kapsamında kabul edip korurken, benzer ifadeleri işçi sendikal faaliyet bağlamında kullandığı takdirde, ifade özgürlüğüne ilişkin korumanın dışında bırakmaktadır. Mahkeme, sendikal faaliyeti, yalnızca dar anlamda işgücüne ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlamaktadır. Sendikaların duyulma hakkı olduğunu kabul etmekle birlikte, duyulma hakkının kapsamı ve içeriği hakkında taraf devletlere geniş bir takdir marjı bırakmaktadır. Sendikaların, çalışanların ekonomik ve sosyal haklarının korunmasındaki kamusal rolleri göz önünde bulundurularak, işçinin sendikal faaliyet kapsamındaki ifadelerine, medya konusundaki ifade özgürlüğüne ilişkin içtihadın tam olarak uygulanması; kolektif sendika özgürlüğünün özellikle işyerindeki örgütlenme faaliyetleri esnasında korunması için sendikaların duyulma hakkı bakımından daha net bir çerçevenin çizilmesi; örgütlenme özgürlüğünün ifade özgürlüğünün kolektif boyutunu oluşturması, bu itibarla ve m. 11'in, m. 10 karşısında özel nitelikte hüküm olması nedeniyle işçilerin sendikal faaliyet doğrultusunda sarf ettikleri ifadelerin, m. 11 kapsamında (ifade özgürlüğü ışığında) incelenmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi'nin ifade özgürlüğünü (m. 10) sendika hakkı ışığında ele aldığı söz konusu karar, uyuşmazlığa konu somut olay bakımından sonucu itibarıyla isabetli olmakla birlikte, gelecekteki uyuşmazlıklarda da aynı yaklaşımın izlenmesi, adaletsiz sonuçlara ulaşma riskini taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler:

ifade özgürlüğü

sendika özgürlüğü

işçinin ifade özgürlüğü

sendikanın ifade özgürlüğü

sendikanın duyulma
hakkı

The Worker's Expressions Within The Scope Of Trade Union Activity And The Right To Be Heard Of The Trade Union In Line With The Constitutional Court's Decision On The Worker's Freedom Of Expression In The Light Of The Trade Union Right (Sonay Tezcan And Kardelen Yogungan Application Dated 2/5/2023)

ABSTRACT

The labour contracts of the women workers were immediately terminated by the employer for just cause on the basis of the leaflet they distributed regarding sexual harassment and poor working conditions at the workplace, the reading of this leaflet during working hours and the events that followed; the Courts of Appeal accepted that the termination was based on just cause. The Constitutional Court conducted the examination within the scope of freedom of expression on the grounds that the workers were not trade union members at the time they distributed the leaflet, there was no information that the leaflet was distributed with the decision or knowledge of the trade union, there was insufficient information about the employer's attitude towards trade union activities at the workplace, and there was insufficient evidence that the labour contract was terminated for reasons related to trade union activity. On the other hand, the Constitutional Court stated that it was clear that the applicants' actions were aimed at ensuring trade union organisation and decided that the examination to be conducted in terms of freedom of expression should be conducted in the light of right to freedom of association. As a result of the examination, it ruled that the applicants' freedom of expression was violated in the light of right to freedom of association. When the case-law of the European Court of Human Rights regarding the worker's statements within the scope of trade union activities is analysed, it is seen that the Court evaluated the dispute solely within the scope of Article 10 on freedom of expression in its earlier judgments. However, the practice of the ECHR has shown some developments over time. At this point, the Court analyses these disputes in the context of freedom of expression in the light

of the right to freedom of association (Art.10) or the right to freedom of association in the light of freedom of expression (Art.11), depending on the characteristics of the concrete case. Although the change in the Court's approach is positive, it still involves significant problems. In its jurisprudence on public interest, the European Court of Human Rights protects offensive and harsh expressions within the scope of freedom of expression, whereas it does not protect these expressions within the scope of freedom of expression when the employee uses them in the context of trade union activity. The Court limits trade union activity only to labour disputes in a narrow sense. While recognising that trade unions have a right to be heard, it leaves a wide margin of appreciation to Parties as to the scope and content of the right to be heard. In view of the public role of trade unions in protecting the economic and social rights of workers, the case-law of the European Court of Human Rights on freedom of expression in the media should be fully applied to workers' statements in the context of trade union activity. The right of trade unions to be heard should be more clearly framed in order to safeguard collective trade union freedom, in particular during organising activities. Since freedom of association constitutes the collective dimension of freedom of expression and therefore Art. 11 is a special provision vis-à-vis Art. 10, the statements made by workers within the scope of trade union activities should be examined within the scope of Art. 11 (in light of freedom of expression). In this respect, although the decision of the Constitutional Court, in which the freedom of expression (Art. 10) is examined in the light of the right to freedom of association, establishes a fair balance in terms of the concrete case subject to the dispute, following the same procedure in future disputes carries the risk of reaching unfair results due to the narrow interpretation of trade union activity and freedom of expression.

Keywords:

freedom of expression

freedom of trade
union

freedom of expression
union of the worker

freedom of expression of the
trade union

the right of the trade union to be
heard (right to be heard)

GİRİŞ

AYM 2/5/2023 karar tarihli Sonay Tezcan ve Kardelen Yoğungan Başvurusu'nda, işçilerin işyerindeki taciz ve kötü çalışma koşulları nedeniyle ele aldıkları bildiri, bu bildirinin çalışma saatleri içinde okunması ve devamında gelişen olaylar nedeniyle iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshedildiğini kabul eden derece mahkemelerinin kararının, başvurucların sendika hakkı ışığında incelenen ifade özgürlüklerinin ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Çalışmamızda öncelikle işçinin sendikal faaliyet kapsamındaki ifadelerine ilişkin AİHM içtihadı, tarihsel gelişim çizgisi izlenmek suretiyle ele alınacaktır. İfade özgürlüğü ve sendikanın duyulma hakkı başta olmak üzere, değerlendirme yapabilmeyi mümkün kılan hukuki kavramlar açıklanacak nihayetinde söz konusu karar değerlendirilecektir.

I. KARARA KONU OLAYIN ÖZETİ

21.03.2016 tarihinde başvuru iki işçi, işyerinde çalışan diğer kadın işçileri örgütlemek amacıyla hazırladıkları bildirileri, kadın işçilerin dolabına bırakmışlardır. Başvuru işçiler bildiride işyerinde amir pozisyonundaki erkek işçiler tarafından gerçekleştirilen cinsel tacizi ifşa etmiş ve işyerindeki kötü çalışma koşullarına ilişkin eleştirilerini dile getirmişlerdir. Söz konusu bildiride şu ifadelere yer verilmiştir:

...Yaşadığımız daha birçok sorunun kaynağı bu fabrikadaki sömürü sistemidir. Bunu anlamak için; performans dayattıklarında işleri yetiştireceğiz diye birbirimize nasıl düştüğümüze bakın, hasta hasta çalışan arkadaşlarımıza bakın, yeterli havalandırma olmadığından kaynaklı toz içinde kalışımıza bakın, solunum yolu hastalığına yakalananlara bakın, müdürün formenin işçileri nasıl idare ettiğine bakın, kadın ve erkek işçilerin eşit ücret alamamasına bakın, formen ve müdürün kadın işçilere yaptığı tacizlere bakın! Bir çiftsöz de kendi sınıfını unutmuş yalakalık yapacam, yaranacam diye arkadaşlarını satan ajanlara, tarihin hiçbir yerinde ve döneminde yaranmaya çalış-

şanlar ve yalakalık yapanlar hiçbir şey kazanmamışlardır...^[1]

Başvurucular, 24.03.2016 tarihinde sendikaya üye olmuşlardır. İkinci başvuru 25.03.2016 tarihinde işyerinde yapılan ergonomi egzersizi esnasında, egzersizi yaptıran üretim mühendisinin yaka mikrofونunu alarak, dağıttıkları bildiride yer alan ifadelerin benzerlerini tekrarlamış; birinci başvuru da bu esnada yanında durmuştur. İşyerinde yaşanan olay üzerine tutanak tutulmuştur. İşçilerin iş sözleşmeleri, 29.03.2016 tarihinde İş Kanunu m. 25/II-(b), (d), (e) ve (h) uyarınca derhal feshedilmiştir. İşçilerin işe iade ve sendikal tazminat talepleriyle açtıkları dava ilk derece mahkemesi tarafından sendikal tazminat, Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) tarafından ise hem işe iade hem de sendikal tazminat bakımından reddedilmiştir. Yalancı, arkadaşlarını satan ajan ifadelerinin ve cinsel taciz suçlamalarının şeref ve namusa dokunacak sözler ve asılsız isnatlar olduğuna, bu nedenle feshin haklı nedene dayandığına hükmedilmiştir. BAM, başvuruçuların sendika üyesi oldukları tarihin, iş sözleşmelerinin fesih tarihinden bir gün önce olduğunu, işyerinde daha önce bağtılan bir toplu iş sözleşmesinin bulunmadığını, sözleşmenin feshine yol açan olayların bir kısmının esas itibarıyla mesai saatleri içinde işverenin bilgisi olmaksızın bildiri dağıtarak ve egzersiz saatleri içinde konuşma yaparak sendikal faaliyette bulunulması olduğunu, bu durumun 6356 sayılı Kanun m. 25'e aykırılık oluşturduğunu belirterek feshin sendikal nedenden kaynaklanmadığına karar vermiştir.^[2] Başvuruçular işyerinde yazılı ve sözel açıklama yapmalarının engellenmesi nedeniyle ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Açıklamalarının işyerinde sendikal örgütlenmeyi sağlama amacı taşıdığını, açıklamaların işverenin izni dışında mesai saatleri içinde yapılması nedeniyle Mahkeme tarafından feshin sendikal nedene dayanmadığı sonucuna varılarak sendikal haklarının ihlal edildi-

[1] AYM, Sonay Tezcan ve Kardelen Yoğungan, B. No: 2018/24097, Kt. 2/5/2023, RG: 29/9/2023-32324, §10.

[2] AYM, Sonay Tezcan ve Kardelen Yoğungan, B. No: 2018/24097, Kt. 2/5/2023, RG: 29/9/2023-32324, §19-22.

Mahkeme bildirinin, sendikalaşma oranının düşük olduğu bir işyerinde sendikal örgütlenmeyi teşvik etme amacı taşıdığı, ağır ifadeler içermekle birlikte somutlaştırma yapılmadığı ve işyeri disiplinini bozma amacı taşımadığı, bu nedenle haklı nedenle feshi hukuka uygun bulan BAM kararının, çatışan çıkarlar arasında adil denge kurabildiğinden söz edilemeyeceği, başvuruçuların sendika hakkı ışığında ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna vararak yeniden yargılama kararı vermiştir.^[7]

III. İŞÇİNİN SENDİKAL FAALİYET KAPSAMINDAKİ İFADELERİNE İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADI

A) DEĞERLENDİRMİYİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA YAPTIĞI İÇTİHAT

AİHM, işçinin sendikal faaliyet kapsamındaki ifadelerini, başlangıçta yalnızca ifade özgürlüğüne ilişkin 10. madde doğrultusunda ele almıştır. Bu kararlar arasında Constantinescu/Romanya^[8], Marchenko/Ukrayna^[9], Wojtas-Kaleta/Polonya^[10] ve Vellutini ve Michel/Fransa'yı^[11] saymak mümkündür. Constantinescu/Romanya kararında, Bükreş İlk ve Ortaokul Öğretmenleri Sendikası'nın genel kurulu yeni bir yönetim seçmiş; bu genel kurulda başvuran genel sekreter seçilmiştir. Haziran 1992 tarihinde sendika, hepsi de öğretmen olan eski yöneticiler ile eski sendika sekreteri hakkında hırsızlık ve zimmete para geçirme iddiasıyla savcılığa suç duyurusunda bulunmuştur. Başvuran, sendika tarafından yapılan şikayete ilişkin olarak bir gazeteye verdiği demeçte "Eski yöneticiler hakkında elimizde ya-

[7] AYM, Sonay Tezcan ve Kardelen Yoğungan, B. No: 2018/24097, Kt. 2/5/2023, RG: 29/9/2023-32324, §73-79.

[8] AİHM, *Constantinescu/Romanya*, B. No: 28871/95, 27.06.2000.

[9] AİHM, *Marchenko/Ukrayna*, B. No: 4063/04, 19.02.2009.

[10] AİHM, *Wojtas-Kaleta/Polonya*, B. No: 20436/02, 16.07.2009.

[11] AİHM, *Vellutini ve Michel/Fransa*, B. No: 32820/09, 06.10.2011.

zılı kanıtlar ve bu kişilerden ikisinin sendikaya ait olan ve iade etmedikleri bir miktar parayı ellerinde bulundurduklarına dair itirafları bulunmaktadır.” şeklinde beyanda bulunmuş ve bu beyanı nedeniyle tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.^[12] Başvurucu, tazminat mahkumiyetinin AİHS m. 10'da düzenlenmiş olan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme başvuranın, suçları mahkeme kararıyla sabit olmamasına rağmen eski yöneticileri, sendikanın parasına el koymakla itham ettiğini, bu durum göz önünde bulundurulduğunda tazminatın aşırı olmadığını, başvuranın sendika temsilcisi sıfatıyla oynadığı özel role rağmen, masumiyet karinesi de dahil olmak üzere, *başkalarının itibarını veya haklarını korumak* amacıyla belirlenen sınırlar dahilinde tepki vermekle yükümlü olduğunu, başvuranın yorum yaptığı bağlam, sendikaların bağımsızlığına ilişkin bir tartışma içinde olsa ve bu nedenle kamu yararına olsa bile, ifade özgürlüğü hakkının sınırları olduğunu belirterek başvuranın m. 10 doğrultusunda ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine hükmetmiştir.^[13]

B) DEĞERLENDİRMEYİ SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ İŞİĞİNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA YAPTIĞI İÇTİHAT

2011 yılında Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya kararı ile AİHM içtihadında ilk kez işçinin bireysel ifadeleri ile sendikal faaliyet kapsamındaki ifadeleri farklılaştırılmıştır. Öğretide *Palomo Sánchez* kararının, AİHM tarafından sendikanın ifade özgürlüğünün ele alındığı ilk karar olduğu ifade edilmiştir.^[14] Karara konu olayda başvuranlar, çıkarlarını korumak için NAA sendikasını kurmuş ve sendikanın yönetim organında

[12] AİHM, *Constantinescu/Romanya*, B. No: 28871/95, 27.06.2000, §8-13.

[13] AİHM, *Constantinescu/Romanya*, B. No: 28871/95, 27.06.2000, §62-78.

[14] Evra Çetin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 475. İfade özgürlüğünün sendikal sebeple kullanımı hakkında bilgi için bkz. Duygu Erdem, “Sendika Özgürlüğünün AİHS ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde İfade Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirilmesi,” (Yüksek lisans tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2021), 97-100.

görev almışlardır. Çıkardıkları sendika bülteninde işverene karşı kazanmış oldukları dava ve bu davada işveren lehine tanıklık yapan işçiler A ve B hakkında karikatür ve makalelere yer verilmiştir. Bu karikatür ve makalelerde müstehcen ve kaba sayılabilecek türden ağır ifade ve hakaretlere yer verilmiştir. Başvuranların iş sözleşmeleri, işyeri işçileri A ve B'nin itibarını ağır bir biçimde zedeleyerek sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ciddi ve ihmalkar bir şekilde yerine getirmedikleri gerekçesiyle feshedilmiş; karar Katalonya Yüksek Adalet Mahkemesi tarafından onanmış ve iç hukuk yolları tüketilmiştir. Mahkeme, sendikal hakların ihlaline ilişkin ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi tarafından 2006 yılında yayınlanan Gözden Geçirilmiş Karar ve İlkeler Özeti'nde yer alan düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin genel ilkelere kararında yer vermiştir.^[15] Buna göre, "Sendikal hakların tam olarak kullanılması bilgi, görüş ve fikirlerin serbestçe akışını gerektirir ve bu amaçla işçiler, işverenler ve örgütleri toplantılarında, yayınlarında ve diğer sendikal faaliyetler sırasında görüş ve ifade özgürlüğünden yararlanmalıdır. Bununla birlikte, sendikal örgütler, görüşlerini ifade ederken edep sınırlarına saygı göstermeli ve hakaret içeren bir dil kullanmaktan kaçınmalıdır."^[16]

Mahkeme karşılaştırmalı hukuk kapsamında yaptığı incelemede ifade özgürlüğünün uygunsuz kullanımı halinde işverene disiplin yaptırımını uygulama yetkisinin tanındığını; işten çıkarmanın da bu kapsamda değerlendirilebileceği, bu durumda uygunsuz kullanım karşısında uygulanan işten çıkarma yaptırımının orantılı olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu amaçla, suistimalin ciddiyeti, yorumların niteliği, yayınlanma kapsamı gibi nesnel unsurlar yanında örneğin çalışanın kişisel durumu, ifade özgürlüğünün kötüye kullanılması ve davranışın *normal* sendikal faaliyetin sınırları içinde

[15] AIHM, *Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya*, B. No: 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, 12. 09.2011, §24.

[16] ILO, *Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, (Geneva, International Labour Office Fifth (revised) edition, 2006) parag. 154, 34.

olup olmadığı gibi öznel unsurları içeren bir araştırma yapıldığını vurgulamıştır.^[17]

Mahkemeye göre 10. madde, 11. maddede yer alan toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün amaçlarından biridir. 17 sayılı Barselona İş Mahkemesi, bültenin yayınlanıp dağıtıldığı sırada hastalık izninde olan sendika üyesi işçilerin iş sözleşmesinin feshinin haksız olduğuna karar vermiştir. Bu durum işten çıkarma bakımından başvuranların sendika üyeliklerinin belirleyici olmadığına kanıttır. Bu nedenle Mahkeme incelemenin md. 10 kapsamında yapılmasının uygun olduğunu fakat 10. maddenin, 11. maddede ışığında yorumlanacağını belirtmiştir.^[18] Mahkemeye göre demokratik bir toplumun temelini oluşturan ifade özgürlüğü sadece olumlu, zararsız veya kayıtsız kalınan bilgi ya da fikirler bakımından değil; rahatsızlık verici, rencide edici şok edici ifadeler bakımından da koruma sağlar.^[19] İfade özgürlüğü sendikaların gelişmesi bakımından olmazsa olmaz bir koşul olup, fikirlerini özgürce ifade etme hakkına sahip olmayan bir sendika, temel eylem araçlarından yoksun kalmış olur. Sendika temsilcilerinin, üyelerin çıkarlarını çeşitli şekillerde ifade etmekten caydırılmaması sağlanmalıdır. Sendikal ifade, bir sendika adına hareket eden işçi temsilcileri tarafından dağıtılan haber kağıtları, broşürler, yayınlar ve sendikanın diğer belgeleri şeklinde olabilir. Sendika temsilcileri, Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansının 23 Haziran 1971 tarihli ve 143 sayılı Tavsiye Kararında be-

[17] AİHM, *Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya*, B. No: 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, 12. 09.2011, §27-31

[18] AİHM, *Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya*, B. No: 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, 12. 09.2011, §52. Mahkemenin sendikanın ifade özgürlüğü bağlamındaki uyuşmazlığı md. 10 (md. 11 ışığında) ele aldığı başka bir karar için bkz. AİHM, *Szima/Macaristan*, B. No: 29723/11, 09.10.2012.

[19] AİHM, *Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya*, B. No: 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, 12. 09.2011, §53.

lirtildiği üzere sendika yönetimi tarafından yetkilendirilmelidir.^[20]

Mahkeme, ifadelerin kullanıldığı bağlama dikkat çekmiş; bültenin sendikal faaliyet kapsamında yer almakla birlikte ifadelerin özel şahıslara yönelildiğini (şirket çalışanı iki işçi ve insan kaynakları müdürü) ifade etmiştir. Özel şahıslar bakımından kabul edilebilir eleştiri kapsamının politikacı ve devlet memurlarına kıyasla dar olduğunu vurgulamıştır.^[21] Mahkeme, "...Söz konusu karikatür ve metinlerin hakaret içermesinin yanı sıra, işverene karşı sendikal eylemi teşvik etmekten ziyade, mahkemeler önünde ifade veren meslektaşlarına yönelik bir saldırı amacı taşıdığını belirtmektedir.^[22]". Dolayısıyla işten çıkarma yaptırımının orantısız olduğunu söylemek mümkün değildir. Değinen nedenlerle mahkeme beşe karşı on iki oyla, 11. madde ışığında Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.^[23]

Karara ilişkin muhalefet şerhinde muhalif yargıçlar kararın, sendikaların ifade özgürlüğü bağlamında ifade özgürlüğünün özüne ilişkin bazı sorunları ortaya çıkardığını ifade etmişlerdir. Buna göre Mahkeme, davanın sendikal özgürlük boyutunu, işçilerin iş sözleşmelerinin sendika üyelikleri nedeniyle sona erdirilmediği tespitiyle yapay bir biçimde uyuşmazlık dışına taşımıştır. Mahkeme, söz konusu karikatür ve makalelerin, sendikal eylemi teşvik etmekten ziyade meslektaşlarına saldırı amacı taşıdığını ifade etmiştir. Oysaki işyerindeki sendikal eylem tam da muhatap işçilerin işveren aleyhine tanıklıklarıyla tetiklenmiştir. Mahkeme ise maddeyi 11. madde

[20] AİHM, *Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya*, B. No: 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, 12. 09.2011, §56.

[21] AİHM, *Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya*, B. No: 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, 12. 09.2011, §71-72.

[22] AİHM, *Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya*, B. No: 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, 12. 09.2011, §74.

[23] AİHM, *Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya*, B. No: 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, 12. 09.2011, §79.

Anayasa Mahkemesi'nin İşçinin İfade Özgürlüğünü Sendika Hakkı Işığında Ele Aldığı Kararı Doğrultusunda İşçinin Sendikal Faaliyet Kapsamındaki İfadeleri Ve Sendikanın Duyulma Hakkı (2/5/2023 Karar Tarihli Sonay Tezcan Ve Kardelen Yoğungan Başvurusu)

ışığında yorumlayacağını ifade etse de uyumsuzluğu esasen 10. madde açısından incelemiş; başvuruçuların sendika üyeliklerini ve mesleki taleplerini dile getirdiklerini çok az göz önünde bulundurmıştır.^[24]

Muhalef yargıçlara göre sendikalar, mesleki ve istihdamla ilgili konularda kamu yararına olan fikirleri savunup ifade ettikleri için yüksek bir korumadan yararlanmaları gerekir.^[25]

Kuşkusuz, üyelerinin çıkarlarını korumak için sendikanın dinlenilmesi hakkı anlamında sendika özgürlüğünü ifade özgürlüğüyle ilişkilendiren özel bir Sözleşme içtihiadı henüz bulunmamaktadır. Bununla birlikte, medya bağlamında ifade özgürlüğüne uygulanan içtihiadın, mutatis mutandis ve gerekli tüm önlemler alınarak, mevcut davaya benzer davalara uygulanabileceğine inanıyoruz. Basının bekçi köpeği rolüne benzer bir işlev, mesleki ve istihdamla ilgili çıkarlarını korumak için şirket çalışanları adına hareket eden bir sendika tarafından yerine getirilmektedir. Nitekim Mahkeme, 27 Mayıs 2004 tarihli Vides Aizsardzības Klubs/Letonya kararında (no. 57829/00), ifade özgürlüğü konusunda basına tanınan ayrıcalıklı statüyü çevre koruma gruplarına da tanımıştır. Bu durum, 7 Kasım 2006 tarihli Mamère/Fransa kararında (no. 12697/03, ECHR 2006-XIII) dernekler için de geçerli olmuştur.^[26]

Şerhte, ifade özgürlüğünün sınırlanması bakımından ilgili kişilerin şeref ve itibarının meşru bir amaç olduğunun kabul edildiği; ancak Mahkeme'nin olayda ifade özgürlüğü koruması altında olan şok eden ve rencide edici ifadeler bakımından herhangi bir somut değerlendirme yapmadığı; Yerel

[24] Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić, §3-4; 13.

[25] Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić, §5.

[26] Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić, §7.

Mahkeme'nin değerlendirmesine aynen katıldığı ifade edilerek ifade özgürlüğünün asıl olarak fikirlerin şok ve rahatsız edici olduğu durumlarda en çok değer kazandığı vurgulanmıştır.^[27] Karikatürün kaba ve rahatsız edici ifadelerini, önceki içtihadında sanatsal özgürlük bağlamında koruyan Mahkeme'nin, sendikal ifade özgürlüğünü aynı derecede korumaya değer görmemiş olması eleştirilmiştir. Olaya konu karikatür ve metinlerin bayağı ve kaba içeriğinin, işyerindeki uyuşmazlıkla bağlantılı olduğu; kişilerin özel hayat ve mahremiyetlerinden ziyade işyerinde çalışanların haklarına yönelik profesyonel tutumlarını hedef aldığı, sendikanın kuruluş amacının da bu olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda, söz konusu eleştirinin, özel hayata saygı hakkından kişisel olarak yararlanılmasına zarar verecek nitelikte olmadığı vurgulanmıştır.^[28] Başvuranlara en ağır yaptırım olan işten çıkarma yaptırımı uygulanmıştır. Oysaki daha hafif disiplin yaptırımlarına başvurulabilirdi ve başvurulmalıydı. Nitekim iç hukuk, söz konusu davranışın yaptırımını mutlak bir şekilde fesih olarak öngörmemekte, yalnızca bir seçenek sunmaktadır.^[29] Değinilen gerekçelerle muhalif yargıçlar, ifade özgürlüğüne müdahalenin *zorlayıcı bir sosyal ihtiyacı* karşılamadığını, *demokratik bir toplumda gerekli* olarak kabul edilemeyeceğini ve izlenen amaçlarla açıkça orantısız olduğunu dolayısıyla, 11. madde ışığında okunduğunda Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini ifade etmişlerdir.^[30]

C) DEĞERLENDİRMEYİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İŞİĞİNDA SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA YAPTIĞI İÇTİHAT

[27] Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić, § 10.

[28] Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić, § 12.

[29] Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić, § 15-16.

[30] Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić, § 19.

Mahkeme, 2012 yılında verdiği Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası ve diğerleri/Slovakya Davası'nda^[31] işçilerin sendikal faaliyet kapsamındaki ifadelerinin sendikanın ifade özgürlüğü bağlamında öncelikle özel hüküm (lex specialis) niteliğindeki m. 11 kapsamında ele alacağına; fakat incelemenin m. 10 ışığında yapılacağına karar vermiştir.^[32] Karar, işçilerin ve sendikanın ifade ve sendika özgürlüğünün, bir kamu görevlisi olan İçişleri Bakanı'nın televizyon kanalına verdiği demeçte kullandığı ifadelerle ihlal edildiği iddiası taşıması bakımından da dikkate değerdir. Karara konu olayda, Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası (ilk başvuran), Slovak Cumhuriyeti Polis Teşkilatı üyelerinin sendikasıdır ve sendika adına başvuru sendika başkanı Bay M. Litva tarafından yapılmıştır. Polislerin sosyal güvenlik hakları ve düşük ücretlerine ilişkin öngörülen yasal değişikliği protesto etmek için sendika tarafından bir miting düzenlenmiştir. Miting sırasında katılımcılar, "Hükümet istifa" sloganları atmıştır. Katılımcıların elindeki pankartlardan birinde ise "Eğer Devlet bir polise ödeme yapmazsa, mafya bunu zevkle yapacaktır" ifadesi yer almıştır. Söz konusu mitingin akabinde Bay Litva, İçişleri Bakanı tarafından müdürlük görevinden alınarak alelade bir polis memuru statüsüne geçirilmiş; pankart taşıyan polis, teftiş birimi tarafından çağrılarak taşıdığı pankartı açıklaması istenmiş; Polis Ortak Sağlık Sigortası Şirketi'nin denetim kurulunda yer alan üçüncü başvuru polisin, kuruldaki görevine son verilmiştir.^[33] İçişleri Bakanı ayrıca katılmış olduğu tv programında şu açıklamalarda bulunmuştur:

Bay Litva'nın rütbesi, halkı ve meydana çektiği polisleri ... yanlış yönlendirdiği için indirildi. Bay Litva'nın rütbesi fikirleri nedeniyle değil, yalan söylediği için indirildi. Yalan söylemesinin nedeni, po-

[31] AİHM, *Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası ve diğerleri/Slovakya*, B. No: 11828/08, 25.09.2012.

[32] AİHM, *Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası ve diğerleri/Slovakya*, B. No: 11828/08, 25.09.2012, §52.

[33] AİHM, *Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası ve diğerleri/Slovakya*, B. No: 11828/08, 25.09.2012, §1-10.

lislerin maaşlarının arttırılması için Hükümetin elinde para olduğu gerçeğini sorgulamasıydı ... Size söylüyorum, o toplantıdaki gibi aşırılıkların gelecekte tekrarlanması mümkün olmayacaktır. Bunu size garanti ediyorum. Eğer bir polis gelecekte bu şekilde davranırsa, artık polis olmayacaktır. Uygulanan yaptırımın sadece Bay Litva'yı ilgilendirdiği bu davada yine de özellikle ılımlı bir şekilde hareket ettim.^[34]

Başvuranlar, İçişleri Bakanı'nın değinilen eylemlerle, m. 10 ve m. 11'de düzenlenen haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, TV programındaki açıklamalar haricindeki eylemler bakımından iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu gerekçesiyle, incelemesini Bakan'ın TV programındaki açıklamalarıyla sınırlı tutmuştur.^[35] Örgütlenme özgürlüğüne ilişkin m. 11'in özel hüküm niteliğinde olması nedeniyle incelemesini örgütlenme özgürlüğü kapsamında ancak ifade özgürlüğü ışığında yapacağını belirtmiştir.^[36] Bakanın açıklamasının başvurular üzerinde korkutucu bir etki yaratarak sendikal faaliyet üzerinde caydırıcı bir etki yaratabileceğini kabul eden Mahkeme, örgütlenme özgürlüğüne bir müdahalenin olduğunu belirtmiştir.^[37] Ne var ki müdahalenin, yurttaşların polis teşkilatının tarafsızlığına ilişkin güvenini korumak gibi bir meşru bir amacı olduğunu ve demokratik bir toplumda acil bir sosyal ihtiyaç niteliğinde olduğunu

[34] AİHM, *Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası ve diğerleri/Slovakya*, B. No: 11828/08, 25.09.2012, §13.

[35] AİHM, *Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası ve diğerleri/Slovakya*, B. No: 11828/08, 25.09.2012, §. 47.

[36] AİHM, *Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası ve diğerleri/Slovakya*, B. No: 11828/08, 25.09.2012, §52. Mahkemenin örgütlenme özgürlüğünü ifade özgürlüğü karşısında özel hüküm olarak değerlendirip incelemesini 11. madde doğrultusunda yaptığı diğer kararlar için bkz. *Zhechev/Bulgaristan*, B. No: 57045/00, 21.06.2007; *Sergey Kuznetsov/Rusya*, B. No: 10877/04, 23.10.2008.

[37] AİHM, *Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası ve diğerleri/Slovakya*, B. No: 11828/08, 25.09.2012, §60-61.

vurgulayarak gerekli ve orantılı olduğunu ifade etmiş; m. 10 ışığında m. 11'in ihlal edilmediğine karar vermiştir.^[38]

Mahkeme çoğunluğuna katılmayan iki yargıca ait muhalefet şerhinde ise Bakan'ın, Bay Litva'nın görevden alınması gibi yaptırımlarla derhal harekete geçmesinin ve verdiği demecin ardından, söylediklerinin üzerinde durma ve tepkisini yeniden değerlendirme fırsatına rağmen ifadelerini tekrar etmesinin önemsiz olmadığı ifade edilmiştir. Bunun sendika üyelerinin sendikal faaliyetlere katılımı üzerinde caydırıcı bir etki doğuracağı, dolayısıyla sendika hakkının özüne zarar verdiği vurgulanmıştır.^[39] Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası ve diğerleri/Slovakya davası, sendikanın ifade özgürlüğünün özel hüküm niteliğinde olan m. 11 bağlamında ele alınması bakımından önemlidir. Nitekim Mahkeme, sendikanın ifade özgürlüğüne ilişkin 2022 yılında verdiği Straume/Letonya^[40] kararında da aynı yaklaşımdan hareket etmiş ve incelemesini 11. madde kapsamında (10. madde ışığında) yapmıştır.

Straume/Letonya kararına konu olayda ise devlete ait bir şirkette hava trafik kontrolü olan başvuru, üye olduğu sendikanın yönetim kurulu başkanı sıfatıyla ulaştırma bakanı ve şirketteki devlet yetkilisini muhatap alan bir mektup yazmıştır. Bu mektup nedeniyle öncelikle açığa alınıp masasını iade etmesi istenmiş; akabinde iş sözleşmesi feshedilmiştir. Mahkeme, başvuranın söz konusu mektubu kaleme alırken sendikayı temsil ettiğine ilişkin şüphe olmadığını ve örgütlenme özgürlüğünü kullandığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre başvurana uygulanan yaptırımlar, gönderdiği mektubun sonuçlarıdır ve sendikal faaliyetlerine tepki olarak anlaşılması

[38] AİHM, *Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası ve diğerleri/Slovakya*, B. No: 11828/08, 25.09.2012, §60-76.

[39] Joint Dissenting Opinion of Judge Myjer Joined by Judge Gyulumyan, §4-7.

[40] AİHM, *Straume/Letonya*, B. No: 59402/14, 02.06.2022.

mümkündür.^[41] Sendika temsilcilerinin, sendika üyelerinin çıkarlarını koruması sendika özgürlüğünün temel bir unsurudur. Buna yönelik ifadelerin, işçilerin kendi bireysel görüşlerini ifade ettiği olaylardan ayrıştırılması ve daha yüksek bir korumadan yararlanması gerekir.^[42] Bu şartlar altında sendika özgürlüğüne yapılan müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaç dolayısıyla demokratik toplumda gerekli olduğu söylenemez.^[43]

IV. KONUYA İLİŞKİN BAŞLICA HUKUKİ REFERANSLAR

A) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Düşünce, insan olmaya bağlı bir yeti olmakla birlikte, düşüncenin oluşumunda belirleyici olan unsur bilgidir. Düşünce özgürlüğü, insanların düşünce (kanaat) oluşturabilmek için gereken bilgiye ulaşmalarını (bilgi edinme özgürlüğü), ulaştıkları kanaatler nedeniyle kınanmamaları ya da başka türlü bir yaptırıma maruz kalmamalarını (kanaat özgürlüğü) ve kanaatlerini çeşitli araçlar vasıtasıyla paylaşma ve yayma özgürlüklerini (ifade özgürlüğü) kapsamına alan üç boyutlu bir yapıdadır. Düşünce özgürlüğü, gerek AİHS’de gerekse 1982 Anayasası’nda iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Anayasamızın “Düşünce ve kanaat hürriyeti” başlıklı 25. maddesinde, sert çekirdekli bir hak olarak kimsenin düşünce ve kanaatleri nedeniyle suçlanamayacağı düzenlenmiş olup bu hak olağanüstü yönetim usulleri altında dahi mutlak koruma altındadır.^[44] 26. maddede “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” adı altında düzenlenen ifade özgürlüğü ise

[41] AİHM, *Straume/Letonya*, B. No: 59402/14, 02.06.2022, §95-96.

[42] AİHM, *Straume/Letonya*, B. No: 59402/14, 02.06.2022, §102

[43] AİHM, *Straume/Letonya*, B. No: 59402/14, 02.06.2022, §112.

[44] İbrahim Kaboğlu, *Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü*, (İstanbul: TÜGİK Türkiye Genç İşadamları Derneği Yüksek Kurulu, 1997) 25-27. İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 16. Baskı, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021), 272-273. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Güncelleştirilmiş 20. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020) 186-187.

Anayasa Mahkemesi'nin İşçinin İfade Özgürlüğünü Sendika Hakkı Işığında Ele Aldığı Kararı Doğrultusunda İşçinin Sendikal Faaliyet Kapsamındaki İfadeleri Ve Sendikanın Duyulma Hakkı (2/5/2023 Karar Tarihli Sonay Tezcan Ve Kardelen Yoğungan Başvurusu)

Anayasa m. 13 ve m 26, AİHS m. 10 ve İnsan Hakları Evrensel Beyanname m. 19 doğrultusunda, kanunla öngörülmek ve hakkın özüne dokunmamak koşuluyla meşru gerekçelerle, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekleri doğrultusunda ölçülülük ilkesine uygun surette sınırlandırılabilir.^[45] İfade özgürlüğünün kullanımı sağlayan bazı hukuki araçlar mevcuttur. Bu hukuki araçları, kültürel haklar, toplumsal iletişim özgürlükleri ve örgütlenme özgürlükleri olmak üzere üç başlık altında ele almak mümkündür. Konumuz bağlamında örgütlenme özgürlüklerinden biri olan sendika özgürlüğü, düşünceyi toplu ifade araçlarından birini oluşturur.^[46]

Temel hak ve özgürlüklerin korunması hukuku temelde bireyi devlet tarafından gerçekleştirilecek ihlallere karşı koruma amacıyla ortaya çıkmışken; günümüzde devletin yalnızca ihlal etmemeye ilişkin negatif bir yükümlülüğünün olmadığı; hakkı kullananları diğer özel hukuk kişilerinin müdahalelerinden korumaya ilişkin pozitif bir yükümlülüğünün de olduğu kabul edilmektedir.^[47] Anayasa'nın yatay etkisi denilen bu anlayışa Anayasa m. 11'de de yer verilmiş; Anayasa hükümlerinin yalnızca devlet organ-

[45] Zeki Okur, “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, *Kamu-iş Dergisi*, C.8, S.4 (2006): 48-49. Deniz Ugan Çataalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, (İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019) 371. Hande Heper, “Düşünceyi Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü: İşçinin İfade Özgürlüğü”, *Çalışma ve Toplum*, C.3, S.74. (2022/3): 1905.

[46] İfade özgürlüğü araçlarından kültürel haklar başlığı altında eğitim hakkı ve öğrenim özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ve insanlığın ortak mirasına saygı bağlamında anadil hakkını; toplumsal iletişim özgürlükleri başlığı altında basın özgürlüğü ve görsel-işitsel iletişim özgürlüğünü; örgütlenme özgürlükleri başlığı altında ise dernek özgürlüğü, sendika özgürlüğü, siyasi parti özgürlüğü ve toplantı, yürüyüş ve gösteri özgürlüklerini saymak mümkündür. Kaboğlu, *Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü*, 77-113.

[47] Sezgi Öktem Songu, “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S* (2013, Basım yılı:2014): 614-615. Heper, “İşçinin İfade Özgürlüğü” 1904.

ları değil, diğer kişi ve kuruluşlar bakımından da bağlayıcı kurallar olduğu hükme bağlanmıştır. Buna karşılık belirtmek gerekir ki ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin hukuki düzenlemeler, yatay düzeyde ancak kişilerarası ilişkilerde uygulanmaya elverişli olduğu ve ilişkinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir^[48].

B) SENDİKAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE SENDİKANIN DUYULMA (DİNLENİLME) HAKKI

Üyelerinin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan teşekküllere sendika adı verilir. Hukukumuz bakımından sendika kavramı hem işçi hem de işveren örgütlerini kapsamına alan bir kavram olmakla birlikte, tarihsel olarak sendikalar, iş ilişkisinin dezavantajlı tarafı işçilerin, çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek oluşturdukları örgütlerdir. Sendikaları fiili işçi birlikleri ve koalisyonlardan ayıran unsur, tüzel kişiliği haiz olmalarıdır. Sendikalar, kolektif sendika özgürlüğü kapsamında kendi varlığını koruma, sendikaya üye çekme ve sendikal faaliyette bulunma hakkına sahiptir.^[49]

Sendikanın duyulma hakkı, AİHM tarafından çoğunlukla kolektif sendika özgürlüğü ile bağlantılı olarak kullanılan bir kavram olup; sendikanın ifade özgürlüğü bağlamında sendikanın duyulmasını (dinlenilmesini) ele alan bir içtihat henüz gelişmemiştir.^[50] Mahkemeye göre sendika hakkına ilişkin AİHS md. 11'deki *çıkartlarını korumak* ifadesi gereksiz bir ifade

[48] Sarper Süzek, *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)*, Yenilenmiş 21. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 34-35. Ahmet Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006), 47. Heper, "İşçinin İfade Özgürlüğü" 1905.

[49] Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku: Sendikalar, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt*, 1. Baskı, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020), 1-3. Turhan Esener ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Sendika Hukuku*, Yenilenmiş 2. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 43, 62-69.

[50] Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić, §7.

olmayıp sendika hakkının açıkça amacını ifade etmekte ve Sözleşme'yle sendika üyelerinin mesleki menfaatlerinin, sendikal faaliyetler yoluyla korunmasının güvence altına alındığını belirtmektedir. Devlet hem buna izin vermeli hem de bunu mümkün kılmalıdır. Bununla birlikte devlet, sendikanın duyulmasını sağlayacak araçları m. 11.e aykırı olmayacak şekilde seçme hakkına sahiptir. Sözleşmenin gerektirdiği şey, ulusal hukuk tarafından sendikaya, üyelerinin menfaatlerini korumak için çaba sarf etme imkanının tanınmasıdır. Üyelerin de kendi çıkarlarını korumak için sendikanın duyulmasını (dinlenilmesini) talep hakkı vardır.^[51] Örneğin mahkeme uygulamasında toplu pazarlık ve grev hakkı, sendikanın duyulmasını sağlayacak araçlar olarak değerlendirilip korunmaktadır.^[52]

Hukukumuz bakımında da kabul edildiği üzere tüzel kişiler, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde gerçek kişilere tanınan temel hak ve özgürlüklerden yararlanır.^[53] Bu nedenle üyelerinden bağımsız bir varlık olarak tüzel kişiliği haiz sendikanın ifade özgürlüğünün kabulü gerekir. AİHM, sendikanın ifade özgürlüğüne ilişkin unsurları ise şu şekilde belirlemektedir:

1) İfadelerin kullanıldığı bağlam (meşru bir sendikal faaliyet kapsamında kullanılıp kullanılmadığının değerlendirilmesi de dahil olmak üzere); 2) Kabul edilebilir eleştiri sınırları içinde olup olmadığı da dahil olmak üzere ifadelerin niteliği; 3) İşveren veya üçüncü kişilerin uğradığı zarar; 4) Yaptırımların veya konuyla bağlantılı diğer sonuçların niteliği ve ciddiyeti.^[54] Yine Mahkeme tarafından sendikal ifadenin sendika adına hareket eden

[51] AİHM, *Ognevenko/Rusya*, B. No: 44873/09, 20.11.2018, §54-55. Sendikanın duyulma hakkı bakımından önemli olan bazı diğer kararlar için bkz. AİHM, *Sindicatul "Păstorul cel Bun"/Romanya*, B. No: 2330/09, 09.07.2013, §133. AİHM, *Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika*, B. No: 4464/70, 27.10.1975, §39-40.

[52] AİHM, *Ognevenko/Rusya*, B. No: 44873/09, 20.11.2018, §56-58.

[53] Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 241.

[54] AİHM, *Straume/Letonya*, B. No: 59402/14, 02.06.2022, §103.

işçi temsilcileri tarafından dağıtılan broşürler, yayınlar ve sendikanın diğer belgeleri şeklinde de olabileceği ifade edilmiş; sendikal ifadenin söz konusu olabilmesi için sendika yönetimi tarafından yetkilendirilmiş olmanın gerektiği vurgulanmıştır.^[55]

Sendikanın ifade özgürlüğüne ilişkin hususların ele alındığı *Palomo Sánchez* kararının karşı oy yazısında, sendikaların çalışma hayatına ilişkin konularda kamu yararına olan hususları ifade etmeleri nedeniyle kamusal hayatta önemli bir rol üstlendikleri, bu nedenle görüşlerini ifade ederken daha yüksek bir korumadan yararlanmaları gerektiği vurgulanmıştır.^[56] Bu doğrultuda medya bağlamında ifade özgürlüğü bakımından uygulanan içtihadın, sendikanın ifade özgürlüğüne ilişkin olaylar bakımından da uygulanması isabetli olarak önerilmiştir. Zira basının oynadığı *bekçi köpeği* rolünü, sendikalar da çalışanların ekonomik ve sosyal menfaatlerinin korunması bakımından oynamaktadır^[57]. Nitekim Mahkeme, basına tanıdığı ayrıcalıklı statüyü önceki kararlarında çevre koruma grupları ve derneklere de tanımıştır.^[58]

C) SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ÖZEL HÜKÜM NİTELİĞİ

Yukarıda ifade edildiği üzere örgütlenme özgürlükleri, ifade özgürlüğünün kolektif araçlarıdır. Örgütlenme özgürlüklerinin kullanılması, ifade özgürlüğünün kolektif kullanımının somutlaşmış halidir. Bu doğrultuda

[55] AIHM, *Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya*, B. No: 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, 12. 09.2011, §56.

[56] Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić, §5

[57] Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić, §7

[58] Mahkeme, 27 Mayıs 2004 tarihli Vides Aizsardzības Klubs/Letonya kararında (no. 57829/00), basına tanınan ayrıcalıklı statüyü çevre koruma gruplarına ve 7 Kasım 2006 tarihli Mamère/Fransa (no. 12697/03) kararında derneklere de tanımıştır. Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić, §7

AİHS'nin toplantı ve dernek kurma özgürlüğü başlıklı 11. maddesi, ifade özgürlüğü hakkındaki 10. madde karşısında özel hüküm olarak nitelendirilmektedir. Örgütlenme özgürlüklerinden yararlanmak, ifade özgürlüğünün kullanılmasının türevleri olarak değerlendirilmektedir.^[59] AİHM tarafından toplantı ve dernek kurma özgürlüğüne ilişkin md. 11'den yararlanılmasının temel amaçlarından birinin md. 10 ile koruma altına alınmış olan ifade özgürlüğü olduğu,^[60] bunun sendikal konularda da geçerli olduğu ifade edilmektedir.^[61]

D) SENDİKAL FAALİYETİN KAPSAMI

AİHS m.11'i, m. 10 karşısında özel hüküm olarak değerlendiren Mahkeme, sendikal faaliyetin kapsamını dar bir şekilde belirlemektedir. Mahkeme, sendikal faaliyetin kapsamını sendika üyelerinin doğrudan çalışma koşullarına ilişkin çıkarları ile sınırlandırmakta, bunun haricindeki faaliyetleri sendikal faaliyetin meşru kapsamı dışında sayabilmektedir^[62]. Nitekim Mahkeme'nin sendikal faaliyetin kapsamına yaklaşımı bakımından örnek teşkil eden kararlardan biri olan *Szima/Macaristan* kararında, polis sendikası başkanı olan başvuranın sendikanın sitesinde yer alan yorumları hakkında, polis memurlarının özlük hakları ve ücretlerine ilişkin açıklamaların mevcut olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte yorumlarda polislerin

[59] Murat Engin, “İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Anayasa Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, C. 5, S. 2, 22. Çetin, *Çalışanların Hakları*, 490. Ugan Çatalkaya, *Ölçülülük*, 377. Deniz Ugan Çatalkaya, “Demokratik ve Barışçıl Toplu Eylem Hakkının. Kullanılması İş Sözleşmesini Fesih Nedeni Olabilir mi Sorusuna Yanıt Arayışı: Yargıtayın Zorlu Görevi,” *Çalışma ve Toplum*, C.3, S.78 (2023/3):2073.

[60] *Zhechev/Bulgaristan*, B. No: 57045/00, 21.06.2007, §33. *Sergey Kuznetsov/Rusya*, B. No: 10877/04, 23.10.2008. § 23.

[61] AİHM, *Vellutini ve Michel/Fransa*, B. No: 32820/09, 06.10.201, §32. AİHM, *Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası ve diğerleri/Slovakya*, B. No: 11828/08, 25.09.2012, §52;

[62] Çetin, *Çalışanların Hakları*, 486.

çalışma koşulları haricinde, polis teşkilatındaki yöneticilerin siyasi çıkarlara hizmet etmekle ve vatandaşlara saygısızlık etmekle ağır şekilde suçlandırıldığı vurgulanmıştır. Bunun sendika üyelerinin işle ilgili çıkarlarıyla ilgisinin olmadığı, sendikal faaliyetin kapsamını aştığı ifade edilmiş ve inceleme 11. madde değil; ifade özgürlüğüne ilişkin 10. madde çerçevesinde gerçekleştirilmiştir^[63]. Mahkemenin bu tutumu, karşı oy yazısında Yargıç Tulkens tarafından eleştirilmiş; davanın sendikal boyutunun yapay bir biçimde göz ardı edildiği ifade edilmiştir. Yargıç Tulkens'e göre "... Mahkeme, bir sendikanın rolünü" işçilerin çıkarlarının korunmasıyla sınırlandırmakta, bu korumanın kurumun kendisinde iddia edilen başarısızlıklara ilişkin eleştirileri de kapsayacak şekilde daha geniş bir alana yayılabileceğini dikkate almamaktadır. Çoğunluk, başka herhangi bir açıklama veya gerekçe olmaksızın, rahatsız edici sözlerin sendika ile ilgili faaliyetlerin meşru kapsamı dışında yapıldığını tespit etmektedir..."^[64]

DEĞERLENDİRMEMİZ VE SONUÇ

AYM kararına ilişkin olarak değinmek istediğimiz ilk husus, mahkemenin başvurucların işyerinde sendikal örgütlenme başlatma amaçlarının açık olduğunu kabul etmesine rağmen incelemeyi ifade özgürlüğü kapsamında gerçekleştirmesidir. Mahkeme, başvurucların, sendika üyeliklerinin işverenin bilgisi dahilinde olduğuna, olumsuz karşılandığına ve sendikayla ne zaman iletişime geçildiğine ilişkin somut ve detaylı bilgi vermediklerini; bu nedenle derece mahkemelerinin, işverenin başvurucların sendika üyelikleri hakkında bilgi sahibi olup olmadığına ilişkin yeterli bilgisinin olmadığını belirtmiştir. Bildiri okuma eyleminin sendikanın kararı ya da bilgisi dahilinde olduğuna ilişkin olarak da yeterli delil bulunmadığından, derece mahkemelerinin feshin sendikal nedene dayanmadığını kabul ettiklerini ifade etmiş; bu nedenle incelemesini ifade özgürlüğü kap-

[63] AİHM, *Szima/Macaristan*, B. No: 29723/11, 09.10.2012, §31.

[64] Dissenting Opinion of Judge Tulkens, §4.

samında yapacağını açıklamıştır.^[65] Olaydaki sendikal nedenin ispat edilememesi nedeniyle AYM kararı isabetli olmakla birlikte, sendikal faaliyet kapsamında olduğu sabit olan olaylar bakımından AİHM içtihadında vurgulandığı üzere md. 11'in özel hüküm niteliğinde olduğunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira yukarıda değindiğimiz üzere sendika özgürlüğü, ifade özgürlüğünün kolektif kullanım araçlarından biridir.

Sendikal tazminat talebini reddeden BAM kararında, işçilerin bildiri dağıttıkları tarihte sendika üyesi olmadıklarını, sözleşmenin feshine yol açan olayların bir kısmının esas itibarıyla mesai saatleri içinde işverenin bilgisi olmaksızın bildiri dağıtmak ve konuşma yapmak suretiyle sendikal faaliyette bulunulması olduğunu, bu durumun 6356 sayılı Kanun m. 25'e aykırılık oluşturduğunu belirterek, feshin sendikal nedene dayanmadığına karar vermiştir. Gerçekten 6356 sayılı Kanun m. 25/3'te işçilerin iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamayacakları ve farklı muameleye maruz bırakılamayacakları düzenlenmiştir. Benzer şekilde Türkiye'nin taraf olduğu 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına İlişkin ILO Sözleşmesi m. 1'de de işçinin çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakatı ile çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılımından dolayı iş sözleşmesinin sona erdirilemeyeceği düzenlenmiştir. AYM kararına konu olayda gerek bildiri dağıtma gerekse ergonomi egzersizi esnasında konuşma yapılması eylemleri, işverenin bilgisi dışında iş saatleri içinde gerçekleşmiş eylemlerdir. Bununla birlikte başvuruçuların eylemleri, AİHM içtihadında vurgulanan ve Yargıtay tarafından da kabul edilen, toplu eylem hakkı sınırları içinde kalmaktadır. Zira işyerindeki çalışma koşullarına ilişkin kısa süreli barışçıl eylemler, demokratik bir eylem niteliğinde olmak üzere işyerinde

[65] AYM, Sonay Tezcan ve Kardelen Yoğungan, B. No: 2018/24097, Kt. 2/5/2023, RG: 29/9/2023-32324, §53.

ifade özgürlüğünün kolektif görünümü niteliğindedir^[66].

Tespiti gereken diğer durum AİHM tarafından sendikal ifadenin sendika tarafından yetkilendirilmiş kişilerin ifadeleriyle sınırlandırılmasıdır^[67]. Üyelerinden bağımsız bir varlığa sahip ve hukukumuz bakımından tüzel kişiliği haiz bir kuruluş olan sendikanın iradesinin, kendisini temsile yetkili kişiler tarafından açıklanması işin doğası gereği olmakla birlikte, temsilin yalnızca sendika organlarında görev alan kişilerle sınırlandırılması kolektif sendika özgürlüğüne aykırılık oluşturacaktır. Yine hukukumuzda işyeri sendika temsilcisi atanması yalnızca toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kesinleşmiş sendikalara, belirli şartlar altında tanınmış bir yetkidir (6356 sayılı Kanun m. 27). Sendikal ifadenin, yalnızca bu kişilerle sınırlandırılmamasının, sendikanın kendi iç işleyişi doğrultusunda, bu kişiler dışında atayacağı temsilcilerin ifadelerinin de sendikal ifade kapsamında değerlendirilmesinin ve somut olayda bu kişilerin kim/kimler olduğunun sendikaya sorulmasının kolektif sendika özgürlüğünün korunması bakımından daha isabetli bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz. Belirtmek gerekir ki işyerinde sendikaya üye kazandırmaya ilişkin sendikal faaliyetin, sendikanın önceden yetkilendirilmiş temsilcisi tarafından gerçekleştirilmesi olağandır. Bununla birlikte önceden yetkilendirilmemiş, hatta henüz üye olmayan ve işyerinde sendikanın örgütlenmesinde ekonomik ve sosyal menfaati olan

[66] Engin, “Toplu Eylemler”, 22. Pir Ali Kaya ve Ceyhun Güler, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Toplu Eylem Hakkı,” *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, no. 68 (2015/1): 107. Ugan Çatalkaya, “Toplu Eylem”, 2075. Aynı doğrultuda, toplu eylemin sendika hakkı kapsamında korunması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Mesut Gülmez, “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?” *Çalışma ve Toplum*, no. 18 (2008/3):165. Şebnem Gökçeoğlu Balcı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “Satılmış ve Diğerleri/Türkiye” Kararı,” *Çalışma ve Toplum*, no. 17 (2008/2): 228-229. Sevil Doğan, “Toplu Eylem Hakkı ve Siyasi Grev Bağlamında Bir Yargıtay Kararı İncelemesi,” *Çalışma ve Toplum*, no. 40 (2014/1): 321.

[67] AİHM, *Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya*, B. No: 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, 12. 09.2011, §56. AİHM, *Straume/Letonya*, B. No: 59402/14, 02.06.2022, §64.

bir işçi tarafından gerçekleştirilen ifadelerin de yetkisiz temsil hükümleri çerçevesinde sendikanın icazet vermesi durumunda sendikal ifade olarak değerlendirilmesi düşünülebilir. Bu doğrultuda işyerindeki örgütlenme faaliyetinin sendikanın bilgisi ve organizasyonu dahilinde olup olmadığının öğrenilmesinin ve hakkın kötüye kullanılması oluşturmayacak şekilde sendikanın organizasyonu dahilinde olmayan faaliyete icazeti olup olmadığının araştırılmasının hem kolektif sendika özgürlüğünün hem de bireysel sendika özgürlüğünün daha etkili korunması bakımından değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Bu şekilde sendikal ifade kapsamında olduğu tespit edilen bildiri dağıtma ve okuma eylemi, sendika özgürlüğü kapsamında korunabilecektir.

AYM, bildirinin, sendikalaşma oranının düşük olduğu bir işyerinde sendikal örgütlenmeyi teşvik etme amacı taşıdığını, ağır ifadeler içermekle birlikte somutlaştırma yapılmadığından ve işyeri disiplinini bozma amacı taşımadığından BAM kararının çatışan çıkarlar arasında adil denge kuramadığını ifade etmiş ve ihlal kararı vermiştir. Karar sonucu itibarıyla isabetli olmakla birlikte “ağır ifadeler içermekle birlikte somutlaştırma yapılmama” ifadesinden yolarak çıkararak AYM ve AİHM'nin sendikal faaliyet kapsamındaki ifadelere ilişkin yaklaşımının ele alınması gerekmektedir. Yukarıda ilgili kararlarda ele alındığı üzere Mahkeme, sendikal faaliyet kapsamındaki ifadelerle başkalarının itibar ve haklarının korunması arasındaki dengeyi, ifadelerin sendikal niteliğini gerektiği kadar dikkate almaksızın, kişilerin itibarı bakımından geniş bir koruma alanı öngörerek kurmaktadır.^[68] Oysa öğretilde ifade edildiği üzere, işyerinde kullanılan ifadeler saldırgan bile olsa özellikle kamusal bir tartışma içeriyorsa ifade

[68] Bkz. AİHM, *Constantinescu/Romanya*, B. No: 28871/95, 27.06.2000 ve AİHM, *Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya*, B. No: 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, 12. 09.2011.

özgürlüğü lehine daha güçlü bir koruma getirilmesi gerekmektedir.^[69] Sendikalar da üyelerinin ekonomik ve sosyal menfaatlerini koruma amacına özgüledikleri sendikal faaliyetlerle ve bu doğrultuda kendilerine tanınan yetkilerle kamusal bir fonksiyona sahiptirler. Bu itibarla *Palomo Sánchez* kararının muhalefet şerhinde de sendikaların istihdamlı ilgili konularda kamu yararına olan fikirleri ifade etmeleri nedeniyle ifade özgürlüklerinin yüksek derecede korunmayı gerektirdiği; sendikanın dinlenilmesi hakkı bağlamında sendikanın ifade özgürlüğünü ele alan bir içtihadın henüz gelişmediği; bununla birlikte medyanın ifade özgürlüğüne ilişkin içtihadın, sendikanın ifade özgürlüğü bakımından da uygulanabileceği; zira medyanın bekçi köpeği rolünün, istihdama ilişkin meselelerde sendika tarafından yerine getirildiği vurgulanmıştır.^[70] Nitekim mahkeme bu uygulamasını daha önce çevre örgütlerinin ve derneklerin ifade özgürlüğü bakımından uygulamıştır.^[71] Şerhte ifade edilen görüşlere katılıyoruz. Mevcut durumda sendikal faaliyet kapsamındaki ifadelere medyanın ifade özgürlüğüne ilişkin içtihadın uygulanması gerekmektedir.^[72] Mahkeme tarafından sendikanın duyulma hakkı kavramının içinin, sendikanın ifade özgürlüğüne yüksek bir koruma sağlayacak şekilde doldurulması ve kullanılması ise sendikanın ifade özgürlüğünün otonom bir şekilde gelişebilmesi bakımından elverişli bir başlangıç noktası olarak değerlendirilebilir.

[69] Megan Pearson, “Offensive Expression and the Workplace,” *Industrial Law Journal*, Vol. 43, No. 4 (December 2014): 429.

[70] Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić, §5-7.

[71] Mahkeme, 27 Mayıs 2004 tarihli Vides Aizsardzības Klubs/Letonya kararında (no. 57829/00), basına tanınan ayrıcalıklı statüyü çevre koruma gruplarına ve 7 Kasım 2006 tarihli Mamère/Fransa (no. 12697/03) kararında derneklere de tanımıştır. Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić, §7.

[72] Aynı doğrultuda bkz. Çetin, *Çalışanların Hakları*, 482.

Anayasa Mahkemesi'nin İşçinin İfade Özgürlüğünü Sendika Hakkı Işığında Ele Aldığı Kararı Doğrultusunda İşçinin Sendikal Faaliyet Kapsamındaki İfadeleri Ve Sendikanın Duyulma Hakkı (2/5/2023 Karar Tarihli Sonay Tezcan Ve Kardelen Yoğungan Başvurusu)

KAYNAKÇA

Çetin, Evra. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Doğan, Sevil. “Toplu Eylem Hakkı ve Siyasi Grev Bağlamında Bir Yargıtay Kararı İncelemesi,” *Çalışma ve Toplum*, no. 40 (2014/1): 305-334.

Engin, Murat. “İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Anayasa Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü” ve Toplu Eylemler Üzerine”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, C. 5, S. 2, 9-36.

Erdem, Duygu. “Sendika Özgürlüğünün AIHS ve AIHM İçtihatları Çerçevesinde İfade Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirilmesi.” Yüksek lisans tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2021.

Esener, Turhan ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu. *Sendika Hukuku*. Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.

Gökçeoğlu Balcı, Şebnem. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “Satılmış ve Diğerleri/Türkiye” Kararı.” *Çalışma ve Toplum*, no. 17 (2008/2): 219-235.

Gülmez, Mesut. “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?” *Çalışma ve Toplum*, no. 18 (2008/3): 137-169.

Heper, Hande. “Düşünceyi Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü : İşçinin İfade Özgürlüğü”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, C.3, S.74. (2022): 1901-1934.

ILO. *Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Geneva: International Labour Office, Fifth (revised) edition, 2006.

Kaboğlu, İbrahim. *Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul: TÜGİK Türkiye Genç İşadamları Derneği Yüksek Kurulu, 1997.

Kaboğlu, İbrahim. *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*. 16. Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021.

Kaya, Pir Ali ve Ceyhun Güler. “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Toplu Eylem Hakkı.” *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, no. 68 (2015/1): 105-126.

Okur, Zeki. “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü.” *Kamu-iş Dergisi*, C.8, S.4 (2006): 41-88.

Pearson, Megan. “Offensive Expression and the Workplace,” *Industrial Law Journal*, Vol. 43, No. 4 (December 2014): 429-450.

Sevimli, Ahmet. *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006.

Öktem Songu, Sezgi. “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S* (2013, Basım yılı:2014): 609-650.

Süzek, Sarper. *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)*. Yenilenmiş 21. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.

Şahlanan, Fevzi. *Toplu İş Hukuku: Sendikalar, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt*. 1. Baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020.

Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. Güncelleştirilmiş 20. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.

gan Çatalakaya, Deniz. *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.

Ugan Çatalakaya, Deniz. “Demokratik ve Barışçıl Toplu Eylem Hakkının Kullanılması İş Sözleşmesini Fesih Nedeni Olabilir mi Sorusuna Yanıt Arayışı: Yargıtayın Zorlu Görevi.” *Çalışma ve Toplum*, C.3, S.78 (2023/3): 2069-2120. <https://doi.org/10.54752/ct.1325491>.

AIHM Kararları

Anayasa Mahkemesi'nin İşçinin İfade Özgürlüğünü Sendika Hakkı Işığında Ele Aldığı Kararı Doğrultusunda İşçinin Sendikal Faaliyet Kapsamındaki İfadeleri Ve Sendikanın Duyulma Hakkı (2/5/2023 Karar Tarihli Sonay Tezcan Ve Kardelen Yoğungan Başvurusu)

Constantinescu v. Romania, App. No: 28871/95, 27.06.2000.

Marchenko v. Ukraine, App. No: 4063/04, 19.02.2009.

National Union of Belgian Police v. Belgium, App. No: 4464/70, 27.10.1975.

Ognevenko v. Russia, App. No: 44873/09, 20.11.2018, §54-55

Palomo Sánchez and Others v. Spain, App. Nos: 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, 12. 09.2011.

Sergey Kuznetsov v. Russia, App. No: 10877/04, 23.10.2008.

Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania, App. No: 2330/09, 09.07.2013.

Straume v. Latvia, App. No: 59402/14, 02.06.2022.

Szima v. Hungary, App No: 29723/11, 09.10.2012.

Trade Union of The Police in the Slovak Republic and Others v. Slovakia, App. No: 11828/08, 25.09.2012.

Vellutini et Michel v. France, App. No: 32820/09, 06.10.2011.

Wojtas-Kaletka v. Poland, App. No: 20436/02, 16.07.2009.

Zhechev v. Bulgaria, App. No: 57045/00, 21.06.2007

AİHM Kararlarına İlişkin Muhalefet Şerhleri

Dissenting Opinion of Judge Tulkens/ *Szima v. Hungary*, App No: 29723/11, 09.10.2012.

Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić/ *Palomo Sánchez and Others v. Spain*, App. Nos: 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, 12. 09.2011.

Joint Dissenting Opinion of Judge Myjer Joined by Judge Gyulumyan/ *Trade Union of The Police in the Slovak Republic and Others v. Slovakia*, App. No: 11828/08, 25.09.2012.

İşverenin Girişim Özgürlüğü İle İşçilerin Temel Hakları Arasındaki Çatışmada Adil Denge

Münevver TEMİR^[1]

ÖZ

Girişim özgürlüğü, çalışma yaşamına ve iş hukukuna ilişkin ekonomik bir hak olarak günümüz hukuk sistemlerinde önemli bir yere sahiptir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın kabulü ile ilk kez önemli bir uluslararası insan hakları belgesinde bağımsız bir hak olarak tanınan girişim özgürlüğü, Türk hukukunda ise ilk defa 1961 Anayasası ile anayasal boyutta güvence altına alınmıştır. Pozitif anayasa hukukuna dönüştürülmüş insan hakları niteliğindeki temel haklar, farklı menfaat ve özgürlükleri korumaya yöneliktir. İş ilişkisinde de işçi ve işverenin karşılıklı menfaatleri, sıklıkla karşı karşıya gelmektedir. Bu bağlamda iş hukukunda temel hakların korunması ayrı bir öneme sahiptir.

İş hukukunda çatışan haklar arasındaki adil dengenin nasıl sağlanacağı sorusu bugünlerde bir kez daha öğretinin odağında yer almaktadır. Öncelikle yasama organı, iş ilişkilerini düzenlerken işveren ve işçinin çatışan temel hakları arasında adil bir denge kurmayı gözetmelidir. Bu koruma görevi temel hakların tüm devlet muhatapları, dolayısıyla yargı organları aracılığıyla da yerine getirilmelidir. Esasen ilk derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluğunda olan çatışan çıkarların tespiti ve bunlar arasında adil denge kurulması faaliyeti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve

[1] Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD, munevvertemr@gmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-6974-4759

Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen denetim ölçütleri ile de desteklenmektedir. Bu kapsamda işverenin Anayasa'nın 48. maddesi ile güvenceye kavuşturulmuş girişim özgürlüğü ile işçilerin temel hakları ölçülülük ilkesi doğrultusunda değerlendirilmelidir. Söz konusu değerlendirmede çatışan karşılıklı temel hak ve özgürlükler pratik uyum ilkesi uyarınca dengelenir ve bunların oranlı bir düzen içinde bir arada var olması sağlanır. Bu ilke uyarınca, bir temel hakkın başka bir temel hak ya da anayasanın koruduğu başka bir hukuki değerle çatışması halinde, öyle bir çözüm bulunmalıdır ki gerek temel hak gerek anayasanın koruduğu hukuki değer varlık ve etkilerini en üst düzeyde korusun.

Anahtar Kelimeler:

girişim özgürlüğü

iş yapma özgürlüğü

işçilerin temel hakları

çatışan menfaatler

adil denge

iş hukuku

Fair Balance In The Conflict Between The Employer's Freedom Of Enterprise And The Fundamental Rights Of Employees

ABSTRACT

Freedom of enterprise has an important place in today's legal systems as an economic right related to working life and labour law. Recognised as an independent right in an important international human rights instrument for the first time with the adoption of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, freedom of enterprise was secured in Turkish law for the first time in the constitutional dimension with the 1961 Constitution. Fundamental rights, which are human rights transformed into positive constitutional law, are intended to protect different interests and freedoms. In labour relations, the mutual interests of the employee and the employer often come into conflict. In this context, the protection of fundamental rights in labour law has a special importance.

The question of how to ensure a fair balance between conflicting rights in labour law is once again in the focus of the doctrine these days. First of all, while regulating labour relations, the legislature should seek to establish a fair balance between the conflicting fundamental rights of the employer and the employee. This duty of protection must also be fulfilled through all state interlocutors of fundamental rights, and therefore through the judicial organs. The activity of identifying conflicting interests and establishing a fair balance between them, which is essentially the competence and responsibility of the courts of first instance, is also supported by the supervisory criteria developed by the European Court of Human Rights and the Constitutional Court. In this context, the employer's freedom of enterprise, which is guaranteed by Article 48 of the Constitution, and the fundamental rights of the employees should be evaluated in line with the principle of proportionality. In this assessment, the conflicting fundamental rights and freedoms are balanced in accordance with the principle of

practical compatibility and their coexistence in a proportionate order is ensured. According to this principle, if a fundamental right conflicts with another fundamental right or with another legal value protected by the Constitution, a solution must be found in such a way that both the fundamental right and the legal value protected by the Constitution preserve their existence and effects at the highest level.

Keywords:

fair balance

conflicting interests

freedom of enterprise

freedom to conduct a
businessfundamental rights of
employees

labour law

GİRİŞ

Tarihsel olarak modern anlamda iş hukuku, sanayileşmenin başlamasıyla birlikte iş gücü hizmetlerinin sağlanmasının özel sözleşmelerin konusu haline gelmesiyle gelişmiştir. Böylelikle irade özerkliğinin bir görünüm biçimi olan sözleşme özgürlüğü^[2], istihdam ilişkilerine kadar ulaşarak serbest bir iş gücü piyasasını ortaya çıkarmıştır^[3]. Özelleşen istihdam ilişkilerinin içeriği, eşit müzakere ortakları olarak kabul edilen işveren ve işçiler tarafından belirlenmeye başlanmıştır. Ancak bu eşitlik biçimsel bir eşitlik ile sınırlı kalmış, işverenler ekonomik üstünlükleri sayesinde çalışma koşullarını işçilere kolaylıkla dikte edebilmişlerdir. Bu çerçevede iş hukuku, sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi korumak amacıyla sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmak üzere geliştirilmiştir^[4]. Dolayısıyla iş hukuku, doğası gereği sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır. Başka bir ifadeyle iş hukukunda daha fazla sözleşme özgürlüğü, kaçınılmaz olarak daha az iş hukuku

[2] Max Fischer, *Begriff der Vertragsfreiheit*, (Aarau: H. R. Sauerländer, 1952), 23; Hans Huber, *Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit*, (Berlin: Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft, 1965), 16; Frank Wittgruber, *Die Abkehr des Arbeitsrechts von der Vertragsfreiheit. Am Beispiel betrieblicher Mitbestimmung bei übertariflichen Zulagen*, (Berlin: Duncker und Humblot, 1999), 75.

[3] Modern iş hukukunun ortaya çıkışı ve sözleşme özgürlüğünün bu bağlamdaki rolü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bruno Veneziani, “The Evolution of the Contract of Employment,” içinde *The Making of Labour Law in Europe*, ed. Bob Hepple, (London: Hart Publishing, 1986), 99-128.

[4] Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 22. Baskı (İstanbul: Beta, 2022), 19; Nuri Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 35. Baskı (İstanbul: Beta, 2022), 4; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, 26. Baskı (Ankara: Seçkin, 2022), 4; Kadir Arıcı, *Türk İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri*, 1. Baskı (Ankara: Gazi, 2022), 3; Süleyman Başterzi, “Avukatla Bağitlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması,” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 5, no. 17 (Mart, 2010), 179; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskı (İstanbul: Seçkin, 2023), 36.

koruması anlamına gelmektedir^[5].

Bugün gelinen noktada kişilerin temel haklarını kullanmalarına yönelik tehditlerin sadece devlet tarafından kaynaklanmadığı, sosyal tarafların da bu tehdit veya ihlallerin ortaya çıkmasında etkileri olduğu tartışmasızdır. İş ilişkisinde de işçinin işverene kişisel ve hukuki bağımlılığı temel haklarının ayrıca gözetilmesi zorunluluğunu doğurur^[6]. Zira işçinin gördüğü iş, kendi kişiliğinden ayrı düşünülemez ancak aynı zamanda işverenin iş organizasyonuna dahil olarak talimatlarına uymasını gerektirecek bir nitelik arz etmektedir. Bu durum işçinin temel hakları kapsamında ele alınması gereken belirli menfaat çatışmalarının daha en baştan öngörülmüş olduğu anlamına gelirken, özel hukuka tabi diğer birçok ilişkide benzer bir çatışma söz konusu olmamaktadır^[7]. Bu bağlamda iş hukukunda temel hakların korunması ayrı bir öneme sahiptir.

Çok taraflı hukuki ilişkilerde, bir taraftaki temel hak kazanımının kaçınılmaz olarak diğer tarafta temel hak kaybına yol açtığı, dolayısıyla özgürlüklerde bir yer değiştirme meydana geldiği doğrudur. Pozitif anayasa hukukuna dönüştürülmüş insan hakları niteliğindeki temel haklar^[8], farklı menfaat ve özgürlükleri korumaya yöneliktir^[9]. İşte sosyal hukuk devleti

[5] Matteo Fornasier, “Mehr Freiheit wagen im Arbeitsrecht,” içinde *Mehr Freiheit wagen Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow*, ed. Anatol Dutta ve Christian Heinze (Tübingen: Mohr Siebeck, 2018), 153.

[6] MünchK/Spinner BGB 611a Arb. Rn. [195](#), [198](#).

[7] Rüdiger Krause, “Grundrechtsinduzierte Rechtsfindung im Individualarbeitsrecht,” *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae: Sectio Iuridica* 55, (2014), 53.

[8] Arnulfo Daniel Mateos Durán, *Das Verhältnis zwischen nationalen und inkorporierten internationalen Grundrechten*, 1. Auflage (Baden-Baden: Nomos, 2023), 82.

[9] Mateos Durán, *Grundrechten*, 29.

olmanın gereklerinden biri de birbiriyle çatışan bu özgürlük kullanımlarını dengelemektir. Çatışan bu temel hak ve özgürlükler arasındaki adil denge- nin nasıl sağlanacağı meselesi ise bugünlerde bir kez daha öğretinin oda- ğında yer almaktadır^[10].

İşçi ve işveren, her ne kadar temel haklardan eşit şekilde yararlanma hak- kına sahip olsa da mahkemeler tarafından yapılan temel haklara uygunluk denetimi incelendiğinde, daha ziyade işçilerin temel haklarına odaklanıldı- ğı görülmektedir. Bunun nedeni; işverenin kişilik haklarının, din ve inanç özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün işçi tarafından alınan tedbirlerle ihlal edilmesinin sosyal güç dengesi nedeniyle pratikte imkânsız olmasıdır^[11]. İşveren tarafında olsa olsa yalnızca bir denge unsuru olarak işlev gören^[12] girişim özgürlüğü etkilenmektedir.

Girişim özgürlüğü, çalışma yaşamına ve iş hukukuna ilişkin ekonomik bir hak olarak günümüz hukuk sistemlerinde önemli bir yere sahiptir. AB Temel haklar Şartının 16. maddesi uyarınca girişim özgürlüğü temel bir haktır^[13]; dolayısıyla işveren tarafından kullanılması haklı görülebilir. An- cak girişim özgürlüğü aynı zamanda karmaşık bir haktır; çünkü girişim özgürlüğü ile işçilerin temel hakları arasında kurulması gereken adil denge konusunda birtakım güçlüklerle karşılaşmaktadır. Çalışmamızda da işve- renin girişim özgürlüğü ile işçilerin temel hakları arasında adil, başka bir ifadeyle makul dengenin nasıl kurulabileceği yahut böyle bir denge kurul- masının gerçekten mümkün olup olmadığı meselesi Avrupa İnsan Hakları

[10] Matthias Klatt, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*, 1. Auflage (Tübingen: Mohr Siebeck 2014), 1; Fornasier, *Mehr Freiheit*, 169.

[11] Krause, “Grundrecht,” 59.

[12] Krause, “Grundrecht,” 51.

[13] European Union Agency for Fundamental Rights, *Freedom to Conduct a Business: Exploring The Dimensions of a Fundamental Right*, (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015), 3.

Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı ile Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararları ışığında ele alınacaktır. Zira işverenin girişim özgürlüğü karşısında işçilerin temel hak ve özgürlüklerinin aşırı ölçüde sınırlandırılması, demokratik bir toplumun dayandığı temel ilkelerin ihlali anlamına gelecektir^[14]. Bu kapsamda öncelikle uluslararası antlaşmalar ve içtihat hukuku doğrultusunda girişim özgürlüğünün tanımı, kapsamı ve sınırları incelenecektir. Akabinde iş hukuku boyutuyla işverenin girişim özgürlüğü ele alınacak, işçilerin temel hakları ile işverenin girişim özgürlüğü arasındaki çatışmada gözetilmesi gereken menfaat dengesi hakkında bilgi verilecektir. AB Temel Haklar Şartı her ne kadar temel hakların korunması ve geliştirilmesini AB düzeyi ile sınırlı olarak ele alsada işçilerin temel haklarının güvence altına alınması küresel bir mesele olduğundan Türk iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından da önem taşımaktadır. Bu nedenle çalışmamızda ABAD'nın konuya ilişkin önemli görülen kararları da ele alınacaktır.

1. GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI VE SINIRLARI

A) GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TANIMI

Türk Dil Kurumu (TDK) Sözlüğünde girişim, “*bir işe girme, teşebbüs*” şeklinde tanımlanmaktadır. Girişim kelimesinin hukuki bir kavram olan girişim özgürlüğü çerçevesinde taşıdığı anlam; İngilizcede “*enterprise*”, Al-mancada “*das Unternehmen*” kelimelerine karşılık gelmektedir. Girişim özgürlüğü (freedom of enterprise), çeşitli uluslararası ve ulusal belgelerde; ekonomik girişim hakkı (right to economic initiative), özel girişim hakkı (right of private initiative), ticaret özgürlüğü (freedom of trade), bir mesleği icra etme özgürlüğü (freedom to pursue an occupation), iş yapma özgürlüğü (freedom to conduct a business) olarak adlandırılmıştır^[15]. Bu

[14] Ali Güzel, “İş Hukukunda “Yetki” ve “Sözleşme”,” *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan*, (Nisan, 2016), 152.

[15] Andrea Usai, “The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order: A New Engine for Deeper and Stronger

doğrultuda girişim özgürlüğü, belirli bir ticari ve ekonomik faaliyeti gerçekleştirmek maksadıyla kişilerin dilediği alanda özel teşebbüsler kurabilmesi, bu teşebbüsü devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın istediği gibi yönetebilmesi ve dilediğinde sona erdirebilmesi özgürlüğüdür^[16]. Girişim özgürlüğü, gerçek veya tüzel kişi hak sahibine dilediği alanda ekonomik faaliyette bulunabilme imkânı verdiğinden, bu özgürlüğün varlığı aynı zamanda herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olmasına bağlıdır^[17]. Aynı şekilde çalışma ve sözleşme hürriyetinin tam olarak sağlanabilmesi de girişim özgürlüğünün varlığını zorunlu kılmaktadır^[18]. Zira irade özerkliğinin bir görünüm biçimi olan sözleşme özgürlüğü, bireylerin özel borç ilişkilerini hukuk düzeninin sınırları içerisinde kalmak kaydıyla, yapacakları sözleşmelerle serbestçe düzenleyebilmeleridir. Dolayısıyla girişim özgürlüğü ile sözleşme özgürlüğünü birbirini tamamlayan iki ayrı temel hak olarak değerlendirmek mümkündür.

B) ULUSLARARASI HUKUKTA GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ

AB Temel Haklar Şartı, topluluk hukuk düzeninde girişim özgürlüğünü

Economic, Social, and Political Integration,” *German Law Journal* 14, no. 9 (Eylül, 2013): 1873.

[16] Nitekim Anayasa Mahkemesine göre de, “Çalışma hürriyetinin bir parçası olan özel teşebbüs hürriyeti de her gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin tercih ettiği alanda iktisadi-ticari faaliyette bulunmak üzere teşebbüs kurabilmesini, dilediği mesleki faaliyete girebilmesini ve faaliyetiyle mesleğini devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın dilediği biçimde yürütebilmesini güvence altına almaktadır”. AYM, E. 2019/48, K. 2019/74, Kt. 19.9.2019, RG.19.11.2019-30593, § 14; AYM, E. 2019/108, K. 2019/101, Kt. 25.12.2019, RG.14.2.2020-31039, § 9. Aynı doğrultuda kararlar için bkz. AYM, E. 2020/11, K. 2023/98, Kt. 18.05.2023, RG.12.09.2023-32307; AYM, E. 2018/85, K. 2022/127, Kt. 26.10.2022, RG.17.03.2023-32135, § 133.

[17] İbrahim Özden Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku - İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, 4. Baskı (İstanbul: Afa, 1998), 259-260.

[18] Umut Güveyi, “Türk Anayasa Mahkemesinin Seçilmiş Kararlarında Girişim Özgürlüğü Üzerine Kısa Bir İnceleme,” *Legal Hukuk Dergisi* 196, (Nisan, 2019): 1575.

açıkça tanıyan ilk yasal bağlayıcı belgedir. Zira Şartın 16. maddesinde “iş yapma (girişim) özgürlüğü” başlığı altında hem girişim hem de sözleşme özgürlüğü düzenlenmiştir. Hüküm oldukça kısa ve muğlak bir şekilde formüle edilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, “*Birlik yasası ile ulusal yasalara ve uygulamalara göre iş kurma ve yapma özgürlüğü kabul edilmiştir*”. Maddenin kabulünden sonra öğretideki hâkim görüş, maddenin işçilerin haklarını zedelemeyecek veya özellikle dramatik bir etki yaratmayacak kadar zayıf terimlerle kaleme alındığı sonucuna varmıştır. Bu itibarla üye devletlerin çoğu, Şartın genel olarak sosyal hakların korunması ile ekonomik menfaatler arasında makul bir denge kurduğunu kabul etmiş görünmektedir^[19].

AB Temel Haklar Şartının 2009 yılında Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesi sonrası yasal olarak bağlayıcı hale gelmesiyle birlikte, bu hak daha belirgin bir rol üstlenmeye başlamıştır. Girişim özgürlüğüne, özellikle Şartta yer alan diğer temel hakları dengelemek ve çeşitli müdahaleci tedbirlerin ölçülülük denetimini desteklemek için sıklıkla başvurulmuştur^[20]. Bu doğrultuda “Avrupa 2020” stratejisinde de girişim özgürlüğüne saygı gösterilmesi gerektiği vurgulanmış ve girişim özgürlüğüne anayasal statü kazandırılarak diğer haklarla aynı seviyeye getirilmesi ve onlara karşı bir denge unsuru olarak hizmet etmesinin sağlanması hedef olarak gösterilmiştir^[21].

Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadına göre iş yapma özgürlüğü; girişim özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü ve serbest rekabet hakkını kapsamına almaktadır. Öte yandan ABAD, 16. maddeyi işçi haklarını dengelemek

[19] Hilary Hogan. “The origins and development of Article 16 of the Charter of fundamental Rights,” *European Law Open*, no. 2 (Kasım, 2023): 762.

[20] European Union Agency for Fundamental Rights, *Freedom to Conduct a Business*, 9.

[21] European Union Agency for Fundamental Rights, *Freedom to Conduct a Business*, 7.

amacıyla da kullanılmaktadır. Divana göre girişim özgürlüğü, AB hukuku ile ulusal yasa ve uygulamalara hâle getirmeksizin kullanılmalıdır^[22]. Şartın 16. maddesi kapsamındaki girişim özgürlüğünün, kimler için ve hangi koşullar altında geçerli olduğu sorusuna yanıt aranmalıdır. Madde-nin başlangıç noktası, bu konuda herhangi bir sınırlama olmaması yönündedir. Bu itibarla girişim özgürlüğü, gerçek kişiler için olduğu kadar tüzel kişiler için de geçerlidir. Peki “bir iş yapma” ifadesinden ne anlaşılması gerekir? Birlik hukuku öğretisinde kural olarak bir veya birkaç kişi tarafından şirket halinde yürütülen her türlü meşru kâr getirici faaliyetin bu kapsamda değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Girişim özgürlüğü bu tür faaliyetlerin tüm yaşam döngüsünü, yani bir şirket kurmaktan, işletmeye, iflas etmeye veya kapatmaya kadar kapsamaktadır^[23].

Girişim özgürlüğünün AB düzeyindeki kapsamı ve içeriğinin belirlenmesi bakımından iki temel husus etkilidir. Bunlardan ilki, Şartın 52. maddesinin ilk fıkrası uyarınca girişim özgürlüğünün mutlak bir hak olmamasıdır. Daha açık bir ifadeyle girişim özgürlüğü, meşru sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu sınırlamalar genel kamu menfaatinin korunması ihtiyacına dayanmaktadır ve AB hukukunun yanı sıra ulusal yasa ve uygulamalarla da uyumlu olmalıdır. Söz konusu sınırlamalar hakkın özüne dokunmamalı veya hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştirmemelidir. İkinci olarak girişim özgürlüğü, Şartta yer alan diğer temel haklar ile dengelenmelidir. Dolayısıyla girişim özgürlüğünün kapsamı, uygulamada genellikle girişim özgürlüğü ile dengelenmesi gereken diğer temel haklarla belirlenir. Bu durum işçilerin temel haklarının yanı sıra ifade özgürlüğü, fikri mülkiyet hakları ve tüketicinin korunması için de geçerlidir^[24].

[22] Usai, “The Freedom to Conduct a Business,” 1869.

[23] European Union Agency for Fundamental Rights, *Freedom to Conduct a Business*, 11.

[24] European Union Agency for Fundamental Rights, *Freedom to Conduct a Business*, 24.

Mahkeme'nin mülkiyet hakkı ve girişim özgürlüğünü 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme tarafından korunan haklar olarak tanıma fırsatı bulduğu ilk karar, 1970 tarihli Internationale Handelsgesellschaft^[25] ile birlikte, topluluk hukuk düzeninde temel hakların yargıç tarafından tanınmasına ilişkin en önde gelen ve en ünlü dava olan 1974 tarihli Nold^[26] kararıdır. İlk defa bu karar ile topluluk hukuku tarafından korunan girişim özgürlüğünün mutlak bir hakkı temsil etmediği, kamu yararı doğrultusunda belirli sınırlamalara tabi olduğu vurgulanmıştır.

Bununla birlikte girişim özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek olarak Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmemektedir. Başka bir ifadeyle girişim özgürlüğünün ihlaline yönelik iddialar AİHS ve Anayasanın ortak koruma alanı dışında kalmaktadır^[27]. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme ile korunan haklar listesini oldukça geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Mahkemenin girişim özgürlüğünün korunmasına ilişkin davalardaki uygulaması son derece dikkat çekici olup, girişim özgürlüğü ile mülkiyet hakkının korunması arasında bir bağlantı kurmaktadır^[28]. Mahkeme'ye göre, "mülkiyet" kavramı somut mallara sahip olmakla sınırlı olmayıp ulusal hukuktaki resmi sınıflandırmaya bağlı değildir. Bu nedenle girişim özgürlüğü, Sözleşmeye ek bir numaralı Protokol'ün mülkiyet hakkının düzenlendiği ilk

[25] ABAD, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, B. No: 11/79, 17/12/1970.

[26] ABAD, *J Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung/Commission of the European Communities*, B. No: 4/73, 14/5/1974.

[27] AYM, *Mustafa Alkanat* [GK], B. No: 2014/4781, 22/6/2015.

[28] Ekaterina M. Yakimova, "Practice of the European Court of Human Rights in Defining the Range of Permissible Restrictions on the Freedom to Conduct a Business," *Law Enforcement Review* 6, no. 1 (Mart, 2012), 206.

maddesine tabidir^[29]. Görüldüğü üzere AİHM, belirli durumlarda girişim özgürlüğünü mülkiyet hakkı^[30] ve ticari ifade özgürlüğü çerçevesinde ele alarak ilgili başvuruları değerlendirebilmektedir^[31]. Ayrıca AİHM, özellikle kâr elde etmek amacıyla bir girişimde bulunmanın önünde önemli engeller bulunduğu durumlarda AİHS'nin kardeş belgesi olan Avrupa Sosyal Şartı'nın çalışma hakkını, daha açık bir ifadeyle hayatını serbestçe girdiği bir işte kazanma hakkını düzenleyen 1. maddesine başvurabilmektedir^[32].

Girişim özgürlüğü her ne kadar uluslararası alanda tanınan haklar arasında nispeten yeni olsa da bazı AB üye devletlerinin bu özgürlüğü tanıyan ulusal mevzuatı oldukça eskilere dayanabilmektedir. Devletlerin çoğu girişim özgürlüğünü genellikle ülkelerin parlamenter demokrasiye geçiş sürecinin veya serbest piyasa ekonomisine dönüşün bir parçası olarak hukuk sistemlerine dahil etmiştir. Bu durum 1940'ların sonunda Almanya ve İtalya'da, 1970'lerde Yunanistan, Portekiz ve İspanya'da ve 1990'larda Orta ve Güneydoğu Avrupa ülkelerinde yaşanmıştır. Girişim özgürlüğü, Alman hukukunda da Anayasanın 12. maddesi ile Meslek Özgürlüğü (Berufsfreiheit) başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, *"Bütün Almanlar mesleklerini, iş ve eğitim yerlerini serbestçe seçme hakkına sahiptir. Mesleğin icrası, yasayla veya bir yasaya dayanarak düzenlenebilir. Hiç kimse, öteden beri genel ve herkes için eşit olan bir kamu hizmet yükümlülüğünün çerçevesi dışın-*

[29] AİHM, *Oklešen ve Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P./Slovenya* [BD], B. No: 35264/04, 30/11/2010; AİHM, *Sovtransavto Holding/Ukrayna* [BD], B. No: 48553/99, 25/07/2002.

[30] AYM, Emin Göktaş [GK], B. No: 2018/37187, 29/6/2022.

[31] AİHM, *Krone Verlag GmbH & Co. KG/Avusturya* [BD], B. No: 39069/97, 11/12/2003; AİHM, *Casado Coca/İspanya* [BD], B. No: 15450/89, 24/2/1994; AİHM, *Barthold/Almanya* [BD], B. No: 8734/79, 25/3/1985. Ayrıca bkz. AİHM, *Anheuser Busch/Portekiz* [BD], B. No: 73049/01, 11/1/2007, § 72; AİHM, *Ghigo/Malta* [BD], B. No: 31122/05, 26/9/2006, § 50.

[32] European Union Agency for Fundamental Rights, *Freedom to Conduct a Business*, 10.

da bir iş yapmaya zorlanamaz. Zorla çalıştırma ancak mahkemece verilmiş özgürlüğü kısıtlayıcı bir ceza dolayısıyla olanaklıdır.” Alman Anayasasının 12. maddesi ile güvence altına alınan meslek özgürlüğü; mesleğini seçme ve icra etme özgürlüğü olarak ikiye ayrılmakta ve yalnızca meslek seçme özgürlüğü mutlak bir hak olarak korunmaktadır. İşverenin işçinin işten çıkarılması sonucunu doğuracak tüm kararları ise mesleğin icrası kapsamında değerlendirilmekte ve işverenin bu kararları meşru gerekçelerle sınırlandırılabilir.^[33] Dolayısıyla meslek özgürlüğü, Alman iş hukukunun tamamı bakımından önem arz eden anayasal bir temel normdur.

C) ULUSAL HUKUKTA GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ

Girişim özgürlüğü ilk kez 1961 Anayasasının “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” başlıklı üçüncü bölümünde yer alan ve “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlığını taşıyan 40. maddesi ile düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, *“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Kanun, bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”* Madde başlığı çalışma ve sözleşme hürriyeti olmakla birlikte, maddede birden fazla hürriyet düzenlenmiştir. Buna göre birinci fıkranın ilk cümlesi çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenlerken, ikinci cümlesi girişim özgürlüğünü güvence altına almaktadır.

1982 Anayasası da girişim özgürlüğünü 1961 Anayasası ile örtüşür biçimde, “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlığını taşıyan 48. maddesi ile düzenlemiştir. Buna göre, *“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin*

[33] Mustafa Alp, “Die Unternehmerische Entscheidungsfreiheit trotz eines Kündigungsschutzes,” içinde *Prof. Dr. Nuri Çelike Armağan*, ed. Prof. Dr. H. Fehim Üçışık (İstanbul: Beta, 2001), 1039.

milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

İçeriği büyük oranda örtüşen maddeler arasındaki tek farklılık, 1982 Anayasasının 48. maddesinde bu hakkın sınırlandırılabilmesine ilişkin özel sınırlama nedenlerine yer verilmemiş olmasıdır. Ayrıca 2001 yılı Anayasa değişikliği ile Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen ve tüm temel hak ve özgürlükler için haklı bir sınırlama nedeni olarak kullanılabilen genel sınırlama nedenleri de kaldırılmıştır. 2001 yılı Anayasa değişikliği ile AY madde 13 sınırlama hükmü olmaktan çıkarılarak, sınırlamanın sınırı yani güvence maddesine dönüştürülmüştür.

Hal böyle olunca, hakkında herhangi bir özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilirliği meselesi de öğretilerde tartışılır hale gelmiştir. Konuya ilişkin olarak öğretilerde ileri sürülen bir görüşe göre 2001 yılı Anayasa değişikliği sonrasında hakkında herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörülmemiş olan özgürlükler tamamıyla sınırsız bir nitelik kazanmıştır^[34]. Öğretilerdeki hâkim görüşe göre ise her özgürlüğün tabiatından kaynaklı objektif bir sınırının var olduğu kabul edilmelidir^[35]. Anayasa Mahkemesi kararlarında da özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlükler bakımından o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu, ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin, temel hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir^[36]. Anayasa Mahkemesi, eski tarihli

[34] Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme),” *Ankara Barosu Dergisi* 59, no. 4 (2001), 64.

[35] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 23. Baskı (Ankara: Yetkin, 2023), 110.

[36] “Anayasa Mahkemesi kararlarında da özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlükler bakımından o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu,

kararlarında ise madde gerekçesinden yola çıkarak birtakım özel sınırlama nedenleri üretmeye çalışmıştır. Mahkemenin konuya ilişkin bir kararında; Anayasa'nın 48. maddesinin ilk fıkrasının gerekçesinde, *“Hürriyet temelinde dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti olunması tabiidir. Ancak, bu hürriyetler, kamu yararı amacı ile ve kanunla sınırlandırılabilir.”* demek suretiyle özel bir sınırlama nedeni üretmeye çalışmıştır^[37].

Öğretide Sağlam tarafından iş hukuku bakımından yapılan bir değerlendirmeye göre de iş hukukunun işçiyi koruyucu düzenlemelerine aykırı bir iş sözleşmesinin işçilerin temel hakları ile çatışma içinde olması halinde, girişim özgürlüğüne yönelik sınırlamaların anayasal sınır kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira böyle bir sözleşmenin geçersizliğini sağlamak için sözleşme ve girişim özgürlüğü ile ilgili maddede, basit ya da nitelikli bir yasa kaydının yahut özel bir sınırlama nedeninin yer almasına gerek yoktur^[38].

Anayasa Mahkemesi eski tarihli bir kararında ise girişim özgürlüğüne ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur^[39]: *“Anayasa'nın 2. maddesinde açıklandığı gibi, Türkiye Cumhuriyeti, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan ... demokratik, ... sosyal bir hukuk devletidir. Demokratik sosyal hukuk devleti; insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge*

ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin temel hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir.” AYM, E. 2013/95, K. 2014/176, Kt. 13.11.2014, RG.13.3.2015-29294; AYM, E. 2020/73, K. 2023/181, Kt. 26.10.2023, RG.22.12.2023-32407, § 17.

[37] AYM, E. 2003/70, K. 2005/14, Kt. 14.3.2005, RG.26.4.2005-25797.

[38] Fazıl Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları,” *Anayasa Yargısı Dergisi* 1, no. 18 (Haziran, 2002), 6.

[39] AYM, E. 1963/336, K. 1967/29, Kt. 26-27/9/1967, RG.19.10.1968-13031.

kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadî ve malî tedbirler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve millî gelirin, adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu, devam ettirmeğe kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet demektir.

İşvereni bir yana bırakarak, sadece işçinin çıkarları ile uğraşmak, işçileri ele alıp özel teşebbüsü ihmal etmek Anayasa'nın yapısına, adaletli hukuk düzeni kavramına uymaz. Nitekim Anayasa, 41. ve onu izleyen maddeleriyle çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için gerekli tedbirleri almakla devleti ödevli kıldığı gibi 40. maddesiyle de herkesi dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hürriyetlerine sahip kılmakta, vatandaşın iktisat alanında teşebbüs sahibi olmak hakkını temel haklardan saymakta ve böylece özel teşebbüslerin kurulmasını serbest bırakmakta, devleti, özel teşebbüslerin, millî iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirler almakla da ödevli kılmaktadır.

Görülüyor ki Anayasa, devleti, iş verenle işçi arasında ekonomik ve sosyal bir denge kurmak, sermayenin emeği ve emeğin sermayeyi sömürmesini, bu iki varlıktan birinin ötekini önleyici tedbirleri almakla yükümlü tutmuştur". Mahkemeye göre temel bir hak olan girişim özgürlüğü, sosyal hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Dolayısıyla işçi haklarını korumakla görevli olan devletin aynı zamanda girişim özgürlüğünü de koruması gerekir. Başka bir deyişle devletin işçi ve işveren arasında ekonomik ve sosyal denge kurma görevi bulunmaktadır.

II. İŞ HUKUKU BOYUTUYLA GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ

Girişim özgürlüğünün iş hukukuna yansımaları, daha ziyade işverenin iş-

letmesel karar alma özgürlüğü şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Nitekim işveren, sermaye ve diğer üretim araçlarının maliki olarak, girişim özgürlüğü kapsamında kurduğu işletmesinde genel bir yönetim yetkisine sahiptir^[40]. İşverenin işletme riskini üstlenmiş olması da işletmenin başarısı ve geleceği için işletme üzerinde karar alma hakkına sahip olmasını meşru kılmaktadır^[41]. İşletmesel karar, işverenin işletmesi ile ilgili hususlarda karar alma ve bu kararların kapsamını belirleme hak ve özgürlüğüdür^[42]. Federal İş Mahkemesi'ne (Bundesarbeitsgericht-BAG) göre de işverenin kendi işletmesinde aldığı her türlü karar, kelimenin tam anlamıyla bir işletmesel karardır. İşletmesel karar işverenin işletmesi ile ilgili ekonomik, teknolojik, üretim ve yatırıma ilişkin verdiği her türlü karardır^[43]. Genel anlamdaki bu karar alma yetkisi, ekonomik ve mali nitelikte olabileceği gibi işletmenin teknik açıdan organizasyonu ve yönetimiyle ilgili de olabilir. Örneğin: İşletmenin satış bölgelerinin, satın alma politikalarının ve finansman yöntemlerinin değiştirilmesine ilişkin kararları. Yine bu kapsamda işletmenin tamamının veya bazı bölümlerinin kapatılması, birleştirilmesi, taşınması, işletme faaliyetlerinin sınırlandırılması, teknik amacın değiştirilmesi, bazı faaliyetlerin yürütümünde dış kaynak kullanımına gidilmesi, belirli pozisyonların kaldırılması, çalışma sürelerinin, saatlerinin ve yöntemlerinin değiştirilmesi gibi işletme içinde alınan her türlü karar işletmesel karar sayılmaktadır. Görüldüğü üzere işletmesel karar, kullanıldığı bağlama göre içeriği değişebilen, oldukça geniş ve bünyesinde bir o kadar da belirsizlik

[40] Güzel, "Yetki ve Sözleşme," 164.

[41] Murat Engin, *İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi*, 1. Baskı (İstanbul: Beta, 2003), 5.

[42] Mehtap Yücel Bodur, "İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü," *İş ve Hayat 1*, no.2 (Ağustos, 2015), 139.

[43] Alp, "Unternehmerische Entscheidungsfreiheit," 996.

barındıran bir kavramdır^[44].

İşletmesel karar kavramının sınırları çizilirken birtakım güçlüklerle karşılaşılacaktır. Zira işletmesel karar alma özgürlüğü, işverenin yönetim hakkının iki ayağından biridir. Diğeri ise işverenin işçilere talimat verme hakkıdır. İşverenin işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına yönelik talimat verme hakkının hukuki dayanağı iş sözleşmesidir. Buna karşılık işletmesel karar alma hakkı, işverenin anayasal değerdeki girişim özgürlüğünün bir sonucu olup, kural olarak yargı denetimi dışında kalmaktadır. Zira işverenin karar alma özgürlüğü, işletmesinin ekonomik geleceğine yönelik kararlar alabilmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla işverenin ekonomik açıdan ne derece yerinde kararlar aldığı denetlenemez. Buna karşın işverenin işletmesel kararları yalnızca işletmenin ekonomik geleceğini etkilemez; çoğu zaman işçiler üzerinde de kaçınılmaz etkilere sahiptir. İş hukuku, işverenin sahip olduğu yetkilerin kullanımını, işçileri korumak amacıyla sınırlandırmaya önem vermektedir. İşverenin ekonomik tercihlerinin işçilerin hukuki durumunu etkilediği durumlarda, bu kararların işçiler üzerindeki etkilerinin yargıç tarafından denetlenmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, işletmesel kararın yerindeliği değil, bu kararın işçiler ve dolayısıyla iş sözleşmesi üzerindeki sonuçları yargı denetimine tabi olacaktır^[45]. Alman hukukunda da işletmesel kararlar, amaca uygunluk ve yerindelik yönünden yargı denetimi dışında tutulmakta ancak nesnel ve akla uygun olmayan, keyfi ve hakkın kötüye kullanımı oluşturan işletme gereklerine dayalı fesihlerde, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmektedir^[46]. Bunlara ilaveten, iş sözleşmesi süresince işverenin tek tarafı aldığı kararlar ile işçiler üzerinde doğrudan hukuki etkiye sahip işlemler yapabilmesi anlamındaki yönetim yetkisi, yargı denetimine

[44] Alp, "Unternehmerische Entscheidungsfreiheit," 996; Güzel, "Yetki ve Sözleşme," 164.

[45] Güzel, "Yetki ve Sözleşme," 165.

[46] Yücel Bodur, "İşletmesel Karar," 151.

tabidir. Zira kaynağı iş sözleşmesi olan yönetim yetkisi, işçinin iradesi ölçüsünde ve sınırıyla hukuki meşruiyet kazanmaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesi, yönetim yetkisinin hem kaynağını hem de sınırını belirleyen bir işlev üstlenmektedir.

İş ilişkisinde işçi ve işverenin menfaatlerinin en keskin biçimde çatıştığı an, kuşkusuz, iş sözleşmesinin feshi anıdır^[47]. İşveren girişim özgürlüğü gereği, işletmenin menfaati uyarınca istihdam edeceği işçileri ve sayısını, ihtiyaç duyduğu işgücüne uygun olarak belirleme hakkına sahiptir. Aksi yönde bir yaklaşım, işverenin sözleşmeyle sınırsız bir süre ile bağlı kalmayı kabul etmesi anlamına gelecektir; bu durum ise girişim ve sözleşme özgürlüğüne aykırı olacaktır. Zira sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma ve içeriğini belirleme özgürlüğünün yanı sıra, sona erdirmeye özgürlüğünü de içerir. Ancak işverenin bu konudaki hakkı sınırsız değildir. İşverenin söz konusu menfaati karşısında, işçinin anayasal çalışma hakkı, yani iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması yönünde korunmaya değer menfaati yer alır. Burada sözü edilen sadece ekonomik menfaat olmayıp, yine anayasa ile güvence altına alınan işçinin kişiliğini, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının korunmasıdır. Aynı şekilde işçinin feshe karşı korunması, sosyal devlet ilkesinin hayata geçirilerek somutlaştırıldığı en temel alanlardan biridir^[48]. Görüldüğü üzere iş hukukunda işletme çatısı altında karşı karşıya gelen menfaatler dikkate alındığında, işletme menfaati karşısında işçilerin hak ve özgürlüklerinin korunması gerekliliği çarpıcı bir gerçek olarak ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda işverenin tek taraflı olarak iş sözleşmesini fesih yetkisine bazı sınırlamalar getirmek üzere geniş anlamda iş güvencesi hükümleri kabul edilmiştir. Geniş anlamda iş güvencesi, ihbar süreleri de dahil olmak üzere işverenin iş ilişkisini sona erdirmeye hakkına getirilen herhangi bir kısıtlama olarak ifade edilebilir. Ancak dar an-

[47] Deniz Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 1. Baskı (İstanbul: Beta, 2019), 462.

[48] Süzek, *İş Hukuku*, 571.

lamda iş güvencesi, işverenin fesih hakkının içeriğine getirilen bir kısıtlama olarak anlaşılmaktadır^[49]. Ayrıca işverenin yetkilerinin sınırlandırılması noktasında yargıcın, işletmede verimlilik adına alınan ancak işçilerin çok fazla özveride bulunması zorunluluğunu doğuran kararları geçersiz sayabileceği kabul edilmiştir^[50]. Nitekim fesih hakkının herhangi bir sınırlamaya veya koşula bağlı olmaksızın işveren tarafından kullanılabilmesinin kabul edilmesi, işverene kişisel/hukuki bağımlılığı bulunan işçinin temel haklarının ihlaline yol açabilecektir. Böylece ölçülülük ve pratik uyum ilkesi uyarınca çatışan her iki temel hakka (girişim özgürlüğü-çalışma hakkı) ayrı ayrı optimum etki tanınarak, bunlardan biri özüne dokunacak ölçüde sınırlandırılmamış ve söz konusu denge sağlanmış olur.

Öte yandan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin bazı kararlarında işletmesel karar kavramı şu şekilde tanımlanmaktadır: “İşveren amaç ve içeriği belirlemede serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında olabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır^[51]”. Buna karşılık öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere, iş sözleşmesinin feshi işletmesel karar niteliğinde olmayıp, işletmesel kararın gerçekleşmesini sağlamak üzere uygulanan bir işletmesel tedbirdir^[52]. Federal İş Mahkemesi de, Alman Feshe Karşı Koruma Yasası (Kündigungsschutzgesetz - KSchG) anlamında işveren tarafından iş sözleşmesinin feshinin işletmesel karar olmadığını,

[49] Thomas Dullinger, “Die Judikatur des EGMR als Grundlage eines (umfassenden) individuellen Kündigungsschutzes,” içinde *Arbeitsrecht als Richterrecht?*, ed. Carmen Freyler ve Stephan Gräf (Baden Baden: Nomos, 2023), 152.

[50] Ugan Çatalkaya, *Ölçülülük*, 133.

[51] Yargıtay 9. Daire, E. 2010/2290, K. 2010/4202, 22.2.2010.

[52] Muhittin Astarlı, “Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi,” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 5, no. 17 (Mart, 2010), 83; Yücel Bodur, *İşletmesel Karar*, 146.

aksi takdirde feshe karşı korumanın geçersiz olacağını vurgulamaktadır. Anılan düzenlemeler istihdamı korumak amacıyla girişimcinin karar alma özgürlüğünü sınırlamaya yönelik bir müdahaledir. Ancak girişim özgürlüğü, yasama veya yargı müdahalesi ile tamamen ortadan da kaldırılamaz.

Bugün ayrıntılı ve açık bir gerekçe göstermeden işverenin karar alma özgürlüğüne sahip olduğu tartışmasız kabul görmekle birlikte, uygulamada mahkemelerin denetleyebileceği yani işçiye güvence getirilen hususlarla, mahkemelerin denetimi dışında kalan yani karar alma özgürlüğünün bulunduğu hususlar arasındaki sınır hala tam bir kesinlikle çizilememektedir. İş hukuku mevzuatı tarafından işçilerin temel haklarına yönelik olarak garanti edilen korumanın derecesi ne kadar yüksek olursa, işverenin girişim özgürlüğünü sınırlayan düzenlemelerin kabul edilmesinin haklılaştırılması da o derece kolaylaşacaktır. Zira hakların en azından temel içerikleri bakımından garanti altına alınması gerekirken, yetkiler de buna uygun olarak sınırlandırılmalıdır^[53].

III. TEMEL HAKLAR ARASINDAKİ ÇATIŞMANIN ÇÖZÜLMESİNDE MAHKEMELERİN ROLÜ

Anayasal temel hakların özel hukuk ilişkilerine (yatay ilişkilere) etkisi teorisinin bir sonucu olarak işçilerin temel haklarının korunmasında yargı organlarına önemli görevler düşmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Federal Anayasa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları temel hakların anlamı, içeriği ve kapsamının belirlenmesinde yardımcı bir yorum aracıdır. Yine iş hukukunun temel sorunlarına uluslararası hukuk düzeyinde bağlayıcı şekilde açıklık getirme rolü AIHM'ne verilmiştir. Avrupa Konseyi'ne üye olup da Sözleşmeyi

[53] Stefano Guibonni, "Freedom to Conduct a Business and EU Labour Law," *European Constitutional Law Review* 14, no. 1 (2018), 180.

onaylayan her devletin AİHS’nde belirtilen hakları uygulamada sağlayıp sağlamadıkları yargısal denetime tabi tutulmaktadır. Bu doğrultuda Sözleşmenin en dikkat çeken yönü, taraf devletler üzerindeki güçlü hukuki etkisi ve uluslararası güvence sistemidir. İşte böyle uluslararası düzeyde yürütülen bir mücadelenin temel göstergesi, uluslararası hukukun bu alanda bağlayıcı nitelikte kaynaklara yer vermiş olmasıdır. AİHS’nde düzenlenen ve dolaylı etkisi kabul edilen temel haklar, kararlarının bağlayıcı olması dolayısıyla etkin ve güçlü bir konuma sahiptir. Avrupa Birliği hukukunun yargı organı olan ABAD da AİHM’ne benzer şekilde üye devletler bakımından bağlayıcı nitelikte karar verebilmektedir.

Çok taraflı hukuki ilişkilerde, bir taraftaki temel hak kazanımının kaçınılmaz olarak diğer tarafta temel hak kaybına yol açtığı, dolayısıyla özgürlüklerde bir yer değiştirme meydana geldiği doğrudur. İşte sosyal hukuk devleti olmanın gereklerinden biri de birbiriyle çatışan bu özgürlük kullanımlarını dengelemektir. Çatışma, aynı değerleri koruduğunu iddia eden iki düzen ya da temel hakkın, bu değerlerin gerçekte ne olduğu konusunda farklı görüşlere sahip olması ve böylelikle farklı dengeler gözetilmesi ihtiyacının doğması durumunda söz konusu olmaktadır^[54]. İş hukukunda çatışan menfaatler arasındaki adil dengenin nasıl sağlanacağı sorusu, bugünlerde bir kez daha öğretinin odağında yer almaktadır. Temel hakların her biri aynı seviyede kabul edildiğinden bu haklar arasında ortaya çıkabilecek herhangi bir çatışma makul bir denge gözetilerek çözümlenmelidir^[55]. Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht-BVerfG) de yasama organının iş ilişkilerini düzenlerken her daim işveren ve işçinin temel hakları arasında adil bir denge kurması gerektiğini vurgulamaktadır^[56]. Bu koruma görevi, temel hakların tüm devlet muhatapları,

[54] Klatt, *Die praktische Konkordanz*, 6.

[55] Usai, “The Freedom to Conduct a Business,” 1885.

[56] BVerfG 29.12.2004 - 1 BvR 2582/03, 2283/03, 2504/03, NZA 2005, 153-155.

dolayısıyla yasama organına ek olarak yürütme ve yargı organları aracılığıyla da yerine getirilmelidir.

Çatışan çıkarların tespiti ve bunlar arasında adil denge kurulması faaliyeti, öncelikle ilk derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluğundadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre de^[57], “Çatışan çıkarların belirlenmesi, doğru dengenin kurulması ve müdahalelerin işverenin meşru amacıyla ölçülü olup olmadığının tespiti öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. Olayın tüm tarafları ile doğrudan temas hâlinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu da tartışmasızdır. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin tarafların sınırlanan hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerin hukukiliğini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 22. maddesindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin görevi, sözleşmelerin fesih nedeninin oluşup oluşmadığını değerlendirmek ve bunların uygulanması hususunda derece mahkemelerinin yerini almak olmayıp kamusal makamların takdir hakları kapsamında aldıkları kararları, özel hayata saygı hakkı ile haberleşme hürriyeti bağlamındaki güvenceler açısından değerlendirmektir”.

Esasen ilk derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluğunda olan çatışan çıkarların tespiti ve bunlar arasında adil denge kurulması faaliyeti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen denetim ölçütleri ile desteklenmektedir. Zira karşı karşıya gelen menfaatlerin birlikte var olabilmesi için gerekli sınırlamanın ölçüsü tam olarak belli olmadığı gibi çatışan menfaatler de her somut olayın özelliğine göre değişkenlik göstermektedir. İşte bu değişken karşılıklı menfaatler arasında-

[57] Ömür Kara ve Onursal Özbek Başvurusu, B. No: 2013/4825, 24.03.2016, § 55.

ki denge arayışı iş hukukunda pratik uyuşum ve ölçülülük ilkelerinin gelişimine katkı sağlamıştır. Bu kapsamda işverenin Anayasa'nın 48. maddesi ile güvenceye kavuşturulmuş girişim özgürlüğü ile işçilerin temel hakları, hukukun üstünlüğü ilkesinden türetilen *ölçülülük ilkesi* (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) doğrultusunda değerlendirilmelidir^[58]. Zira asli olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan ölçülülük ilkesi, anayasal düzeyde korunan iki hak arasındaki çatışmanın dengelenmesinde bir yorum ilkesi olarak da kullanılmaktadır^[59]. Yine bu kapsamda, çatışan karşılıklı temel hak ve özgürlükler *Konrad Hesse* tarafından geliştirilen pratik uyuşum ilkesi (*Grundsatz der Praktische Konkordanz*) uyarınca dengelenir ve bunların oranlı bir düzen (*Verhältnismäßige Zuordnung*) içinde bir arada var olması sağlanır^[60]. Bu ilke uyarınca, bir temel hakkın başka bir temel hak ya da anayasanın koruduğu başka bir hukuki değerle çatışması halinde, öyle bir çözüm bulunmalıdır ki her bir temel hak varlık ve etkilerini optimal düzeyde korusun^[61]. Dolayısıyla Anayasa yer alan bir temel hak ve özgürlük, nesnel sınırları yanında, yine aynı anayasada güvence altına alınmış başka temel hak ve özgürlük alanıyla çatıştığı oranda, pratik uyuşum ilkesinin sonucu olarak, yasal sınırlamadan bağımsız ayrı

[58] Christian Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği,” *Anayasa Yargısı Dergisi* 10, (1993), 44; Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 1. Baskı (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982), 118; ErfK/Schmidt GG Einl. Rn. 26.

[59] Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi – Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, 1. Baskı (Ankara: Seçkin, 2002), 141; Gaye Burcu Yıldız, “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı 15*, (Temmuz, 2013), 682; Ugan Çatalkaya, *Ölçülülük*, 271.

[60] Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 10. Auflage. (Heidelberg-Karlsruhe: C. F. Müller Juristischer, 1977), 134, § 318; Rumpf, *Ölçülülük*, 45.

[61] Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması*, 136; Metin, *Ölçülülük İlkesi*, 195; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II*, 2. Baskı (Bursa: Ekin, 2020), 550; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 114-119.

bir sınırlamaya maruz kalmaktadır^[62]. Böylece temel haklar, toplumun, kişinin ve özelde de kişinin hak ve özgürlüğüne yönelik çok yönlü tehditlere karşı koyma işlevi görür^[63].

Çatışan hak ve menfaatlerin tartılması, davanın ayrıntılarının dikkate alınmasını gerektirir; bu da menfaatlerin tartılması için genel bir kural olmadığı anlamına gelir. Bu anlamda, bir temel hakkın sınırlandırılmasına veya önceliğine ilişkin ispat yükü her bir davanın ayrıntılarına bağlıdır. Zira temel haklara yapılan her müdahale, kendi başına anayasaya aykırı değildir; bu müdahalenin meşru bir amacı gerçekleştirmeye yönelik olması gerekir^[64]. Çatışan temel hak menfaatlerinin dengelenmesi ise esasen ölçülülük ilkesi ile sağlanır. Bu nedenle tüm ülkeler bakımından yoğun tartışmalara neden olan bu sorunun çözümü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından geliştirilen temel haklara uygunluk denetim usullerinden yararlanılması halinde mümkün olabilecektir.

A) AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN DENETİM USULÜ

1. Genel Olarak

AİHS’nde yer alan haklar esasen, imzacı devletleri belirli bir müdahaleden kaçınmakla yükümlü kılan, başka bir ifadeyle devlete yönelik savunma hakları olarak anlaşılabilir. Ancak AİHS’nin ilk maddesi ile amacı birlikte değerlendirildiğinde, taraf devletlerin aynı zamanda belirli eylemlerde bulunmakla yükümlü kılınarak kendilerine koruma ve yerine getirme görevi yüklendiği sonucuna da varılabilecektir. Sözleşmenin ilk maddesine göre, *“Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu*

[62] Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliği,” 4.

[63] ErfK/Schmidt GG Einl. Rn. 2.

[64] Mateos Durán, *Grundrechten*, 35.

Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar". Madde metninden de anlaşıldığı üzere taraf devletler, koruma yükümlülüklerinin bir parçası olarak, işçileri işverenler tarafından sözleşme haklarının ihlaline karşı korumakla yükümlüdürler. Sözleşmeye taraf devletler, işçilerin temel haklarına yönelen müdahalenin hukuka uygunluğunun incelenmesi amacıyla uygun usuller oluşturmakla yükümlüdürler. Kaçınma yükümlülüğü açısından yapılacak değerlendirmelerde, müdahalenin yasal bir dayanağının bulunup bulunmadığı, belirtilen meşru amaçlardan birinin izlenip izlenmediği ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı incelenmelidir. Koruma ve yerine getirme görevi açısından ise AİHM, ilgili menfaatler arasında adil denge kurulup kurulmadığını bazı kararlarında oldukça serbest bir şekilde incelemektedir^[65].

Mahkeme, sosyal tarafların müdahalelerinden kaynaklanan temel hak ihlallerini inceleme yetkisini ise kamu otoritelerinin üzerine düşen görevleri yerine getirmemesi nedeniyle devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde almaktadır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, taraf devletlerin pozitif yükümlülüğünün, sırf bir kişinin Sözleşmenin maddelerini ihlal etmesi nedeniyle devlet aleyhine hüküm verilmesine yol açmadığıdır. Devletin üçüncü kişiler arasındaki ilişkilerde Sözleşme haklarının ihlalinin sorumlu tutulması, devletin, hukuken veya fiilen kişilerin haklarının ihlal edilmesini önleyememesi ya da faillerin cezalandırılmasını mümkün kılmamasından kaynaklanmaktadır^[66]. Konuya ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede AİHM, "*Müdahale doğrudan Devlet'e atfedilemeyeceğinden, Mahkeme, Devlet makamlarının 9. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini; başka bir deyişle, Bayan Eweida'nın dinini özgürce açıklama hakkının iç hukuk düzeninde yeterince güvence al-*

[65] Dullinger, "EGMR," 156.

[66] Evra Çetin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, 1. Baskı (İstanbul: Onikilevha, 2015), 91.

tına alınıp alınmadığını ve kendisinin ve diğerlerinin hakları arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını incelemelidir. Çok sayıda Sözleşmeci Devlet ile ortak olarak (bkz. yukarıdaki 47. paragraf), Birleşik Krallık'ta işyerinde dini kıyafet ve sembollerin giyilmesini özel olarak düzenleyen yasal hükümler bulunmamaktadır. Bayan Eweida, 2003 Yönetmeliğinin 3. düzenlemesine aykırı olarak doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapıldığı gerekçesiyle tazminat davası açmıştır (bkz. yukarıdaki 41. paragraf). İstihdam Mahkemesi önünde, Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında ayrı veya bağımsız bir talebi değerlendirmek için yetkisi olmadığı kabul edilmiştir. Başvuran, Temyiz Mahkemesi önünde 9. maddeyi ileri sürebilmiş, ancak bu mahkeme, başvuranın 9. madde kapsamındaki haklarına müdahale edilmediğine karar vermiştir. Bununla birlikte, Bayan Eweida'nın davasının yerel mahkemeler ve mahkeme tarafından incelenmesi öncelikle ayrımcı muameleyle ilişkin şikâyet odaklanmış olsa da, British Airways tarafından Bayan Eweida ile ilgili olarak alınan tedbirlerin orantılılığının ve tek tip kuralının meşruiyetinin ayrıntılı olarak incelendiği açıktır. Bu nedenle Mahkeme, iç hukukta özel bir korumanın olmamasının, başvuranın iş yerinde dini bir sembol takarak dinini açığa vurma hakkının yeterince korunmadığı anlamına geldiğini düşünmemektedir.” ifadelerine yer vermiştir. Görüldüğü üzere AİHM ister ulusal hukuktaki mevzuat eksikliğinden ister yürürlükteki mevzuatın uygulanış şekline kaynaklansın, işveren tarafından yapılan uygulamaları, devletin sorumluluğu kapsamında değerlendirmektedir^[67].

AİHM'nin klasik denetim ölçütlerinden yararlanan Anayasa Mahkemesi de konuya ilişkin kararlarında da benzer yönde değerlendirmelerde bulunmaktadır. Mahkemeye göre, “Somut olayda başvurucu, yazdığı dilekçe nedeniyle devlet tarafından değil, çalıştığı Şirket tarafından haklı fesih hükümleri kapsamında işten çıkarılmıştır. İş akdinin feshine ilişkin olarak başvurusunun açtığı dava Yargıtay tarafından reddedilmiştir. Bu bağlamda başvurusunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin kamu otoritelerinin

[67] Çetin, *Çalışanların Hakları*, 88.

müdahalesinden kaynaklandığı söylenemez. Bununla birlikte başvuru konusunun, Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün korunmasında kamu otoritelerinin üzerlerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmemelerinden kaynaklanması durumunda kamu otoritelerin sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu şartlar altında başvuru konusu olayın, Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri bakımından incelenmesi mümkündür. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin görevi, birey ve toplumun yarışan menfaatleri arasında kamu otoritelerinin gözetmesi gereken dengenin adil yapılp yapılmadığını belirlemektir^[68]”.

İhlal iddialarına dayanan başvurularda AİHM, öncelikli olarak söz konusu ihlal iddiasının AİHS kapsamına girip girmediğini, başka bir ifadeyle ihlal iddiasının Sözleşmede düzenlenen bir hak kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemektedir^[69]. Ancak Mahkeme, Sözleşme haklarının içeriği konusunda dinamik bir anlayış benimseyerek AİHS'ni yaşayan bir belge olarak kabul etmektedir. Böylelikle, insan hakları ve temel hakların etkin bir şekilde hayata geçirilmesi sağlanmakta ve Sözleşme yaşamın değişen koşulları karşısında çok daha kolay uyarlanabilmektedir^[70]. Bu tür faaliyetlerin bir sonucu olarak, Sözleşme metni, sürekli yeni bir versiyonunun kabul edilmesine ihtiyaç olmaksızın değiştirilmektedir. Birçok davada AİHM, mevcut olması halinde az veya çok bir Avrupa uzlaşısı tarafından yönlendirilmektedir. Böylelikle kararlarda Birlik hukuku düzenlemelerine, ILO sözleşmelerine ve aynı zamanda Avrupa Sosyal Şartı'na önem verilmektedir. Sözleşme haklarının sadece kâğıt üzerinde var olmayıp etkin bir şekilde korunması gerektiği gerçeğine de özel önem atfedilmektedir. Ancak tüm bu değerlendirmeler yapılırken AİHM'nin Sözleşmeye taraf devletlere düzenli olarak bir takdir

[68] AYM, *İlter Nur* [GK], B. No: 2013/6829, 14/4/2016, § 25.

[69] Çetin, *Çalışanların Hakları*, 104.

[70] Yakimova, “Freedom to Conduct a Business,” 205.

marjı bıraktığı da unutulmamalıdır. Bu sadece bir temel hakka yönelen müdahalenin haklı olup olmadığı sorusuyla değil, her şeyden önce hukuki sonuçlarıyla ilgilidir. Genellikle çok sayıda olası seçeneğin bulunduğu eylem yükümlülükleri (Handlungspflichten) söz konusu olduğunda, bu takdir marjı çok geniş olabilmektedir^[71].

Mahkeme, başvurunun kabul edilebilir ilan edilmesi ve başvuruya konu olayın ilgili hakkın kullanılmasına bir müdahale teşkil ettiği sonucuna varılmasının ardından üç aşamalı bir değerlendirme yapmaktadır. Sözleşme-deki haklara yönelen bir müdahalenin haklı görülmesi, daha açık bir ifadeyle Sözleşmeye aykırılık teşkil etmemesi için yasayla öngörölmüş olması, maddede belirtilen meşru amaçlardan birine dayanılması ve demokratik bir toplumda gerekli olması gerekmektedir. Yasayla öngörölmüş olma şartı müdahalenin yöntemini, meşru amaç sınırlama nedenleri ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ise ölçüsünü ortaya koymaktadır^[72]. Anayasa Mahkemesi de işverenin girişim özgürlüğünün işçilerin temel haklarına uygun kullanılıp kullanılmadığı denetlerken AİHM tarafından geliştirilen ilkelerden yararlanmakta ve öncelikli olarak AİHM'nin klasik denetim ölçütlerine başvurmaktadır.

2. Müdahalenin Yasa ile Öngörölməsi

Bahse konu ilke gereğince temel hak ve özgürlüklere yönelen müdahalenin ulusal yasa ile öngörölmesi yahut ulusal yasaya uygun olması gerekir. Bu kapsamda öncelikle müdahalenin ulusal hukukta bir dayanağı-nın bulunup bulunmadığı incelenmektedir. Ancak Mahkeme söz konusu koşulu geniş yorumlamakta ve devletlerin iç hukuklarında, Sözleşmedeki temel hak ve özgürlükleri düzenleyen mevzuatın şekli anlamda nitelenmesine bakmaksızın, maddi anlamda yasa niteliği taşıyıp taşımadığını dikkate

[71] Dullinger, “EGMR,” 157.

[72] Çetin, *Çalışanların Hakları*, 105.

almaktadır. Başka bir ifadeyle, şeklen yasa niteliği taşımayan hukuki düzenlemeler de, diğer koşulları da taşıması halinde (erişilebilir, öngörülebilir ve kesin olma), yasa ile öngörülme koşulunu gerçekleştirmiş kabul edilebilecektir^[73]. Nitekim Sözleşmenin orijinal metninde yer alan “prescribed by law” ifadesine AİHM’nin yüklediği anlam, Türk hukukundaki “yasa” kavramını aşarak “hukuk” terimiyle karşılanabilecek bir anlama sahiptir. Dolayısıyla AİHM, bir hak veya özgürlüğe müdahale olduğunda öncelikle müdahalenin bir hukuki temelini olup olmadığını denetlemektedir. Bu yaklaşım nedeniyle AİHM’ne göre hukuken öngörülmüş olma ifadesindeki “kanun” ya da “hukuk” ifadesi sadece yazılı hukuku değil, içtihadi hukuku da kapsamaktadır.

Bu doğrultuda Mahkeme, iş hukukunun özel kaynaklarından olan işyeri iç yönetmelikleri ve toplu iş sözleşmelerinin de ulusal iş hukuku kurallarına uygun, ulaşılabilir ve öngörülebilir olmaları halinde yasa ile öngörülme şartının yerine getirildiğini kabul etmektedir. Zira Eweida davasında, iç hukukta özel işyerlerinde dini kıyafet ve aksesuar kullanımına ilişkin genel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak başvurucunun çalıştığı işyerinde konuya ilişkin açıklamalara yer verilen bir kıyafet kodu uygulanmaktadır. Mahkeme, bu davada müdahalenin yasa ile öngörülmesi şartına ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede, kıyafet kodunun hukuken öngörülebilir bir yasal düzenleme olduğunu kabul etmiştir^[74]. Söz konusu başvuruda işveren British Airways, halkla temas halinde olan tüm personelinin üniforma giymesini zorunlu kılmıştır. 2004 yılında işveren, kadınlar için açık yakalı bir bluz içeren ve boyuna sokulabilen veya gevşek bir şekilde bağlanabilen bir kravatla giyilecek yeni bir üniforma tanıtmış ve üniformanın ayrıntılarını belirleyen bir kullanım kılavuzu yayınlamış-

[73] AİHM, *Hasan ve Chaush/Bulgaristan* [BD], B. No: 30985/96, 26/8/2000, § 85

[74] AİHM, *Eweida ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, 15/1/2013.

tır. Kılavuzun “Kadın Aksesuarları” başlıklı bölümüne göre; “Çalışanın zorunlu dini nedenlerle sahip olması gereken herhangi bir aksesuar veya giyim eşyası her zaman *üniformalar* tarafından *örtülmelidir*. Ancak eşyanın niteliği ve giyilme şekli *göz önüne alındığında bunu yapmak mümkün* değilse, *üniforma standartlarına uygunluğu sağlamak için tasarımın uygunluğu* konusunda yerel yönetimden onay alınması (bu onay *üniforma kılavuzunda* zaten yer almıyorsa) gerekir. **Başka hiçbir öğenin *üniformayla birlikte* giyilmesi kabul edilemez. Yukarıdaki düzenlemelere uymayan herhangi bir takı parçasını *çıkarmanız gerekecektir*”.**

AİHM’nin klasik denetim ölçütlerinden yararlanan Anayasa Mahkemesi de önüne gelen başvurularda aynı yönde değerlendirmelerde bulunmaktadır. Mahkemeye göre, “*Bu kapsamda yapılan incelemede iş sözleşmelerinin parçası olarak kabul edilen İş Yeri Temel Yönetmeliği’nin, Bilgi Güvenliği Taahhütnamesi’nin, temel yönetim ilkeleri ve temel davranış kurallarının yer aldığı düzenlemenin, ticari alışveriş yapılan firma ilişkilerine yönelik etik kuralların yer aldığı düzenlemenin, İş Yeri Seyahat Yönetmeliği’nin, İş Yeri Disiplin Yönetmeliği’nin, İş Yeri Personel Yönetmeliği’nin ve İş Yeri Kıyafet Yönetmeliği’nin iş sözleşmesiyle birlikte başvuru sahipleri tarafından her bir sayfasının ayrı ayrı imzalandığı ve böylece iş yerinde huzur ve disiplinin sağlanması amacıyla işveren tarafından hazırlanmış kuralları ve kısıtlamaları içeren tüm genel düzenlemeler hakkında başvuru sahipleri yeterli biçimde bilgilendirildiği anlaşılmaktadır*^[75]”.

AİHM’ne göre hukuk sözünden hem yazılı hukuk hem de hâkimin yarattığı hukuka bağlı kararlar anlaşılmalıdır^[76]. Nitekim Sunday Times kararında AİHM konuya ilişkin olarak şu ifadelerle yer vermiştir: “*Mahkeme, ‘kanunla öngörülen’ ifadesindeki ‘kanun’ kelimesinin sadece kanunları değil*

[75] AYM, *Ömür Kara ve Onursal Özbeke* [GK], B. No: 2013/4825, 24/3/2016, § 66.

[76] AİHM, *The Sunday Times/İngiltere* [BD], B. No: 6538/74, 26/4/1979, § 47.

yazılı olmayan kanunları da kapsadığını gözlemlemektedir. Örf ve adet hukukuna dayanılarak getirilen bir kısıtlamanın, sadece mevzuatta belirtilmediği gerekçesiyle ‘kanunla öngörülmüş’ olmadığına hükmetmek, Sözleşmeyi hazırlayanların niyetine açıkça aykırı olacaktır: bu, Sözleşmeye Taraf olan bir örf ve adet hukuku Devletini m. 10/2 korumasından mahrum bırakacak ve bu Devletin hukuk sisteminin köklerine darbe vuracaktır”. Köpke kararında da işyerinin kamera ile gözetlenmesine ilişkin ulusal yazılı hukukta ve işyeri iç yönetmeliklerinde herhangi özel bir düzenleme bulunmamasına rağmen, iş mahkemesi tarafından temel yasalar da dikkate alınarak, ulusal mahkemelerin konuya ilişkin içtihadının dikkate alınması uygun görülmüştür^[77]. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, hâkimin yarattığı hukuka bağlı kararlar konusunda farklı düşünmektedir. Mahkemeye göre, “AİHM, bir hak veya özgürlüğe müdahale olduğunda öncelikle müdahalenin bir “hukuki temelinin” olup olmadığını denetlemektedir. Başka bir deyişle AİHM, “hukuk” teriminden şekli anlamda kanunu anlamamakta, sınırlamayı yapan hukuki düzenlemenin kaynağına değil düzenlemenin erişilebilir, öngörülebilir ve kesin olma niteliğine bakmaktadır. ... Gerek AİHM’in Leyla Şahin kararı ve gerekse de AİHM’in dayandığı ve Türkiye’de öğrencilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı haline gelen Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 tarihli kararları, Anayasa’nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan “kanunilik şartı”nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemez^[78]”.

Bunlara ilaveten Sözleşme haklarını sınırlamaya yönelik hukuki düzenlemelerin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin yeni tarihli bir kararına göre de, “Bu kapsamda teşebbüs özgürlüğünü sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin

[77] AİHM, Köpke/Almanya [BD], B. No: 420/07, 5/10/2010.

[78] AYM, Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 93, 98.

şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir^[79]”.

Müdahalenin yasa ile öngörülmesi şartı kapsamında yapılan ilk değerlendirme ilgili düzenlemenin ulaşılabilirliğine ilişkindir. Ulaşılabilirlik kavramı, başvuruçuların belirli bir vakada uygulanabilecek hukuki düzenlemeler hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi anlamına gelmektedir. Konuya ilişkin yapılan bir diğer değerlendirme ise ilgili düzenlemenin öngörülebilirliğine ilişkindir. Buna göre bir yasanın yeterli açıklıkta formüle edilmesi, kaleme alınması halinde öngörülebilir olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla ulusal hukuk, hangi koşullar altında Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklere müdahale edilebileceğini açık ve net bir şekilde ortaya koymalıdır. AİHM ayrıca öngörülebilirlik seviyesine ilişkin olarak, “söz konusu düzenlemenin içeriği”, “düzenlemenin konusu” ve “nicelik ve nitelik bakımından kapsadığı kişiler”in özel önem taşıyan unsurlar olduğunu kabul etmektedir^[80]. Buna karşılık Mahkeme’ye göre, uygulanacak hukuk kurallarının belirgin olması arzu edilmekle birlikte, bu durum aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir; oysa hukuk, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle, birçok yasa az ya da çok, kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilir; bunların yorumu ve uygulanması, hukuk teamülüne ilişkin bir sorundur^[81].

Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklere yönelen müdahalenin yasa ile öngörülmüş olma incelemesinden geçememesi halinde, bir sonraki aşamaya geçilmeksizin doğrudan Sözleşmenin ihlal edildiğine karar

[79] AYM, E. 2022/146, K. 2023/31, Kt. 16.2.2023, RG.12.05.2023-32188, § 12.

[80] Çetin, *Çalışanların Hakları*, 108.

[81] AİHM, *The Sunday Times/İngiltere* [BD], B. No: 6538/74, 26/4/1979, § 49; AİHM, *Kayası/Türkiye* [BD], B. No: 64119/00, 76292/01, 13/11/2008, § 83.

verilmektedir.

3. Müdahalenin Meşru Bir Amaca Dayanması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, müdahalenin meşru bir amaca dayanıp dayanmadığına ilişkin değerlendirmesinde, müdahalenin ilgili maddede belirlenen sınırlama nedenlerinden birine dayanıp dayanmadığını denetlemektedir. Sözleşmede yer alan haklar bakımından geçerli sınırlama nedenleri, başka bir ifadeyle meşru amaçlar, her maddenin ikinci fıkrasında açık ve sınırlı sayım yöntemiyle belirlenmiştir. İlgili taraf devlet tarafından, davaya konu müdahalenin dayandığı meşru amacın açıkça belirtilmediği durumlarda dahi Mahkeme, müdahalenin ilgili maddenin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçlardan birine dayandığını resen tespit edebilmektedir. Öte yandan yapılan müdahale birden fazla meşru amaç güdebilir. Ancak en az bir meşru amaç gütmeyen müdahale, bu aşamadan geçemeyecektir.

İşçilerin temel hakları bakımından önem taşıyan AIHS'nin 8 ila 11. maddelerinde yer alan sınırlama nedenleri şu şekildedir: Milli güvenliğin korunması, kamu güvenliğinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, kamu düzeninin sağlanması, sağlığın veya ahlakın korunması, ülkenin ekonomik refahı ve düzeninin korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi ve yargı organlarının tarafsızlığının güvence altına alınması. Mahkeme, girişim özgürlüğünü daha ziyade mülkiyet hakkı çerçevesinde ele aldığından, işverenin girişim özgürlüğünün kamu yararı meşru amacıyla sınırlandırılabilceği kabul edilmelidir. Zira Anayasa Mahkemesi'ne göre de, *“Çalışma, sözleşme yapma ve teşebbüs hürriyetine yönelik olarak kamu yararı gerekleri kapsamında tedbir alma amacıyla elbette kanunla sınırlama yapılabilir^[82]”*.

[82] AYM, E. 2022/146, K. 2023/31, Kt. 16.2.2023, RG.12.5.2023-32188, § 3.

Buna karşılık AB Temel Haklar Şartı, hakların sınırlandırılmasına ilişkin olarak, her bir ilgili maddede farklı sınırlama nedenleri öngörmesi yerine tek bir genel sınırlama hükmüne yer vermiştir. Şartın “Garanti altına alınmış hakların kapsamı” başlıklı 52. maddesinin ilk fıkrasına göre, *“Bu belgeyle tanınan ve verilen hak ve özgürlüklerin kullanılmalarının kısıtlanmaları ancak yasalarla yapılır. Bu kısıtlamalarda söz konusu hak ve özgürlüklerin özleri korunur. “Dengelik” ilkesine bağlı olarak söz konusu kısıtlamalar, ancak gereken durumlarda ve Birliğin kabul edebileceği kamu yararı amaçlarını gerçekten karşılıyor veya diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması için gerek duyuluyorsa yapılır”*. Görüldüğü üzere temel haklar, kamu yararı meşru amacı doğrultusunda sınırlandırılabilir. Buna karşılık temel hakları sınırlayan ulusal bir tedbiri haklı göstermek için kamu yararına yönelik hangi meşru nedenlerin kullanılabilmesine dair sınırlı bir liste bulunmamaktadır^[83]. Nitekim ABAD’nın bugüne kadar önüne gelen uyuşmazlıklarda girişim özgürlüğünü sınırlayan tedbirlerle ilgili olarak kamu yararı kapsamında meşru amaç olarak kabul ettiği hususlar şu şekildedir: Kamu güvenliği, kamu sağlığı, terörizme karşı mücadele, vergi kaçakçılığının önlenmesi, kültürel gelişim, serbest bir iç pazarın ve malların serbest dolaşımının güvence altına alınması ve işçilerin korunması^[84].

4. Müdahalenin Demokratik Toplum Gereklere Uygun Olması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme ile düzenlenen hak ve özgürlüklere yönelen müdahalenin yasa ile öngörüldüğü ve meşru amaç

[83] Berdien B. E. van der Dork, “The Freedom to Conduct a Business as a Counterargument to Limit Platform Users’ Freedom of Expression,” *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions* (Mart, 2022): 50-51.

[84] ABAD, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis)/Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*, [BD], B. No: 201/15,21/12/2016, § 48.

taşıdığına karar verdikten sonra, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığını değerlendirmektedir. Zira ilgili maddelerde belirtilen sınırlama nedenlerine dayanılmış olması tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda yapılan müdahalenin demokratik toplum gereklerine de uygun olması gerekir. Söz konusu değerlendirme, Mahkeme tarafından yapılan denetimin en önemli ve kapsamlı aşamasını oluşturmaktadır.

Mahkeme içtihatlarında sıklıkla başvurulanan “demokratik toplumda gerekli olma” ifadesi, bir müdahalenin Sözleşmeye uygun sayılabilmesi için “zorlayıcı toplumsal bir ihtiyaca yönelik” ve “hedeflenen meşru amaç ile ölçülü” olması anlamını taşımaktadır^[85]. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre, “Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir.

Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa’nın 13. maddesinde ifade edilen “ölçülülük ilkesi”dir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa’nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi amaç ile araç arasında makul

[85] AİHM, *The Sunday Times/İngiltere* [BD], B. No: 6538/74, 26/4/1979, § 59.

bir ilişki ve dengenin bulunup bulunmadığını inceler^[86]”.

Aynı şekilde Vogt davasında AİHM, devlet memuru olarak çalışan başvurunun, işten çıkarılması suretiyle ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin haklılığı bakımından gösterilen gerekçeleri açıkça ilgili bulmakla birlikte, başvurunun işten çıkarılmasının demokratik toplum gereklerine uygunluk bakımından gösterilen gerekçeleri yeterli bulmamıştır. Mahkeme, başvurunun işten çıkarılmasının hedeflenen meşru amaca ulaşılması bakımından ölçüsüz olduğuna ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir^[87].

Anılan nedenlerle, müdahalenin demokratik toplum gereklerine uygun olması kriteri ile ölçülülük denetimi arasında esasen yakın bir ilişki bulunduğu ifade edilebilir. Bu nedenle müdahale, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın gerektirdiği düzeyi aştığı oranda, bu müdahalenin aynı zamanda ölçüsüz de olduğu sonucuna varılmaktadır^[88].

5. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek protokollerde açıkça düzenlenmemekle birlikte, AİHS içtihatlarında yer verilen temel ilkelerden biridir. Aynı şekilde 1961 Anayasasında ölçülülük ilkesini açıkça düzenleyen bir hükme yer verilmemiş olmakla birlikte, 1982 Anayasasının 13. maddesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilecek ilkelerden biri olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik*

[86] AYM, E. 2013/1, K. 2014/161, Kt. 22.10.2014, RG.11.11.2015-25529.

[87] AİHM, *Vogt/Almanya* [BD], B. No: 17851/91, 26.09.1995, § 61.

[88] Ugan Çatalkaya, *Ölçülülük*, 88.

toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

Anılan ilke, hak ve özgürlüklerin korunması ve sınırlandırılması sistemi bakımından temel öneme sahiptir. Öncelikli olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan ölçülülük ilkesi, anayasal düzeyde korunan iki hak arasındaki çatışmanın dengelenmesinde bir yorum ilkesi olarak da kullanılmaktadır. Bu nedenle işverenin Anayasa’nın 48. maddesi ile güvenceye kavuşturulmuş girişim özgürlüğü ile işçilerin temel hakları, hukukun üstünlüğü ilkesinden türetilen ölçülülük ilkesi doğrultusunda değerlendirilmelidir^[89].

Ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında güdülen amaç ile sınırlamada kullanılan araç arasındaki ilişkiye dayanan bir kavramdır^[90]. Amaç ile kastedilen, temel hakkı sınırlama nedenidir. Araç ise temel haklara müdahale niteliği taşıyan normlar, idari işlemler, işverenin eylem ve işlemleridir^[91]. Bu bağlamda ölçülülük incelemesinde, sınırlama ile elde edilmek istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşmak için kullanılan araç denetlenmektedir. Amaçlar ve araçlar arasındaki ilişki, temel bir hakkın yasal olarak sınırlandırılmasının haklı olup olmadığı sorusuna cevap aramaktadır. Buna karşın ölçülülük ilkesinin işlevi, temel hak ile temel hakların sınırlandırılması arasındaki ilişkiyle sınırlı değildir, çünkü ölçülülük kavramı aynı zamanda hukuku tesis etme aracıdır. Bu anlamda *Klaus Stern*’e göre ölçülülük ilkesi aynı zamanda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında “sınırlamanın sınırı” olarak işlev görmektedir^[92].

Ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlüklerin hangi ölçütler göz önünde bu-

[89] Rumpf, “Ölçülülük,” 44; ErfK/Schmidt GG Einl. Rn. 26.

[90] Çetin, *Çalışanların Hakları*, 124.

[91] Ugan Çatalkaya, *Ölçülülük*, 64.

[92] Mateos Durán, *Grundrechten*, 54-55.

lundurularak sınırlandırılabilceğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda bir temel hakka yönelen müdahalenin ölçülülük denetiminden geçmesi, bu müdahalenin elverişli (uygun), gerekli (zorunlu) ve orantılı (dar anlamda ölçülü) olmasına bağlıdır. Anayasa Mahkemesi de benzer biçimde ölçülülük ilkesinin amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin kurulması işlevi gördüğünü ve üç alt ilkedен oluştuğunu belirtmektedir. Buna göre, *“Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılacak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılacak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılacak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir”*^[93] ”.

a) Elverişlilik (Uygunluk)

Ölçülülük ilkesinin ilk alt unsuru olan elverişlilik, sınırlama yönteminin ulaşılacak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli, yani uygun olmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla elverişlilik ilkesi açısından başvuru önlemin karşı tarafın hukuk alanında yaratacağı sonucun bir önemi bulunmamaktadır; yeter ki söz konusu önlem hedeflenen amacı gerçekleştirmeye uygun olsun^[94]. Yine bu kapsamda aracın, ulaşılacak istenen amacı tek başına ve tam olarak gerçekleştirmesi aranmaz; bunu kısmen gerçekleştirmeye elverişli olması da yeterlidir^[95].

b) Gereklilik (Zorunluluk)

Ölçülülük ilkesinin ikinci alt unsuru olan gereklilik (zorunluluk) ilkesi, amacın gerçekleştirilmesi bakımından aynı derece etkili araçlar arasında,

[93] AYM, E. 2023/97, K. 2023/192, Kt. 8.11.2023, RG.8.12.2023-32393, § 67.

[94] Ugan Çatalkaya, *Ölçülülük*, 65.

[95] Ugan Çatalkaya, *Ölçülülük*, 66.

en yumuşak ya da en az sınırlayıcı aracın tercih edilmesidir. Başka bir ifadeyle gereklilik ilkesi, daha az şiddetli alternatif araçların mümkün olup olmadığını sorar. Bu doğrultuda aynı amaca daha az şiddetli bir müdahale ile ulaşılabiliyorsa, müdahale gerekli değildir; aksine devletin temel hakların korunmasına yönelik tedbiri gereklidir. Gereklilik, alternatif araçların hoşgörülü ve eşit uygunlukta olması gerekliliğini de içerir. Dolayısıyla bu aşamada mahkemeler bir nevi son çare denetimi yapmaktadır. Zira Anayasa Mahkemesine göre, *“İşveren tarafından hayata geçirilen iş ilişkisinin sona erdirilmesine ilişkin tedbirin zorunlu ve başvurulabilecek en son çare olarak nitelendirilebilmesi için işçinin işverenin menfaatine ve beklentilerine aykırı davrandığının ortaya konulması gerekir. Başka bir deyişle işverenin menfaatine zarar vermeyen nedenlerin zorunlu ve son çare olarak başvurulmuş tedbirler olarak kabul edilmesi mümkün değildir^[96]”*.

c) **Orantılılık (Dar anlamda ölçülülük)**

Ölçülülük ilkesinin son alt unsuru olan orantılılık (dar anlamda ölçülülük) kriteri, aracın amaçla ölçülü olup olmadığının, yani müdahalenin bireyler bakımından katlanılabilir olup olmadığının incelenmesidir. Başka bir ifadeyle ölçülülük incelemesinin bu son aşamasında, sınırlama aracı ile amacı arasında adil bir dengenin bulunup bulunmadığı incelenmektedir; farklı temel hak ve menfaatlerin dengelenmesi yaklaşımından hareket edilmektedir. Bunun tespiti amacıyla hedeflenen amaç ile kullanılan araç sonucunda ortaya çıkabilecek endişeler, bir değer sistemi içerisinde karşılaştırılmakta; bu endişelerin ulaşılmak istenen sonuca oranla ağır olması durumunda orantılılık testinden geçilemediği kabul edilmektedir^[97]. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre, *“Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük*

[96] AYM, *Volkan Çakır* [GK], B. No: 2017/35488, 7/4/2012, § 32.

[97] Ugan Çatalkaya, *Ölçülülük*, 71.

aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin zorunluluk taşımasını da içerir^[98]”. Anayasa Mahkemesinin bir başka kararına göre de, “Ölçülülük ilkesiyle devlet, sendikal örgütlenmeye müdahale edebilecek düzenlemelerin topluma sağlayacağı genel yarar ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür^[99]”.

Anayasa Mahkemesi, ücret alacağı gününde ödenmeyen gazeteciye yüzde beş oranında fazla ödeme yapılacağına ilişkin düzenlemeyi Anayasa’nın 2., 10., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Mahkeme iptal kararını, devletin işverenin girişim özgürlüğü ile işçilerin hakları arasında makul bir denge kurmakla yükümlü olduğu ancak ücret alacaklarının zamanında ödenmemesi durumunda uygulanacak yaptırımın işverenin girişim özgürlüğüne aşırı bir külfet yüklediği gerekçelerine dayanmıştır. Mahkeme’ye göre, “Bu çerçevede devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında ücrette adaletin sağlanması için çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri almak amacıyla teşebbüs hürriyetine sınırlamalar getirmesi mümkündür. (...) Bu bağlamda gazetecilerin demokratik toplumda yüklendikleri görev ve sorumluluklarını en iyi şekilde yerine getirebilmeleri için diğer ücretlilere göre ücret alacaklarının özel düzenlemelerle teminat altına alınmasının anılan amaca ulaşma yönünde elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

Ancak getirilen sınırlamanın orantılı bir tedbir olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Kişilerin iktisadi faaliyetlerini etkileyebilecek düzenlemeler açısından orantılılık ilkesi kamu yararı ile kişinin teşebbüs hürriyetinden yararlanabilmesi arasında makul bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Bir

[98] AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, Kt. 4.5.2017, RG.3.8.2017-30143.

[99] AYM, E. 2013/1, K. 2014/161, Kt. 22.10.2014, RG.11.11.2015-29529, § 117.

başka ifadeyle işverenin teşebbüs özgürlüğü ile gazetecilerin ve toplumun çıkarları arasında makul bir denge kurulmalıdır. Bu bağlamda ücret alacaklarının zamanında ödenmemesi durumunda uygulanacak yaptırımın teşebbüs sahiplerine aşırı ve katlanılamaz bir külfet yüklememesi gerektiği açıktır. Çok yüksek meblağlara ulaşabilen yüzde beş fazla ödeme kuralının işverene aşırı bir külfet getirdiği ve bu sınırlamanın sebepsiz zenginleşmeye sebep olabileceği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kuralla teşebbüs ve çalışma özgürlüğüne getirilen sınırlamanın orantısız olduğu ve bu nedenle kuralın ölçülülük ilkesini ihlal ettiği anlaşılmaktadır^[100]”.

Taraf menfaatleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı tespit edilirken somut uyuşmazlığın koşulları dikkate alınarak sübjektif bir değerlendirme yapılmaktadır. Zira bu değerlendirme açısından her duruma uygulanacak objektif, somut kriterler getirilmesi olanaksız olup, bu nedenle her somut uyuşmazlığın tüm koşulları dikkate alınarak yargıç tarafından belirli kıstasların tespiti ve böylelikle hakkaniyete uygun karar verilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin bir kararında da aynı husus vurgulanmıştır. Mahkeme’ye göre, “İşverene karşı sadakat yükümlülüğü içerisinde bulunan çalışanın, bu bağlamda dürüstlük ve ihtiyat kaidelerine uygun bir şekilde hareket etmesi gerekir. Bulundukları konum itibarıyla kimi zaman işveren tarafından toplumla paylaşılmayan gizli birtakım bilgilere sahip oldukları için çalışanların ifade özgürlüğünü kullanırken ölçülü davranmalarını beklemek doğaldır. Ölçülü davranma yükümlülüğü çerçevesinde başvurunun ifade özgürlüğü ile işverene karşı sadakat yükümlülüğü arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğinin değerlendirilmesi gerekir. Bu, soyut bir değerlendirme değildir. Bu dengelemenin yapılabilmesi için mevcut olaya uygulanabilecek olan ölçütlerden bazıları

[100] AYM, E. 2019/48, K. 2019/74, Kt. 19.9.2019, RG.19.11.2019-30953, § 23-24, 28.

şöyledir: Başvurucunun amacı, iyi niyetli olup olmadığı, ifade özgürlüğü sırf üçüncü kişilere zarar vermek amacıyla kullanılıp kullanılmadığı, kullanılan ifadeler ve bunların hedef alınan kişinin yaşamına etkileri. ... Başvurucunun kullandığı ifadelere onun verdiği anlamın ötesinde bir anlam yüklenmemelidir^[101]”.

Buna karşılık, AİHM ve ABAD tarafından yapılan denetimlerde kullanılan ölçülülük ilkesinin, yukarıda açıklanan ve gerek Anayasa Mahkemesi gerek diğer ülke ulusal mahkemeleri tarafından kullanılan denetim formlarından daha farklı olduğu ve 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi m. 29/2 hükmünden etkilenilerek kendine özgü bir ölçülülük ilkesinin uygulandığı ifade edilmektedir^[102]. Gerçekten AİHM ve ABAD kararlarında; ölçülülük ilkesinin özellikle ilk iki alt ilkesi olan elverişlilik ve gereklilik ilkelerinin tutarlı şekilde belirlenemediği ve tek başına orantılılık (dar anlamda ölçülülük) kriterinin giderek çok daha yaygın bir şekilde kullanıldığı görülmektedir^[103].

Girişim özgürlüğünün korunmasının düzenleyici tedbirlere karşı bir tehdit oluşturmadığına yönelik genel kabul, ABAD Büyük Dairenin Alemo-Herron kararıyla başlayan işçilerin korunmasına ilişkin bir dizi dava ile sarsılmıştır. Bu davada Londra'daki bir yerel yönetim, eğlence hizmetlerini özel bir teşebbüs olan CCL'ye ihale etmiş ve bu şirket daha sonra Parkwood adlı başka bir özel sektör işletmecisine satılmıştır. Mevcut iş sözleşmeleri işçilere toplu iş sözleşmesine uygun olarak ücret artışı hakkı vermektedir. Ancak devralan işveren Parkwood ücret artışlarını toplu sözleşmelerine bağlayan mevcut iş sözleşmelerinin bu hükmü ile bağlı olmadığını savunarak ücret zammı taleplerini reddetmiştir. Adalet Divanı,

[101] AYM, *Volkan Çakır* [GK], B. No: 2017/35488, 7/4/2012, § 34, 38.

[102] Çetin, *Çalışanların Hakları*, 131.

[103] Çetin, *Çalışanların Hakları*, 134.

öncelikle ilgili 2001/23 sayılı Kazanılmış Haklar Direktifinin, üye devletlerin işçiler için daha elverişli tedbirler almasını engellemediğini kabul etmiştir. Bununla birlikte Divan, Direktifin yorumlanmasının girişim özgürlüğü ile uyumlu olması gerektiğini vurgulamıştır. Divan’a göre burada devralan işverenin çalışma koşullarını belirleme kabiliyeti kısıtlanmakta ve toplu pazarlık sürecine katılamadığı için çıkarlarını etkili bir şekilde savunamamaktadır.

Nitekim Divana göre, “77/187 sayılı Direktif, bir teşebbüsün devri halinde yalnızca çalışanların menfaatlerini korumayı amaçlamamakta, bir yandan çalışanların menfaatleri ile diğer yandan devralanın menfaatleri arasında adil bir denge sağlamayı hedeflemektedir. ... İlgili teşebbüsün devir tarihinden sonra müzakere edilen ve kabul edilen ve kamu sektöründeki çalışma koşullarındaki değişiklikleri düzenlemeyi amaçlayan toplu sözleşmelere atıfta bulunan dinamik bir madde, özel bir devralanın bu tür ayarlamalar ve değişiklikler yapması için gerekli manevra alanını önemli ölçüde sınırlandırabilir. ... Devralan [sözleşme tarafı], taraf olduğu bir sözleşme sürecinde çıkarlarını etkin bir şekilde savunabilmeli ve gelecekteki ekonomik faaliyetlerini göz önünde bulundurarak çalışanlarının çalışma koşullarındaki değişiklikleri belirleyen hususları müzakere edebilmelidir. Ancak, ana davadaki devralan, söz konusu toplu pazarlık organına katılamamaktadır. Bu koşullarda, devralan ne çıkarlarını sözleşmeye dayalı bir süreçte etkili bir şekilde savunabilir ne de gelecekteki ekonomik faaliyeti açısından çalışanlarının çalışma koşullarındaki değişiklikleri belirleyen hususları müzakere edebilir. Bu koşullarda, devralanın sözleşme özgürlüğü, böyle bir sınırlamanın iş yapma özgürlüğünün özünü olumsuz yönde etkileyebileceği noktaya kadar ciddi şekilde azalır”. Sonuç olarak Divan, devralan işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğünün bu hakkın özüne zarar verecek şekilde engellendiği yönünde karar vermiştir. İş hukuku öğretisinde geniş çapta eleştirilen Alemo-Herron kararının en endişe verici yönlerinden biri, girişim özgürlüğünün işverenler tarafından işçilerin temel haklarını

ihlal etme aracı olarak kullanılmasının önünü açabilecek olmasıdır^[104]. Ancak iş hukukunun nihai amacının işveren ve işçi arasındaki kaçınılmaz dengesizliği gidermek olduğu şüphesizdir.

Öte yandan ölçülülük ilkesi, özellikle AIHM ve ABAD tarafından devletlerin takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak kabul görmüş bir ilke ve denetim yöntemidir^[105]. Buna göre devletlerin takdir yetkisini iyi niyetle, dikkatli ve makul bir şekilde kullanması, dolayısıyla devletin takdir yetkisinin sınırsız olmaması gerekir^[106]. Hastane ve benzeri işyerlerinde kıyafet tercihi ile ilgili olarak Mahkeme, ulusal yetkililerin geniş bir takdir marjına sahip olması gerektiğini kabul etmektedir. Hastane yöneticileri; tıbbi güvenlik hakkında karar vermek konusunda, bir mahkemeden, özellikle de kendisine doğrudan delil sunulmayan uluslararası bir mahkemeden daha iyi bir konumdadır. Dolayısıyla Mahkeme, bu konudaki ulusal düzenlemeleri, devletlerin takdir yetkisi kapsamında değerlendirebilmektedir^[107].

SONUÇ

Temel haklar, ilk olarak devletin kişiler karşısındaki gücünü sınırlamak üzere ortaya çıkmıştır. Ancak temel hakların savunma işlevi, kişilerin haklarının ve özgürlüğünün korunması için tek başına yeterli değildir. Bu nedenle önceleri yalnızca kişiler ve kamu kurumları arasındaki dikey ilişkileri

[104] Hogan, “Article 16,” 773.

[105] Ugan Çatalkaya, *Ölçülülük*, 76.

[106] Yakimova, “Freedom to Conduct a Business,” 206.

[107] Çetin, *Çalışanların Hakları*, 150.

düzenlediği kabul edilen temel hakların bugün artık yatay ilişkiler, dolayısıyla iş ilişkileri üzerinde de etkisinin bulunduğu tartışmasızdır.

Girişim özgürlüğü, belirli bir ticari ve ekonomik faaliyeti gerçekleştirmek amacıyla kişilerin dilediği alanda özel teşebbüsler kurabilmesi, bu teşebbüsü devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın istediği gibi yönetebilmesi ve dilediğinde sona erdirebilmesi özgürlüğüdür. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın kabulü ile ilk kez önemli bir uluslararası insan hakları belgesinde bağımsız bir hak olarak tanınan girişim özgürlüğü, Türk hukukunda ise ilk defa 1961 Anayasası ile anayasal boyutta güvence altına alınmıştır. Girişim özgürlüğünün iş hukukuna yansımaları, daha ziyade işverenin işletmesel karar alma özgürlüğü şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İşletmesel karar, işverenin işletmesi ile ilgili hususlarda karar alma ve bu kararların kapsamını belirleme hak ve özgürlüğüdür.

İnsan hakları ve temel hakların uluslararası düzeyde korunması, şüphesiz uluslararası mahkemelerin etkinliği ile mümkün olabilecektir. Bu nedenle uluslararası hukukun bir öznesi olarak kabul edilen bireyin de bu organlara şikâyetinde bulunma hakkı mevcuttur. Mahkemeler tarafından bu doğrultuda gerçekleştirilecek yargı denetimi, yalnızca bir uyuşmazlığı çözmekle kalmayıp, bir hakkın saptanması ve tanınması neyi gerektiriyorsa bunları da kapsayan bir çalışmadır. Bu doğrultuda uzun bir koruma geleneğine sahip olan AİHM, başvurunun kabul edilebilir ilan edilmesi ve başvuruya konu olayın ilgili hakkın kullanılmasına bir müdahale teşkil ettiği sonucuna varılmasının ardından üç aşamalı bir değerlendirme yapmaktadır. Sözleşmedeki haklara yönelen bir müdahalenin haklı görülmesi, daha açık bir ifadeyle Sözleşmeye aykırılık teşkil etmemesi için yasayla öngörülmüş olması, maddede belirtilen meşru amaçlardan birine dayanılması ve demokratik bir toplumda gerekli olması gerekmektedir. Yasayla öngörülmüş olma şartı müdahalenin yöntemini, meşru amaç sınırlama nedenleri ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ise ölçüsünü ortaya koymaktadır.

Buna karşın, işçilerin temel hakları ile işverenin girişim özgürlüğü arasındaki ilişki karmaşıktır; çünkü girişim özgürlüğü ile işçilerin temel hakları arasında kurulması gereken adil denge konusunda birtakım güçlüklerle karşılaşilmektedir. Zira çatışan menfaatlerin tartılması, davanın ayrıntılarının dikkate alınmasını gerektirir; bu da menfaatlerin tartılması için genel bir kural olmadığı anlamına gelir. Her somut uyuşmazlıkta karşı karşıya gelen ve hukuki olarak korunan iki değer karşılaştırılması gerekir. Çatışan bu menfaatlerin dengelenmesi ise esasen ölçülülük ilkesi yoluyla pratik uyuşumun sağlanması ile gerçekleşir. Bu nedenle tüm ülkeler bakımından yoğun tartışmalara neden olan bu sorunun çözümü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından geliştirilen temel haklara uygunluk denetim usullerinden yararlanılması halinde mümkün olabilecektir. İş ilişkilerinde yargının yardımıyla taraflar arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesi düşüncesi, iş hukukunun taşlaşmasını önlediği ve çağımızın iş gücü piyasası ve sosyal politika güçlüklerine uygun çözümler bulunmasına olanak tanıdığı için takdiri hak etmektedir. Ancak iş ilişkisinde işçinin işverene karşı kişisel/hukuki bağımlılığı göz önünde bulundurulduğunda, işverenin girişim özgürlüğü karşısında işçilerin temel haklarının ayrıca gözetilmesi büyük bir önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Akyiğit, Ercan. *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*. 3. Baskı. İstanbul: Seçkin, 2023.

Alp, Mustafa. “Die Unternehmerische Entscheidungsfreiheit trotz eines Kündigungsschutzes.” içinde *Prof. Dr. Nuri Çelike Armağan*, Editör Prof. Dr. H. Fehim Üçışık, 995-1045. İstanbul: Beta, 2001.

Arıcı, Kadir. *Türk İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri*. 1. Baskı. Ankara: Gazi, 2022.

Astarlı, Muhittin. “Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi.” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 5, no. 17 (Mart, 2010): 74-88.

Başterzi, Süleyman. “Avukatla Bağitlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması.” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 5, no. 17 (Mart, 2010): 175-198.

Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca. *İş Hukuku Dersleri*. 35. Baskı. İstanbul: Beta, 2022.

Çetin, Evra. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*. 1. Baskı. İstanbul: Onikilevha, 2015.

Dullinger, Thomas. “Die Judikatur des EGMR als Grundlage eines (umfassenden) individuellen Kündigungsschutzes.” içinde *Arbeitsrecht als Richterrecht?*, Editörler Carmen Freyler ve Stephan Gräf, 151-170. Baden Baden: Nomos, 2023.

Engin, Murat. *İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi*. 1. Baskı. İstanbul: Beta, 2003.

European Union Agency for Fundamental Rights. *Freedom to Conduct a Business: Exploring The Dimensions of a Fundamental Right*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015.

Fischer, Max. *Begriff der Vertragsfreiheit*. 1. Auflage. Aarau: H. R. Sauerländer, 1952.

Fornasier, Matteo. “Mehr Freiheit wagen im Arbeitsrecht.” içinde *Mehr Freiheit wagen Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow*, Editörler Anatol Dutta ve Christian Heinze, 153-171. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

Gözler, Kemal. “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme).” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (2001): 53-69.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II*. 2. Baskı. Bursa: Ekin, 2020.

Guibonni, Stefano. “Freedom to Conduct a Business and EU Labour Law.” *European Constitutional Law Review* 14, no. 1 (2018): 172-190.

Güveyi, Umut. “Türk Anayasa Mahkemesinin Seçilmiş Kararlarında Girişim Özgürlüğü Üzerine Kısa Bir İnceleme.” *Legal Hukuk Dergisi* 196, (Nisan, 2019): 1573-1610.

Güzel, Ali. “İş Hukukunda “Yetki” ve “Sözleşme”,” *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan*, (Nisan, 2016): 151-201.

Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 10. Auflage. Heidelberg-Karlsruhe: C. F. Müller Juristischer, 1977.

Hogan, Hilary. “The origins and development of Article 16 of the Charter of fundamental Rights.” *European Law Open*, no. 2 (November, 2023): 753-783.

Huber, Hans. *Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit*. 1.

Auflage. Berlin: Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft, 1965.

Kaboğlu, İbrahim Özden. *Özgürlükler Hukuku - İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*. 4. Baskı. İstanbul: Afa, 1998.

Klatt, Matthias. *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. 1. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

Krause, Rüdiger. “Grundrechtsinduzierte Rechtsfindung im Individualarbeitsrecht.” *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae: Sectio Iuridica* 55, (2014), 51-80.

Mateos Durán, Arnulfo Daniel. *Das Verhältnis zwischen nationalen und inkorporierten internationalen Grundrechten*, 1. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2023.

Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi – Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin, 2002.

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 23. Baskı. Ankara: Yetkin, 2023.

Rumpf, Christian. “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 10, (1993), 25-48.

Sağlam, Fazıl. “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 1, no. 18 (Haziran, 2002): 1-17.

Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. 1. Baskı. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.

Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. 26. Baskı. Ankara: Seçkin, 2022.

Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. 22. Baskı. İstanbul: Beta, 2022.

Ugan Çatalkaya, Deniz. *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*. 1. Baskı. İstanbul: Beta, 2019.

Usai, Andrea. “The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order: A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social, and Political Integration.” *German Law Journal* 14, no. 9 (September, 2013): 1867-1888.

Van der Dork, Berdien B. E. “The Freedom to Conduct a Business as a Counterargument to Limit Platform Users’ Freedom of Expression.” *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions* (March, 2022): 33–58. (https://doi.org/10.1007/16495_2021_33)

Veneziani, Bruno. “The Evolution of the Contract of Employment.” içinde *The Making of Labour Law in Europe*, Editör Bob Hepple, 99-128. London: Hart Publishing, 1986.

Waas, Bernd. “The Legal Definition of the Employment Relationship.” *European Labor Law Journal* 1, no. 1 (January, 2010): 45-57.

Wittgruber, Frank. *Die Abkehr des Arbeitsrechts von der Vertragsfreiheit. Am Beispiel betrieblicher Mitbestimmung bei übertariflichen Zulagen*. Berlin: Duncker und Humblot, 1999.

Yakimova, Ekaterina M. “Practice of the European Court of Human Rights in Defining the Range of Permissible Restrictions on the Freedom to Conduct a Business.” *Law Enforcement Review* 6, no. 1 (March, 2012):205-215.

Yıldız, Gaye Burcu. “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı 15*, (Temmuz, 2013): 681-707.

Yücel Bodur, Mehtap. “İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü.” *İş ve Hayat* 1, no.2 (Ağustos, 2015): 137-167.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları İkinci Oturum

CEZA, ADALET, MAHKEMEYE ERİŞİM

Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliğinin Arttırılmasında Bir karşılaştırma Denemesi: Polis Ombudsmanlığı

Özge AYAS

Özet

2015 yılı ve diğer Avrupa Birliği Uyum Raporlarında kolluk uygulamalarının bağımsız ve tarafsız denetiminin önemli olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle; Türk sisteminde bulunan ombudsmanlık, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu gibi yapılardan farklı olarak 20.05.2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 6713 sayılı Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanunla yeni bir yapı kurulmuştur. Komisyona kıyasla oldukça geniş ve bağımsız bir denetim yetkisi olan Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanlığı örneği kolluğa dair uyuşmazlıklarda daha etkili bir çözüm mercii olduğundan araştırmaya konu edilmiştir. Ülke içi ve İrlanda örneğiyle yurtdışı kıyaslaması gerçekleştirilerek mevcut ceza adaleti sistemine de bir alternatif sunulması amaçlanmaktadır.

Abstract

In 2015 and other European Union Harmonization Reports, it is stated that independent and impartial supervision of law enforcement practices is important. Because; Unlike the structures in the Turkish system such as the ombudsman and the Turkish Human Rights and Equality Institution, a new structure was established with the Law No. 6713 on the Establishment of the Law Enforcement Oversight Commission, which came into force after being published in the Official Gazette dated 20.05.2016. The example of the Northern Ireland Police Ombudsman, which has a much broader and independent supervisory authority compared to the Commission, was included in the research as it is a more effective resolution authority in law enforcement disputes. It is aimed to present an alternative to the current criminal justice system by making domestic and international comparisons with the example of Ireland.

Giriş

Kolluğa dair uyuşmazlıklarda sivil bir merci olarak faaliyet gösteren yapı Türkiye’de kolluk gözetim komisyonuyken İngiltere’de farklı olarak polis ombudsmanlığı uygulaması mevcuttur. Ceza adaleti alanındaki uygulamalara yeni bir bakış kazandırabilmek adına iki kuruma dair bilgiler aktarılmaktadır. İngiltere her ne kadar bağımsız bir devlet olsa da Birleşik Krallık olarak adlandırılan yapı ile özdeşleşmiştir. Krallık yapılanması temsili olsa da Birleşik Krallık; İngiltere, İskoçya, Galler ve İrlanda’yı kapsayan devletler birliğinin adıdır. Çoklu parlamenter devletler birliği olan Birleşik Krallıkta iç güvenlik yapılanması İrlanda, İskoçya, İngiltere ve Galler’de farklılık göstermektedir. İngiltere ve Galler’de tek tip kolluk sistemi mevcuttur. Müstakil devletler özelinde iç güvenliğin sağlanmasında polis teşkilatı aktif rol oynamaktadır. İngiltere ve Galler’de ülkenin değişik bölgelerinden sorumlu polis birimleri mevcuttur. İngiliz polisi, “Home Office” olarak adlandırılan İçişleri Bakanlığı, yerel yönetimler ve polis teşkilatı tarafından koordinasyon halinde yönetilmektedir. Bakanın polis teşkilatına ilişkin yetkileri idari niteliktedir. Belirtilen iç güvenlik yönetimi yapısı “the tripartite system”, Türk dilindeki ifadesiyle “üçlü sistem” olarak adlandırılmaktadır. İngiltere’de 1964 yılında çıkarılan Polis Kanunu ile bugünkü polis teşkilatlanması hayata geçirilmiştir. İngiliz polisini diğer devletlerin kolluk kuvvetlerinden ayıran en belirgin özellik sivil toplumun temsil edildiği ve “police authorities” olarak adlandırılan polis otoritelerinin mevcudiyetidir. Teşkilatın merkez yapılanması olan “metropolitan police” dışındaki her emniyet biriminin başında bir polis otoritesi bulunmaktadır. İdari ve adli bir görünüme sahip olan polis otoritelerinin üçte ikisi belediye meclis üyelerinden ve üçte biri bölgedeki sulh ceza hakimlerinden oluşmaktadır. İrlanda polis teşkilatında ise kolluk ve vatandaş arasındaki uyuşmazlıklarda

öne çıkan yapı Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanlığıdır.^[1]

Türkiye'deki sistemden farklı olarak Parlamento Ombudsmanlığı, Cezaevleri ve Denetimli Serbestlik Ombudsmanlığı gibi özel ombudsmanlık alanlarına sahip olan yapıda Türk Kolluk Gözetim Komisyonu üzerinden kolluk uygulamalarının denetimi analiz edilecektir. Yurtiçindeki ombudsmanlık, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ile ve emsal teşkil edecek nitelikte olduğundan İrlanda örneğiyle kurumsal karşılaştırmalar da yapılacaktır. Çalışma sonunda mevcut kolluk denetim sisteminin geliştirilmesi için öneriler de sunulacaktır.

1.Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanlığı

Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanlığının incelemelerde bulunduğu konu başlıkları: Soruşturmanın doğru bir şekilde yapılmaması, polis memurları tarafından aşırı güç kullanımı veya kaba ve agresif davranışlar sergilenmesi, toplumsal olaylar da dahil olmak üzere polis tarafından ateşli silahların kullanılması, polis memurlarının karıştığı ölümlü sonuçlanan trafik kazaları ve polis memurlarının eylemleri sonucunda meydana gelen her türlü ölüm olayları ve benzeri fiillerdir.^[2]

Polis Ombudsmanı; Kuzey İrlanda Polis Teşkilatı (The Police Service of Northern Ireland), Kuzey İrlanda'daki Ulusal Suçlar Ajansı görevlileri (National Crime Agency officers in Northern Ireland), Belfast Limanı Polisi (Belfast Harbour Police), Belfast Uluslararası Havaalanı Polisi (Belfast International Airport Police), Kuzey İrlanda Savunma Bakanlığı Polisi (Mi-

[1] Seçkin Yavuzdoğan, “İngiltere’de Bağımsız Kolluk Şikayet Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, Özel Sayı (2010): 1231-1256.

[2] Mustafa Önen ve Mustafa Güngör, “Kolluk Kuvvetlerinin Denetiminde Sivil Gözetim: Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanlığı Örneği”, *İnönü Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no. 1 (2018): 16-31.

nistry of Defence police in Northern Ireland), Göç memurları ve Kuzey İrlanda'daki bazı gümrük yetkilileri (Immigration officers and some customs officials in Northern Ireland) hakkında şikayetleri soruşturmaktadır. Görüldüğü üzere; sorumluluk alanı geniştir.

Bir polis memuru hakkında şikayette bulunmak için; çevrimiçi şikayet formu veya telefonla başvuru mümkündür. Telefon görüşmeleri ortak korumaya, eğitim ve diğer yasal amaçlarla kaydedilebilmektedir.^[3]

Polis ombudsmanına başvuruda bulunmak için herhangi bir ücret ödenmemekte ve değerlendirme süreci hızlı bir şekilde karara bağlanmaktadır. İrlanda' da polis ombudsmanlığı, 1998 tarihli Polis Kanunu ile kurulmuştur. Police (Northern Ireland) Act 2003- 2003 tarihindeki hali halen yürürlükte. Polis Ombudsmanı başlıklı 13. maddesinde “Mevcut polis uygulamaları ve politikalarına ilişkin araştırmalar” bu yapının görevi olarak düzenlenmiştir.^[4]

Madde metnine göre Ombudsman (Güncel ombudsman Avukat ve İşletme branşında yüksek lisans mezunu Marie Anderson'dır. Bayan Anderson, Temmuz 2019'da Polis Ombudsmanı olmadan önce, 2016'dan beri Kuzey İrlanda Kamu Hizmetleri Ombudsmanı olarak görev yapıyordu. Bu süre zarfında aynı zamanda Kuzey İrlanda Yerel Yönetim Standartlar Komiserliği ve Kuzey İrlanda Adli Atamalar Ombudsmanlığı'nın yasal ofislerinde de görev almıştır. Aşağıdaki durumlarda polisin mevcut uygulamasını veya politikasını araştırabilmektedir:

(a) Bu bölüm uyarınca uygulama veya politikanın incelenmesi gerekti-

[3] “The Police Complaints System in Northern Ireland, bilgi kitapçığı”, erişim: 9 Ocak 2024. <https://www.policeombudsman.org/getmedia/02508825-5b89-4148-9b3c-58b939261d65/The-Police-Complaints-System-in-Northern-Ireland.PDF>.

[4] Polis Kanunu 2003, erişim: 9 Ocak 2024. legislation.gov.uk.

ğine kanaat getirmesi ve

(b) Uygulama veya politikanın araştırılmasının kamu yararına olacağına inanması için (şikayet-delil vb. haklı bir) bir nedeninin olması. Bu durumlarda Emniyet Müdürlüğü ve diğer mercilere de raporlama-bilgilendirmelerde bulunmalıdır. Soruşturma tamamlanınca da yine bildirimde bulunması gerekmektedir.

Polis Ombudsmanlığı'nın bünyesinde 100 civarında müfettişi bulunmaktadır; ekip deneyimli kadın ve erkeklerden oluşmaktadır.^[5]

Ombudsman müfettişlerinin soruşturma-mevcudu denetleme teknikleri:

Polis Ombudsmanlığı Ofisi tarafından yürütülen soruşturmalar birçok açıdan kolluk tarafından uygulanan tekniklere benzerdir. Tanıkları tespit etmek ve kanıt toplamak için aynı teknikler kullanılmaktadır. Modern adli ve bilgisayar teknolojileri destekli soruşturma araçlarının tamamına erişimleri vardır. Aileye dair incelemeler (ölümlü veya ağır yaralanma olan vakalarda) ve doküman incelemeleri de yapılabilmektedir. Olay yerinde polis nezdinde yapılan adli bilimler temelli incelemeler de ombudsman uzmanlarınca kontrol edilebilmektedir. DNA incelemelerini de kontrol edebilmektedirler.

Polis Ombudsmanı, yedi yıllık süre zarfında görev yapmak üzere yetkilendirilmektedir. Kurumun Kuzey İrlanda Meclisi'ne karşı hesap verebilirliği, Adalet Bakanı aracılığıyla sağlanmaktadır. Polis Ombudsmanlığı, Adalet Bakanlığı aracılığıyla yönetilen bakanlık dışı bağımsız kamu kurumu (non-departmental public body-bağımsız idari otorite) statüsün-

[5] “The Police Complaints System in Northern Ireland, bilgi kitapçığı”, erişim: 09 Ocak 2024. <https://www.policeombudsman.org/getmedia/02508825-5b89-4148-9b3c-58b939261d65/The-Police-Complaints-System-in-Northern-Ireland.PDF>.

dedir. İngiliz idari sisteminde kolluk ombudsmanı, kolluk ve vatandaş arasında gelişen uyuşmazlık hakkında soruşturma görevlisinin raporunu inceledikten sonra, şüpheli polis hakkında ceza davasına da konu bir olay olup olmadığına kanaat getirmektedir. Uyuşmazlığın tarafı olan kolluk görevlisi hakkında ceza davasının açılmasının gerektiği hallerde ise; kolluk ombudsmanı söz konusu konu ile ilgili hazırladığı raporu savcılığa göndermekte; yaptığı değerlendirmede herhangi bir suç işlenmediğine kanaat getirdiğinde ise, hazırladığı raporu ilgili disiplin otoritesine bildirmektedir. İrlanda özelinde kabul edilen 2000 tarihli Polis Kanunu resmi soruşturma sonrasında, soruşturma görevlisinin hazırladığı raporun şüpheli polis memuru tarafından bir suç işlenmediğini göstermesi ve şikayetin ciddi bir hak ihlaline dayanmadığı konularda kolluk uygulamalarına ilişkin şikayetlerin çözümlenmesi konusunda taraflar uzlaşmak isterse kolluk ombudsmanına yetki vermektedir.^[6] Örneğin: Kaba-Kötü muamele, vatandaş şikayetinin geç işleme konulması vb. Diğer bir deyişle; kolluk yahut polis ombudsmanlığı olarak adlandırılan yapının kontrol-denetim alanı Türk hukuk sistemindeki Kolluk Gözetim Komisyonundan oldukça geniştir.

Polis Ombudsmanı aynı zamanda Kuzey İrlanda polis teşkilatına yönelik yeni politikalar geliştirilmesinde, uygulanan prosedürlerin iyileştirilmesinde ve bu konuda eğitim verilmesinde de etkilidir.

Örnek Vaka:^[7]

Polis Ombudsmanı, 76 yaşındaki erkek vatandaşın polis nezaretinde ölümü sonrasında tanıklara çağrıda bulunmuştur. Polis Ombudsmanlığı Bürosu, Dungannon yakınlarındaki Bush köyü civarında, 14 Kasım Salı günü ölümünün önce-

[6] Önen ve Güngör, “Kolluk”, s. 24

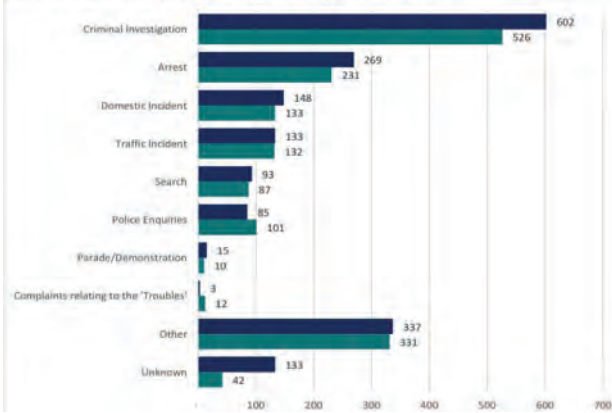
[7] “İngiliz Polis Ombudsmanlığı resmi sitesi”, erişim: 11 Aralık 2023, policeombudsman.org.

sinde yaşlı bir adamı görmüş olabilecek tanıkların ifadesine başvurmuştur.

Polis Ombudsmanı, 14 Kasım günü öğleden kısa bir süre önce Lurgan polis karakolunda ölen 76 yaşındaki Christopher Blaxall'ın ölümüyle ilgili koşulları araştırmaktadır. Tıbbi tedavi için karakol nezarethanesinden alınırken kendini kötü hissettiğini ve baygınlık geçirdiğini bildirmiştir. Sonrasında kesin nedeni araştırılan ölüm gerçekleşmiştir. Polis Ombudsmanlığı Sözcüsü şunları aktarmıştır: “Gözetiminde gerçekleşen bir ölümün ardından normal prosedür olarak polis, müfettişlerimizi bilgilendirdi, onlar da daha sonra ölüme yol açan olayların gidişatını incelemek üzere bağımsız bir soruşturma başlatmıştır.”

Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanlığı- Nisan/Eylül 2022 ve 2023'te Alınan Şikayetlerin Nedenleri adlı grafik ile aşağıdadır:[8]

Figure 2: Comparison of the main factor behind complaints received between April to September 2022 and April to September 2023.



Görselde aktarıldığı üzere; 2023 yılında Polis Ombudsmanlığı sisteminde çeşitli vakalar ele alınmıştır. Öne çıkanlar; ceza soruşturması,

[8] “Complaints made to the Office of the Police Ombudsman for Northern Ireland, Quarterly Statistical Bulletin Quarter 2”(2023), s.3, erişim: 2 Ocak 2024, <https://www.policeombudsman.org/getmedia/c118bb7f-f1a8-4ea2-91b6-37c1fabd6a8b/Quarterly-Statistical-Bulletin-Q3-2023-24.pdf>

tutuklama ve aile içi şiddete dair vakalarda polis müdahalesindeki hukuka aykırılıkların araştırılmasına dairdir. Türk sistemiyle kurumsal karşılaştırma ise aşağıda ele alınmaktadır.

2.Kurumsal Karşılaştırma

Çok yönlü bir analiz için öncelikle İngiliz sistemiyle Türk kolluk gözetim komisyonu karşılaştırılacaktır. Ardından Türk sisteminde ombudsmanlık, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ile Kolluk Gözetim Komisyonu ayrı ayrı ele alınacaktır.

İrlanda özelinde; kabul edilen 2000 tarihli Polis Kanunu kolluk uygulamalarına ilişkin şikayetlerin çözülmesi ve şikayet konusu uygulamaların denetlenmesi konusunda kolluk ombudsmanına yetki vermektedir. Kolluk politikaları, uygulanan soruşturma tekniklerinin işlevselliği ve hesap verilebilirliği gibi konularda bünyesindeki uzmanlarla denetim yapma ve raporlama yetkisi mevcuttur. İkincil soruşturma uygulamalarında Polis Kuruluyla istişare halindedir.

Polis Ombudsmanının yaptığı araştırmalara yönelik Güncel ve Tarihi Araştırma Müdürlükleri olmak üzere iki araştırma müdürlüğü bulunmaktadır. Güncel Araştırmalar Müdürlüğü, öncelikle bir önceki yılda meydana gelen olaylar hakkında Kuruma yapılan şikayetleri soruşturmaktadır. Müdürlük üç ekipten oluşmaktadır. Ekipler, Ön Büro ve Soruşturma Ekibi, Merkez Araştırma Ekibi ve Önemli Olaylar Soruşturma Ekibinden oluşmaktadır. Ön Büro ve Soruşturma Ekibi, telefonla, e-postayla, resmi web sitesi aracılığıyla ve Belfast Şehir Merkezi'ndeki Kuruma yapılan şikayetleri soruşturmaktadır.

Türk tipi Kolluk Gözetim Komisyonu; kolluk görevlilerinin çalışma koşullarının iyileştirilmesinin sağlanması ve vatandaşların kolluk hizmetleri ile ilgili ilettiği öneri, istek ve şikayetlerin merkezi kayıt sisteminde tutulması amacıyla kurulmuş ve faaliyetlerine başlamıştır. Komisyon, kolluk

şikayet sisteminin işleyişine dair ilkeleri belirleyecek raporlar hazırlayabilmekte ve kolluk görevlileri hakkında gerektiğinde yetkili merciler tarafından haklarında disiplin soruşturması yapılmasını istemektedir.

Kolluk Gözetim Komisyonu bir uyuşmazlık çözüm mercii değildir. Merkezi kayıt sistemine başvuru kaydı ve disiplin soruşturması için mülkiye müfettişlerine raporlama merciidir (30 gün içinde disiplin soruşturması açılmasını ister). Kolluk şikayet sistemine ilişkin uygulamaların bağımsız şekilde yürütülmesinde aracı olmak, kurumlar arası koordinasyonu sağlamak için AB ilerleme raporları dikkate alınarak kurulmuştur.^[9]

2.1.Ombudsmanlık

6382 sayılı “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu”nun 5. maddesinde kurumun görevi: “Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir.” Şeklinde tanımlanmıştır. Kolluk gözetim Komisyonu ise re’sen harekete geçebilmektedir

6382 sayılı “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu” m.5/2-a gereğince Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile resen imzaladığı kararlar ve emirler,

- b) Yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler,
- c) Yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar,
- ç) Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askerî nitelikteki faaliyetleri, Kuru-

[9] Taylan Barın, “Kolluk Gözetim Komisyonu Hakkında Mevzuat Eksenli Kısa Bir Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 126 (2016): 49-68.

mun görev alanı dışındadır.

Taraflardan biri idaredir. Kamu denetçiliğine başvuruda bulunma hakkı gerçek ve tüzel kişilere de tanınmaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumu, bilgi ve belge istenmesi (m. 18), bilirkişi görevlendirilmesi ve tanık dinlenmesi (m. 19) ile inceleme ve araştırma yapma imkânlarına sahiptir (m. 20). Kurumun hazırlamış olduğu rapora göre işlem tesis etmekle yükümlü olan idare ve dolayısıyla kolluk, Kurum'un önerilerine uymayı reddettiği takdirde bu hususu gerekçesi ile birlikte kuruma bildirmek zorundadır.

2.2. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

Kurum insan hakları ihlalleri için re'sen; ayrımcılık yasağı ihlalleri için re'sen veya başvuru üzerine harekete geçebilmektedir. İşkence ve kötü muamele ile mücadele etmek ve bu konuda çalışmalar yapmak da görevlerindendir. İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol hükümleri çerçevesinde ulusal önleme mekanizması olarak da görev yapmaktadır.^[10]

11 üyeli kurul en az altı üyenin aynı yöndeki oyuyla karar almaktadır. Kararlar genel anlamda icrai olmaktan ziyade tavsiye niteliğindedir. Diğer iki kurumdan farklı yönü; kamu kurumlarının yanı sıra gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerine yönelik de karar alınabilmekte ve kanunda belirtilen hallerde idari yaptırım kararı alınabilmektedir (m.11/1-b). Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin TL'den on

[10] İlgili maddeler 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, m.9/1-f-g-ğ-h-ı ve devamı.

beş bin TL'ye kadar idari para cezası uygulanır (m.25/1).

2.3.Kolluk Gözetim Komisyonu

2016 yılında 6713 sayılı kanunla kurulmuştur. 2015 tarihli AB ilerleme raporunda kolluk görevlileri tarafından ciddi insan hakları ihlaline uğrayan mağdurlar nezdinde adaletin sağlanması için iddiaların etkili bir şekilde soruşturulması, disiplin cezalarının öngörülmesi ve cezai kovuşturma konusunda kolluk faaliyetlerine yönelik bağımsız ve sivil bir denetim mekanizması oluşturulması öngörülmüştür.^[11]

Kolluk görevlileriyle ilgili tüm şikayetler, 2016'da yayımlanan Kanun'la kurulan ve ilk toplantısını 20 Eylül 2019'da yapan Kolluk Gözetim Komisyonunun merkezi kayıt sisteminde toplanmaktadır. Başvuruları inceleyip değerlendiren komisyon, daha sonra hakkında şikayet bulunan personele ceza verilip verilmemesine dair işlemleri yürütmekte-görevli diğer kurumlara (mülkiye müfettişleri) yönlendirmede-raporlamada bulunmaktadır.^[12] Türk hukuk sisteminde kolluk gözetim komisyonu İçişleri Bakanlığına bağlıdır. 6713 sayılı Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanunun 2. ve bu kanunun uygulanmasına dair yönetmeliğin 3. maddesinde düzenlendiği üzere; bağlı kuruluşlar Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığıdır.

Komisyonun yapısı; 6713 sayılı kanun kapsamında her türlü kararı al-

[11] “Avrupa Birliği Türkiye Düzenli İlerleme Raporu 2015”, erişim: 09.01.2024. https://www.ab.gov.tr/files/5%20Ekim/2015_ilerleme_raporu_tr.pdf.

[12] 6713 Sayılı Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik kapsamında Kolluk Görevlilerinin hukuka aykırı eylem, tutum veya davranışları ile kolluk görevlileri hakkındaki memnuniyet bildirimleri kolluk birimlerine yazılı veya sözlü, CİMER üzerinden şikayet yoluyla, <https://vkmweb.e-icisleri.gov.tr/TeftisKurulu/KollukIhbarSikayet/BasvuruKayit> den erişilebilen web tabanlı Kolluk Gözetim İhbar/Şikayet Başvuru Formu Aracılığıyla

mak ve uygulamak üzere; kurum faaliyetlerine dair görevlendirilen İçişleri Bakan Yardımcısının başkanlığında, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı, Kurul Başkanı (İçişleri Bakanlığı Mülkiye Teftiş Kurulu), Bakanlık Hukuk Hizmetleri Genel Müdürü, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü, üniversitelerin ceza ve ceza usul hukuku ana bilim dallarında görevli öğretim üyeleri ile baro başkanı seçilme yeterliğine sahip serbest avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca seçilecek birer üyeden oluşmaktadır(yönetmelik m. 6). Süresi dolan üyeler, aynı usulle yeniden seçilebilmektedir.

6713 sayılı Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun m.1/1-2 ve 3 gereğince bu komisyonla amaçlanan; kolluk şikâyet sisteminin daha etkili ve hızlı işlemlerini sağlamak, saydamlığını ve güvenilirliğini geliştirmektir. Kolluk görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlardan veya disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarından dolayı idarî merciler tarafından yapılan ya da yapılması gereken iş ve işlemlerin merkezî bir sistemde kayıt altına alınması ve izlenmesi amacıyla Kolluk Gözetim Komisyonunun kurulması, Komisyonun görevleri, yetkileri ve çalışma yöntemi ile kolluk şikâyet sistemine yönelik diğer idarî tedbirlere ilişkin usul ve esaslar bu kanunla ve kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikle düzenlenmektedir.

(2) Bu Kanun; Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilâtında görevli kolluk personelinin işlediği iddia edilen suçlarla veya disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarıyla ilgili olarak idarî merciler tarafından yapılan ya da yapılması gereken iş ve işlemleri kapsamaktadır.

(3) Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilâtında görevli kolluk personelinin askerî görevlerinden doğan suçları, bu kanunun kapsamı dışındadır.

Komisyonla yapılacak şikâyetler; kolluk görevlilerinin hukuka aykırı

eylem, tutum veya davranışlarının, bunlardan zarar gören veya mağdur olanlar ya da bunların kanunî temsilcileri veya ikinci derece dâhil, ikinci dereceye kadar kan ve kayın hısımları tarafından, yetkili mercilere bildirilmesini ifade etmektedir. Komisyonun görev ve yetkileri (yönetmelik m.11):

- Kolluk şikâyet sisteminin işleyişine dair ilkeleri tespit ederek bunlarla ilgili olarak Bakanlığa önerilerde bulunmak, bu konudaki uygulamaları izlemek ve sistemin işleyişinde kamu kurum ve kuruluşları arasında koordinasyonu sağlamak.
- Kolluk görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlardan veya disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarından dolayı gerektiğinde yetkili merciler tarafından haklarında disiplin soruşturması yapılmasını istemek.
- Kolluk şikâyet sisteminin işleyişiyle ilgili konularda teftiş ve denetim yapılması için Bakanlığa önerilerde bulunmak, bu teftiş ve denetimler sonucunda düzenlenen raporları değerlendirmek, tespit edilen eksiklikler konusunda alınması gereken idari tedbirleri belirleyerek Bakanlığa önermek ve bu raporlardan uygun gördüklerini kamuoyuna açıklamak.
- Görev alanına giren konularda tespit, görüş ve öneriler içeren yıllık raporlar hazırlamak ve bu raporları her yıl mart ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ile Cumhurbaşkanlığına göndermek ve kamuoyuna açıklamak.
- Kolluk görevlilerinin çalışma koşullarının iyileştirilmesine yönelik araştırmalar yapmak veya yaptırmak, kolluk hizmetlerinin geliştirilmesi ve iyileştirilmesine yönelik olarak yapılan çalışmaları izlemek, değerlendirmek ve bu konularda Bakanlığa önerilerde bulunmak.
- Kolluk etik ilkelerinin uygulanmasını izlemek; bu ilkelerin etkin bir şekilde uygulanması konusunda yetkili makamlara önerilerde bulunmak ve bu konuda kolluk teşkilâtı ve ilgili diğer kuruluşlarla iş birliği yapmak.
- Kolluk şikâyet sistemine kamuoyunun duyduğu güveni ölçmek ve

halkın sisteme ilişkin görüş ve düşüncelerini değerlendirmek amacıyla en az iki yılda bir olmak üzere kamuoyu araştırmaları yapmak veya yaptırmak.

- Görev alanına giren konularda üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve ilgili sivil toplum kuruluşları ile iletişim kurmak ve iş birliği yapmak.
- Kolluğun hizmet içi eğitim programlarıyla ilgili olarak yetkili birimlere görüş bildirmek ve önerilerde bulunmak.
- Görev alanına giren konularla ilgili mevzuat düzenlemeleri hakkında görüş bildirmektir.

Komisyon, kendisine kanunla verilen ve yukarıda belirtilen görevlerle ilgili konularda inceleme ve araştırma yapılmasını İçişleri Bakanlığı Mülkiye Teftiş Kurulu Başkanlığı veya bağlı kuruluşlardan isteyebilir (yönetmelik m.17/1). Bu isteme ilişkin olarak kurul başkanlığı ve bağlı kuruluşların teftiş ve denetim birimlerinin tabi oldukları usule göre işlem yapılmaktadır. Komisyonun kolluk hakkında gerçekleşen ön inceleme ve disiplin soruşturması sürecindeki rolü 6713 sayılı Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanunun 8. maddesinde düzenlenmiştir. Ön inceleme ve disiplin soruşturması işlemleri şu şekilde yürütülmektedir:

Kolluk görevlilerinin **suç** işledikleri yönünde 7. maddenin ikinci fıkrasındaki şartlara uygun herhangi bir ihbar veya şikâyet alındığında ya da böyle bir durum doğrudan öğrenildiğinde, soruşturma izni vermeye yetkili mercilerce ve/veya disiplin amirlerince 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve/veya kolluk görevlilerinin tâbi oldukları disiplin mevzuatı uyarınca gerekli işlemler yerine getirilir.

Kolluk görevlilerince işlendiği iddia edilen veya doğrudan öğrenilen; öldürme, kasten yaralama, işkence, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili ön incelemelerin ve/veya disiplin so-

ruşturmalarının mülkiye müfettişleri tarafından yapılması esastır. Olayın niteliğinin gerektirdiği hâllerde, ön incelemeyi ve/veya disiplin soruşturmasını yürüten mülkiye müfettişleriyle birlikte görev yapmak üzere bağlı kuruluşların müfettişleri de görevlendirilebilir. Söz konusu suçlarla ilgili ön incelemeler ve/veya disiplin soruşturmalarının valiliklerce veya kaymakamlıklarca yapılması hâlinde, bu işlemler imkânlar ölçüsünde mülki idare amirliği hizmetleri sınıfında bulunan görevliler tarafından yürütülür. Ön inceleme ve/veya disiplin soruşturmasını icra etmek üzere mülkiye müfettişi görevlendirilmesi durumunda, diğer idarî mercilerce başlatılmış olan ön inceleme ve/veya disiplin soruşturmaları, mülkiye müfettişine devredilir. Cumhuriyet savcılarının doğrudan soruşturma yapabilmelerine ilişkin özel hükümler saklıdır. Kurul Başkanlığınca, bu madde ve 4. madde hükümleri çerçevesinde verilen görevleri yürütmek üzere yeteri kadar mülkiye müfettişi tahsis edilir. Bu müfettişlere mezkûr görevlerinin haricinde zorunluluk olmadıkça başka bir görev verilmez ve bunlar görev alanlarıyla ilgili konularda düzenli hizmet içi eğitime tabi tutulurlar. Bu müfettişlerin belirlenmesine ilişkin esaslar, görevlendirilme yöntemi ve hizmet içi eğitimleri ile benzeri hususlar, Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenir.

Cumhuriyet savcıları, kolluk görevlileri hakkında görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlar ile kişisel suçları sebebiyle soruşturma başlatmaları hâlinde, durumu, personelin ilgisine göre, Bakanlığa, valiliğe veya kaymakamlığa en geç yedi iş günü içinde bildirir. Bakanlık, valilik ve kaymakamlıklar ile idarî soruşturmayı yürüten görevliler, soruşturmanın gizliliğine zarar verilmemesine yönelik gerekli tüm tedbirleri alır. Şikâyetçi ile ihbar veya şikâyet edilen kolluk görevlileri, yapılan disiplin soruşturmasının ilerleyişi hakkında, ilgisine göre Bakanlık, valilik veya kaymakamlıklarca en az iki ayda bir bilgilendirilir.

3.Daha Etkin Ceza Adaleti Sistemi ve Kolluk Denetim Mekanizması için Öneriler

Kolluk Gözetim Komisyonu faaliyetleri bünyesinde adli bilimler alanında uzmanlar istihdam edilerek Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanlığı benzeri bir yapıya-denetim mekanizmasına dönüştürülebilir. Bu sayede; soruşturma işlemleri, olay yeri inceleme ve benzeri hususlarda şeffaflık da bağımsız ve tarafsız denetimle sağlanacaktır. Mevcut yapıda konu mülkiye müfettişlerine ya da savcılığa bırakılmaktadır.

Ceza yargısındaki iş yükünü azaltmak adına kolluk alanına özgü yeni bir ihtisas mahkemesi kurulması mümkündür. Bu husus kolluk alanına dair uyuşmazlıklarda incelemelere daha çok zaman ayrılabilmesini sağlamakla birlikte hukuka aykırı uygulama veya işlemler bakımından caydırıcı da olacaktır.

Kolluk Gözetim Komisyonu kararlarında, ihlal edilen hukuki menfaat türüne göre tazminatla uzlaşma sağlanması da hukuki zemine oturtulabilir. Bu öneri kurumu uzlaştırma müessesesine de yaklaştırmaktadır. Bu alana da bir ihtisaslaşma kazandırılabilir. İngiliz sisteminde Cezaevi ve Denetimli Serbestlik Ombudsmanı kaybedilen ve hasar görmüş mallar için tazminat önerebilmektedir, bu husus kurumun işleyişini Türk uzlaştırma sistemine benzer kılmaktadır.

Sunulan önerilerin geliştirilmesi, yeni önerilerle zenginleştirilmesi de mümkündür.

Sonuç

Kolluğa ilişkin uyuşmazlıklarda sivil bir merci olarak faaliyet gösteren yapı Türkiye’de kolluk gözetim komisyonuyken İrlanda’da farklı olarak polis ombudsmanlığı uygulaması mevcuttur. Türkiye’de kolluk Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde görevini icra etmekte ve Kolluk Gözetim Komisyonu olarak adlandırılan özel bir komisyonla şikayet takip sistemine kavuşturulmaktadır. İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişleri, savcılık ve ilgili disiplin amirleri üçlemesinde ger-

çekleşen kolluk şikayet sisteminde etkili bir denetim gerçekleştirilip gerçekleştirilemediği sorun alanlarından. Bu nedenle çalışmada başarılı bir kolluk denetim sistemi kuran Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanlığı ve Türk tipi Kolluk Gözetim Komisyonu ve benzer kurumlar incelenmiştir. Alternatif denetim sistemlerinde İngiltere oldukça başarılıdır. Türkiye de konuya farklı kurumlarla cevap vermeye çalışmakta ancak bu kurumların işlevselliği, yapısal farklılıkları araştırılmamaktadır.

Kolluğa dair uyuşmazlıklar bakımından etkin bir ceza adaleti sistemi kurabilmek adına bu kurumların işlevselliği, konunun ikincil bir idari soruşturma mekanizması ile çözülebilirliği, yargıdaki soruşturma prosedürünün bir benzerinin sivil uzmanlarca da gerçekleştirilerek yargının bir uzman denetimine tâbi tutulup tutulamayacağı, kolluk alanında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ne ölçüde kullanılabileceği, sorunların ihtisas mahkemeleri ile çözülüp çözülemeyeceği, ihtisas mahkemeleri yoluyla mevcut yargı mercilerinin iş yükünün azaltılabileceği gibi konular da Adalet Bakanlığının yeni politikalarında yer almalıdır.

Kaynakça

Adalet Bakanlığı, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı. “Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Bilgi Notu.” Erişim Tarihi: 07.01.2024. <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2112018153707Ceza%20Muhakemesinde%20Uzla%C5%9Ft%C4%B1rma.pdf>.

Barın, Taylan. “Kolluk Gözetim Komisyonu Hakkında Mevzuat Eksenli Kısa Bir Değerlendirme.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 126 (2016): 49-68.

Çeliksoy, Emine. ve Bayan, Büşra. “Genel ve Özel Amaçlı Ombudsmanlık Örnekleri: İngiltere ve Türkiye.” *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi* 3, no. 1 (2020): 92-103.

Maguire, Michael. “Notes from the Field: Lessons Learned from Investigating the Past in Northern Ireland.” *International Journal of Transitional Justice* 17, no. 3 (Kasım 2023): 470–479.

Morris, Pe ve Henham, Ralph Jean. “The Prisons Ombudsman: A Critical Review.” *European Public Law* 4, no. 3 (1998): 345-378.

Owers, Anne. “The Protection of Prisoners’ Rights in England and Wales.” *European Journal on Criminal Policy and Research* 12, no. 2 (2006): 85-91.

Önen, Mustafa “Kamu Denetçisi (Ombudsman).” İçinde *Kamu Yönetimi Ansiklopedisi*, edited by Yasemin Mamur Işıkcı ve Esmeray Alacadağlı, 2nd ed. Ankara: Astana Yayınları, 2019.

Önen, Mustafa ve Engin, Selin. «Birleşik Krallık'ta Cezai Cezaevi Ombudsmanlığı: Türkiye'ye Uygulanabilirliği.» *Ombudsman Akademik* no. 10 (2019): 15-30.

Önen, Mustafa ve Güngör, Mustafa. “Kolluk Kuvvetlerinin Denetiminde Sivil Gözetim: Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanlığı Örneği.” *İnönü Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no. 1 (2018): 16-31.

“Police (Northern Ireland) Act 2003.” Erişim Tarihi: 09.01.2024. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/6/section/13/enacted>.

“Prison and Probation Ombudsman (PPO) Cezaevlerinin Oluşturulması ve Denetimli Serbestlik Ombudsmanının Rolü.” PPO, 2024. Erişim Tarihi: 07.01.2024. <https://ppo.gov.uk/about/vision-and-values/brief-history/>.

“PPO Görev Tanımı Metni, Terms of Reference.” PPO, 2021. Erişim Tarihi: 07.01.2024. <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaccede923f/uploads/sites/34/2021/12/PPO-2021-Terms-of-Reference-with-cover.pdf>.

Kirkham, By Richard. “The Ombudsmen of Northern Ireland, Scotland and Wales.” *Journal of Social Welfare and Family Law* 27, no. 1 (2005):

79-90. doi:10.1080/09649060500085768.

“The Police Complaints System in Northern Ireland, Bilgi Kitap-
çığı.” Erişim Tarihi: 09.01.2024. [https://www.policeombudsman.org/
getmedia/02508825-5b89-4148-9b3c-58b939261d65/The-Police-
Complaints-System-in-Northern-Ireland.PDF](https://www.policeombudsman.org/getmedia/02508825-5b89-4148-9b3c-58b939261d65/The-Police-Complaints-System-in-Northern-Ireland.PDF).

Topping, John ve Martin, Richard. “Policing in Northern Ireland: Re-
search, Meaning and Lessons from a Contested Landscape.” İçinde *Intro-
duction to Policing Research: Taking Lessons From Practice*, edited by Denise
Martin and Stephen Tong, 2. baskı, 178-198. Londra: Routledge, 2023.

“Türkiye Düzenli İlerleme Raporu.” 2015. Erişim Tarihi: 09.01.2024.
https://www.ab.gov.tr/files/5%20Ekim/2015_ilerleme_raporu_tr.pdf.

Yavuzdoğan, Seçkin. “İngiltere’de Bağımsız Kolluk Şikayet Sistemi ve
Türkiye’de Uygulanabilirliği.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi* 12, Özel Sayı (2010): 1231-1256.

Aleniyet İlkesinin İhlaline Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Uğur ERSOY^[1]

ÖZ

Aleniyet ilkesi, temel bir yargılama hukuku ilkesi olmasından hareketle muhakeme hukukuna egemen olan diğer ilkelerle sıkı bir bağlantı içerisindedir. Aleniyet ilkesi sayesinde, diğer muhakeme hukuku ilkelerinin varlığı da bir anlamda teminat altına alınmış olmaktadır. Aleniyet ilkesinin hukuk sistemimizde arz etmiş olduğu önem dolayısıyla Anayasa’da aleniyet ilkesine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Aleniyet ilkesinin ceza muhakemesi hukuku bakımından da özel bir önem göstermesinden kaynaklı olarak bu ilkeye Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ayrıntılı bir şekilde değinildiği ifade edilebilir.

Mevcut çalışmada, aleniyet ilkesi ile ilgili genel açıklamalara yer verdikten sonra, bu ilkenin ihlal edilmiş olmasının ceza muhakemesi hukuku açısından göstermiş olduğu sonuçlar üzerinde durulacak, bu kapsamda doktrindeki görüşlerden ve yargı kararlarından da yararlanılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

aleniyet ilkesi

doğrudan aleniyet

dolaylı aleniyet

adil yargılanma hakkı

gizli duruşma

[1] * Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı; e-mail: ugurersoy@kku.edu.tr; ORCID: 0000-0003-3770-0353

Legal Consequences Of Violation Of The Principle Of Publicity In Terms Of Criminal Procedure Law

ABSTRACT

Since the principle of publicity is a fundamental principle of the law of procedure, it is in close connection with the other principles governing the law of procedure. Thanks to the principle of publicity, the existence of other principles of procedural law is in a sense guaranteed. Due to the importance of the principle of publicity in our legal system, a special regulation on the principle of publicity has been included in the Constitution. Due to the special importance of the principle of publicity in terms of criminal procedure law, it can be stated that this principle is mentioned in detail in the Code of Criminal Procedure.

In the present study, after giving general explanations about the principle of publicity, the consequences of the violation of this principle in terms of criminal procedure law will be emphasized, and in this context, the opinions in the doctrine and judicial decisions will be utilized.

Keywords:

principle of publicity

direct publicity

indirect publicity

right to a fair trial

secret trial

GİRİŞ

İnsanoğlu, doğası gereği gördüğüne inanma, görmediğine ise inanmama eğilimindedir. Bu yüzden toplumu oluşturan bireylerin, yargılamaların adil olup olmadığını değerlendirebilmeleri için yargılamaları izlemeleri gerekmektedir. Yargılamaların toplum tarafından izlenebilmesi ise ancak yargılamaların aleni olması ile sağlanabilir.^[2]

Aleniyet, temel bir yargılama hukuku ilkesi olup yalnızca ceza muhakemesi hukukunda değil diğer yargılama disiplinlerinde de kendisine yer bulmuş önemli bir ilkedir. Bu nedenle muhakeme hukukuna egemen olan diğer ilkelerle de sıkı bir bağlantı içerisinde. Bu ilke sayesinde diğer muhakeme hukuku ilkelerinin varlığı da bir anlamda teminat altına alınmış olmaktadır.

Hukuk devleti olmanın doğal bir sonucu ve aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen aleniyet ilkesinin, yargılamaya egemen olan ilkeler arasında üst sıralarda yer aldığı söylenebilir.

Türk Hukuku açısından bakıldığında aleniyet ilkesinin esasının, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğuna dair Anayasa'nın 9. maddesine dayandığı görülmektedir. Söz konusu maddeye göre yargı yetkisi "Türk Milleti adına" bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. Bu kapsamda egemenliğin gerçek sahibi olan halk, mahkemelerin yargı yetkisini doğru ve usulüne uygun bir şekilde kullanıp kullanmadığını yalnızca aleniyet ilkesi ile denetleyebilecektir. Bu ilke aynı zamanda halkın yargılamaya katılımını sağlamak ve yargıya demokratik bir nitelik de ka-

[2] Nesibe Kurt Konca, *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 1.

zandırmaktadır.^[3]

Aleniyet ilkesine özel bir önem atfeden Anayasamız, 141. maddesinde tüm yargılama hukuku disiplinlerini içine alacak şekilde bu ilkeyle ilgili özel bir düzenlemeye yer vermiştir:

(1) Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı^[4] yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. (2) Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.

Buna ilave olarak Ceza Muhakemesi Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da aleniyet ilkesine ilişkin

[3] Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 127; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 591; Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı – Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2005), 342; Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968), 240; Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1974), 324; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2018), 734; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 390; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 374; Handan Yokuş Sevük, “Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi”, in: Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004), 749; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 79; **SATZGER, Helmut / SCHLUCKEBIER, Wilhelm / WIDMAIER, Gunter (Hrsg.)**, *Strafprozessordnung*, Köln 2014, GVG §169 kn.2.

[4] Anayasa’da ve CMK’da duruşmanın bir kısmının veya tamamının “kapalı” yapılmasından bahsedilmişken, HMK’da ise “gizli” yapılmasından bahsedilmiştir. Bu kapsamda CMK’nın ve Anayasa’nın “kapalı” zarfını, HMK’nın ise “gizli” zarfını kullandığı görülmektedir. Kanaatimizce “gizli” zarfı burada anlatılmak isteneni daha net karşılamaktadır.

hükümlere rastlanmaktadır.

Anayasa’da yargılamaların aleni olduğu mutlak bir kural olarak kabul edilmemiş, bu kurala genel ahlak, kamu güvenliği ve çocukların yargılanması konularında bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan birine girmediği halde yargılamanın kapalı yapılmasına diğer yargılama disiplinlerinde olduğu gibi CMK’da da bazı yaptırımların bağlandığı görülmektedir. Tebliğimizde ceza yargılamalarında sıklıkla göz ardı edilen bir ilke konumunda bulunan aleniyet ilkesinin ihlaline bağlanan hukuki sonuçların neler olduğu üzerinde ayrıntılı olarak durulacak, konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarına yer verilmek suretiyle görüş, tespit ve önerilerde bulunulacaktır.

I. GENEL OLARAK ALENİYET İLKESİ

Aleniyet ilkesi, yargılamanın yapıldığı duruşma salonuna, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin serbestçe girip yargılamayı izleyebilme imkanına sahip olmalarını ve hükmün, yargılamanın tarafı olmayan kişilerce de öğrenilmesini sağlayacak şekilde açıklanmasını ifade eden ilkedir.^[5]

Duruşmaların aleni yapılması Roma Hukuku, Yunan Hukuku ve eski Cermen Hukukunda bile kabul edilen evrensel olarak nitelendirilebilecek bir ilkedir. Ancak bu ilkenin önemi zaman içerisinde özellikle Orta Çağ’da kaybolmuştur. Sonrasında 1789 Fransız İhtilali ile bu ilke yeniden önem kazanmış ve Kıta Avrupası’nda tekrar yaygınlaşmıştır. 19. yüzyılın başına gelindiğinde ise aleniyet ve sözlülük ilkeleri neredeyse eş anlamlı kullanılan ilkeler olmuştur.^[6]

[5] Kurt Konca, *Aleniyet*, 12; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 118.

[6] Özden Özkaya Ferendeci, *Alman Hukuku’ndaki Örneği İle Sözlülük İlkesi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2019), 112.

Yargılamanın aleni olması ile kastedilmek istenen, mahkemelerde gerçekleşen duruşmaların aksi kanunlarda öngörülmedikçe yargılamanın tarafı durumunda olmayan herkese açık olmasıdır; zira yargılamanın taraflarına karşı yargılamanın aleni olduğu izahtan varestedir.

Yargılamanın taraflarına karşı yargılamanın aleni olması, *taraf aleniyeti* olarak ifade edilmektedir ki bu husus hukuki dinlenilme hakkının da bir unsurunu oluşturmaktadır.

Halk aleniyeti ise yargılamanın, yargılamanın tarafı durumunda olmayan kişilere açık olması ifade etmekte olup aleniyet ilkesinden kastedilmek istenenin bu olduğu söylenebilir.

Yargılamanın aleni olan kısmını duruşmaların icra edildiği aşama ile hükmün tefhimi aşaması oluşturmaktadır. Toplu mahkemelerde söz konusu olan müzakerenin gerçekleştiği aşama ise gizli (CMK m.227) olduğundan aleniyet ilkesi hükmün müzakeresi (CMK m.227-229) için geçerli bir ilke değildir.

Yargılamanın aleniyetinin sağlanabilmesi için duruşmayı izlemek isteyen üçüncü kişilerin duruşma salonuna girebilme ve yargılamayı izleyebilme olanağının bulunması yeterlidir. Ancak aleniyetin gerçekleşmiş sayılabilmesi için duruşma salonunda, yargılamanın taraflarından başka üçüncü bir kişinin mutlaka bulunması da şart değildir. Yargılama sırasında üçüncü bir kişi seyirci olarak duruşma salonunda hazır bulunmasa bile, yargılamanın tarafı olmayan böyle bir kişinin her an duruşma salonuna girebilme ve duruşmayı izleyebilme olanağının mevcut olduğu her durumda yargılamanın aleni olduğu genel olarak söylenebilir.^[7]

[7] Kurt Konca, *Aleniyet*, 11-12.

Aleniyet ilkesiyle yargılama hukukuna egemen olan diğer ilkeler arasında sıkı bir bağlantı olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Yargılama hukukuna egemen olan bütün ilkeler, amaçlarına uygun bir şekilde ulaşmak için aleniyet ilkesine ihtiyaç duyarlar. Anayasa Mahkemesi de 2013 yılında vermiş olduğu bir kararda aleniyet ilkesiyle ilgili şu tespitlerde bulunmuştur.^[8]

§32. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisi de Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen yargılamanın açık ve duruşmalı yapılması ilkesidir. Yargılamanın açıklığı ilkesinin amacı adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfiliği önlemektir. Bu yönüyle hukuk devletinin en önemli gerçekleştirme araçlarından birisini oluşturur. Özellikle ceza davalarında yargılamanın duruşmalı ve aleni yapılması silahların eşitliği ilkesinin ve savunma haklarının güvencesini oluşturur.

Aleniyet ilkesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda açıkça teminat altına alınmış bulunan, yargılama hukukuna egemen ilkelerden birisidir. Anayasa'nın 141. maddesinde yargılamaya egemen ilkelerden birisi olarak aleniyet ilkesine yer verilmiştir. Maddenin birinci ve ikinci fıkrası şu şekildedir:

(1) Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı^[9] yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. (2) Kü-

[8] AYM, B. No: 2013/664, 17.09.2013, R.G. Tarih-Sayı: 15.11.2013-28822.

[9] Anayasa'da ve CMK'da duruşmanın bir kısmının veya tamamının “kapalı” yapılmasından bahsedilmişken, HMK'da ise “gizli” yapılmasından bahsedilmiştir. Bu kapsamda CMK'nın ve Anayasa'nın “kapalı” zarfını, HMK'nın ise “gizli” zarfını kullandığı görülmektedir. Kanaatimizce “gizli” zarfı burada anlatılmak isteneni daha net karşılamaktadır.

çüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.

Aleniyet ilkesi aynı zamanda Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak temel hak ve özgürlükler skalasına dahildir. Bundan dolayı aleni yapılmayan bir yargılamanın adil olmayacağı da rahatlıkla söylenebilir. Anayasa'nın 36. ve 141. maddeleri dikkate alındığında aleniyet ilkesinin açık bir anayasal dayanağa ve güvenceye sahip olduğu izahtan varestedir. Bu kapsamda kanun koyucunun, aleniyet ilkesini bütünüyle ortadan kaldıracak düzenlemeler yapabilmesi hukuken mümkün değildir. Aksine bir durum Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir.^[10]

Sonuç itibarıyla Anayasa m.141'de aleniyet ilkesine getirilen üç istisna (genel ahlak, kamu güvenliği, küçüklerin yargılanması) haricinde bir başka istisna getirilmesinin mümkün olmadığını ve bu tarz getirilen düzenlemelerin de Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı düşüncesindeyiz.^[11]

II. ALENİYET İLKESİNİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Doktrinde aleniyet ilkesi çeşitli tasniflere tabi tutulmaktadır. Doktrinde sıklıkla kullanılan doğrudan-dolaylı aleniyet ile dinamik-statik aleniyet ayırmalarına kısaca temas etmek istiyoruz.

A) DOĞRUDAN ALENİYET

Doğrudan aleniyet, davanın tarafları dışında kalan herkesin, yargılamanın gerçekleştirildiği yere yani duruşma salonuna bizzat girerek yargılamayı izleyebilme ve hükmün açıklanması sırasında da orada bulunma olanağına

[10] Kurt Konca, *Aleniyet*, 60.

[11] Ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur Ersoy, *Aleniyet İlkesi ve COVID-19 Pandemisinin Aleniyet İlkesine Etkileri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 35-41.

sahip olmalarını ifade etmektedir. CMK'nın “*Duruşmanın açıklığı*” başlıklı 182. maddesinin birinci fıkrasında duruşmanın herkese açık olduğu net bir şekilde ifade olunmuştur.

Bununla birlikte doğrudan aleniyetin sağlanabilmesi için duruşma salonunun kapısının sürekli açık tutulması da şart değildir. Taraflar haricindeki isteyen herkesin bizzat duruşma salonuna girip yargılamayı izleyebilme olanağına sahip kılınmış olması yeterlidir.^[12]

İlkel bazda yargılamanın aleniliğiyle kastedilmek istenen doğrudan aleniyettir ve doğrudan aleniyet adil yargılanma hakkının unsurlarından birisidir.^[13]

Doğrudan aleniyet kendi içinde dinamik aleniyet – statik aleniyet şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır.

1. Dinamik Aleniyet

Dinamik aleniyet ile kastedilmek istenen yargılamanın yürütüldüğü duruşmaların aleni şekilde yapılmasıdır. Dinamik aleniyet, seyircilerin duruşma salonunda o anki yargılamayı izlemek üzere bulunmaları ile gerçekleştirilir. Seyircilerden kasıt, görülmekte olan davada herhangi bir sıfatı bulunmaksızın salt yargılamayı takip etmek amacıyla duruşma salonunda hazır bulunmak isteyen kimselerdir. Kural olarak herkes duruşmaya seyirci olarak katılabilir.^[14]

[12] Sesim Soyer Güleç, “Ceza Yargılaması Hukukunda İnsan Haklarının Bir Güvencesi Olarak Halka Açıklık İlkesi”, *Ceza Hukuku Dergisi* 2, no. 5 (Aralık 2007): 75.

[13] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 592; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 735; Serap Keskin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık* (İstanbul: Alfa Yayınları, 1997), 135.

[14] Kurt Konca, *Aleniyet*, 173-174; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 117; **KK-StPO**, §338 Kn.85.

Anayasa m.141’de ve CMK m.182’de duruşmaların herkese açık yani aleni olduğu belirtilmek suretiyle dinamik aleniyete vurgu yapıldığı söylenebilir.

2. Statik Aleniyet

Statik aleniyetten kastedilmek istenen hükmün aleni olarak tefhim edilmesidir. Statik aleniyet ile amaçlanan, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin mahkemenin verdiği kararlara ulaşabilmesi ve bu suretle kararların denetlenebilmesidir. Aleniyet ilkesi sadece duruşmaların aleni olmasını değil aynı zamanda verilen hükümlerin de aleni olarak tefhim edilmesini zorunlu kılar.^[15] Hükmün aleni olarak tefhim edilmesinden vazgeçilemez (CMK m.182/3).

B) DOLAYLI ALENİYET

Dolaylı aleniyet basın-yayın organlarının duruşmaları takip ederek yapacakları sesli, görüntülü veya yazılı haberler ile yargılamaya bizzat katılmamış olan kamuoyunu yargılama sırasında cereyan eden olaylar ve gelişmeler hakkında yargılama ile eş zamanlı veya yargılamadan sonra bilgilendirmeleri anlamına gelmektedir. Duruşmaların radyo, televizyon ve gazete gibi basın araçları ile geniş kitlelere duyurulması, dolaylı aleniyetin en sık görülen gerçekleşme şeklidir.^[16]

CMK’da dolaylı aleniyete istisna getiren düzenlemeye “Ses ve görüntü

[15] Kurt Konca, *Aleniyet*, 192; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 117; **KK-StPO**, §338 kn.85.

[16] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 592; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 735; Kurt Konca, *Aleniyet*, 120; Keskin, *Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, 136; Yokuş Sevük, *Aleniyet İlkesi*, 748; Soyer Güleç, *Halka Açıklık*, 75; Özkaya Ferendeci, *Sözlülük İlkesi*, 114.

alıcı aletlerin kullanılması yasağı” başlıklı 183. maddede yer verilmiştir. Madde şu şekildedir:

(1) 180 inci maddenin beşinci fıkrası ile 196 ncı maddenin dördüncü fıkrası hükmü saklı kalmak üzere, adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır.

Söz konusu maddeye göre kural olarak, adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan alet kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanacaktır. Bir başka deyişle kanun 183. madde ile dolaylı aleniyete istisna getirmiş bulunmaktadır. Buna karşın ses veya görüntü kaydı olmaksızın haber yapılması ve duruşmada yaşananların toplumla paylaşılması mümkündür.

III. CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA ALENİYET İLKESİNİN İSTİSNALARI

A) ALENİYET İLKESİNE CMK'DA GETİRİLEN GENEL İSTİSNA NEDENLERİ

Aleniyet ilkesi Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak temel hak ve özgürlükler skalasına dahildir. Bundan dolayı **alenî yapılmayan bir yargılamanın adil olmayacağı da rahatlıkla söylenebilir.** Anayasa'nın 36. ve 141. maddeleri dikkate alındığında aleniyet ilkesinin açık bir anayasal dayanağa ve güvenceye sahip olduğu izahtan varestedir.

Duruşmaların aleni olması mutlak bir kural olmadığından bu kuralın

istisnalarının olduğu bilinmektedir.^[17] Bu kapsamda belli şartların varlığı halinde duruşmaların tamamının veya bir kısmının gizli olarak icra edilmesi de mümkündür.

Yargılamanın aleni yapılması bazı durumlarda birtakım bireysel ve toplumsal menfaatlerle çatışabilmektedir. Bu durumların varlığı halinde yargılamanın aleni olması hem yargılamaya katılanlar hem de kamu açısından, yargılamanın gizli yapılmasına kıyasla daha büyük sakıncalar doğurabilmektedir. İşte aleniyet ilkesi ile çatışma halinde bulunan bireysel ve toplumsal değerleri korumak amacıyla bu ilkeye bazı sınırlamalar getirilmekte ve bu sakıncaları bertaraf etmek için de duruşmalar gizli yapılabilmektedir.^[18]

Anayasa m.141’de aleniyet ilkesine getirilen üç istisna (genel ahlak, kamu güvenliği, küçüklerin yargılanması) haricinde bir başka istisna getirilmesinin mümkün olmadığını ve bu tarz getirilen düzenlemelerin de Anayasa’ya aykırılık oluşturacağı düşüncesindeyiz.

Aleniyet kural, aleniyetin kaldırılması istisna olduğundan dolayı aleniyetin kaldırılmasına ilişkin Anayasa ve kanun hükümlerinin dar yorumlanması gerekir (*singularia non sunt extendenda*). Bu sebeplerin genişletici yorum ya da kıyasa başvurulması suretiyle kapsamının ve uygulama alanının genişletilmesi yoluna gidilmemelidir.^[19] Ayrıca mahkemenin, genel ahlak ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kılması dolayısıyla alacağı gizlilik kararındaki gereklilik derecesinin kesinlik düzeyinde olması gerekmektedir. Hakimin takdir yetkisini kullanırken bu hükmün bir istisna olduğunu

[17] **ROXIN**, §45 kn.4; **KK-StPO**, §338 kn.90; Yokuş Sevik, *Aleniyet İlkesi*, 753.

[18] Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 244; Kurt Konca, *Aleniyet*, 241.

[19] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 592; Kurt Konca, *Aleniyet*, 242.

unutmaması ve ona göre değerlendirme yapması zorunludur.^[20]

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *Duruşmanın açıklığı* başlıklı 182. maddesi şu şekildedir:

(1) Duruşma herkese açıktır.

(2) Genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.

(3) Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hükmüm açık duruşmada açıklanır.

Aleniyet ilkesine CMK'da getirilen genel istisna nedenleri şunlardır:

1. Genel Ahlak

Genel ahlak ile kastedilmek istenen bir toplumda belirli bir zamanda, makul ve orta zekalı kimselerin ortalama etik düşünce ve anlayışlarıdır. Bir diğer tanımla, toplumda yerleşmiş iyi geleneklerin gereği olarak, zihniyet, istek ve davranışlara ilişkin yapılagelen temel tutumlardır. Genel ahlak toplumda yerleşmiş iyi geleneklerle yakından ilişkilidir ve belli bir anda ve belli bir toplumda benimsenen etik düşüncelerin asgarisidir.^[21]

Anayasa ve CMK'da genel ahlakın *kesin olarak gerekli kıldığı hallerde* mahkemece duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına karar verilebileceği belirtilmiştir.^[22] Benzer bir hükme AİHS'te de yer ve-

[20] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 592-593.

[21] Kurt Konca, *Aleniyet*, 257; Nihat Bulut, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak," *AÜEHFD* IV, no. 1-2 (Ocak, 2000): 32-33.

[22] Çocuğun cinsel istismarı suçuyla ilgili bir dosyada Yargıtay 14. Ceza Dairesi duruşmanın kapalı yapılması gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi

rildiği görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında ulusal ve uluslararası metinlerde genel ahlakın aleniyetin kaldırılma nedenlerinden biri olarak kabul edildiği görülmektedir.

Ceza muhakemesinde cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlara ilişkin yargılamalarda toplumsal ahlakı korumak amacıyla duruşmalar genellikle gizli yapılmaktadır.^[23] Özellikle mağdurun çocuk olduğu cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlara ilişkin yargılamalarda mağdurun korunması adına yargılamanın gizli yapılması gerektiği ifade olunmaktadır.^[24] Ancak kanaatimizce burada yalnızca mağdur çocuğun menfaatinin korunmasından hareketle gizlilik kararı verilmesi mümkün değildir. Zira benimsediğimiz konseptte aleniyetin kaldırılıp duruşmanın gizli yapılabileceği haller sınırlı sayıda olduğundan bunların her ne gerekçeyle olursa olsun artırılması mümkün değildir. Bu kapsamda gizlilik kararına ilişkin gerekçede salt mağdur çocuğun menfaatinden bahsedilmesi yerine genel ahlakın korunması kavramının yorumlanması suretiyle aleniyetin kaldırıldığının

kararının bozulmasına karar vermiştir: *Dosya kapsamına göre; 27.12.2012 tarihli duruşmada Dairemizin 21.06.2012 gün, 2011/4177 Esas, 2012/7097 Karar sayılı “CMK’nın 182/2. maddesi gereğince duruşmanın kapalı yapılmasına karar verilerek, yapılan yargılama neticesinde, kararın açık duruşmada açıklanması gerektiği gözetilmeden, kapalı duruşmada açıklanması suretiyle CMK’nın 182/3. maddesine aykırı davranılması” şeklindeki bozma ilamına uyulmasına karar verildiği hâlde, her ne kadar duruşmanın kapalı olmasına ve 5271 sayılı CMK’nın 182/1. maddesi hükmüne göre kapalı yapılmasına karar verilmiş ise de, bu hallerde dahi duruşmanın bir parçası olan hükmün aleni verilmesi gerektiği gözetilmeksizin 26.09.2006 tarihinde duruşmanın kapalı yapılmasına dair karar kaldırılmadan hükmün yine kapalı duruşmada açıklanması suretiyle aleniyet kuralının ihlal edilmesi... Yargıtay 14. CD, E. 2014/9309, K. 2015/4983, 26.03.2015.*

[23] Soyer Güleç, *Halka Açıklık*, 83; Gökçe Tunç, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleniyet İlkesi,” (Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 2018), 64.

[24] **GRAF**, GVG §172 Kn.4; **SSW**, GVG §172 Kn.7; **KK-StPO**, GVG §172 Kn.7; **MEYER-GÖßNER**, §172 Kn.5.

belirtilmesi doğru olacaktır.

2. Kamu Güvenliği

Kamu güvenliği, kamu düzeninin bir alt kategorisidir. Tam bu noktada kamu güvenliği ile devlet güvenliği/ulusal güvenlik kavramlarının aynı anlama gelmediğini vurgulamakta fayda vardır. Zira devletin iç veya dış güvenliği, devlet sırrı, milli güvenlik gibi nedenlerin varlığı devlet güvenliği/ulusal güvenlik olarak ifade edilmekte olup, bu husus kamu güvenliğinden farklı bir içeriğe sahiptir. Dolayısıyla bu tarz durumların varlığı halinde aleniyetin kaldırılmasına karar verilmesi ve duruşmaların gizli yapılması kanaatimizce mümkün değildir. Şayet böyle bir değişiklik yapılması isteniyorsa bunun yapılacağı yer CMK değil Anayasa olmalıdır diye düşünmekteyiz.

3. Çocukların Yargılanması

Anayasa'nın 141. maddesinde *Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.* denilmek suretiyle küçüklerin (çocukların) yargılanmalarının aleniyet ilkesinin istisnalarından birisi olduğu açıkça ifade edilmiştir.^[25] Anayasa burada çocuklarla ilgili herhangi bir yaş sınırı öngörmemiş, bunu kanun koyucunun takdirine bırakmıştır. Kanun koyucu da takdir yetkisini tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde ve dünyanın çoğu ülkesinde kabul edildiği üzere on sekiz yaştan yana kullanmış

[25] İncoğlu'na göre Anayasa'da, AİHS'dekinin aksine, çocukların yargılmasında gizlilik ilkesinin egemen olacağı doğrudan belirtilmemektedir. Fakat Anayasa'nın yargılamanın açıklığını düzenleyen hükmünde kullanılan ifade biçimi (m.141/2) ve diğer maddeler (m.36 ve m.41) birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa'nın, çocukların yargılmasında gizlilik prensibini zorunlu kıldığı sonucuna varılabilir. Bkz. Sibel İncoğlu, "Çocuklara Özgü Yargılama Hukukunda Gizlilik İlkesinin Anayasa Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1, (Ocak 2002): 113-124.

ve CMK'nın 185. maddesinde sanığın (ÇMK'de kabul edilen terminoloji ile suça sürüklenen çocuğun) on sekiz yaşını doldurmamış olması halinde duruşmanın kapalı yapılacağını, hükmün de gizli duruşmada tefhim olunacağını düzenlemiştir.

Zorunlu kapalılık konusunda yargılamanın yapıldığı tarihteki yaş göz önünde bulundurulur. Başka bir deyişle kişi, suçun işlendiği tarihte on sekiz yaşından küçük olsa bile, duruşma sırasında on sekiz yaşını doldurmuşsa artık duruşma aleni olarak yapılacak ve hüküm de aleni olarak tefhim edilecektir.^[26]

Suçta sürüklenen çocukların duruşmaları gizli yapılır ve hüküm de gizli duruşmada açıklanır (CMK m.185). Kanun koyucu emredici bir düzenleme koymak suretiyle bu noktada yargılama makamına herhangi bir takdir yetkisi tanımamıştır. Burada duruşmaların kapalı yapılmasındaki amaç, çocuğun teşhir edilmesini, kalabalık izleyicilerin önünde korkmasını, utanmasını veya kendisini bir kahraman gibi görmesini ve ayrıca çocuğun büyük bir halk kitlesi tarafından tanınması suretiyle geleceğinin ciddi bir biçimde etkilenmesini önlemektir.^[27]

Gizli yapılacak yargılama sırasında mahkeme, bazı kişilerin duruşmada hazır bulunmasına izin verebilir. Bu gibi durumlarda adı geçenler, duruşmanın kapalı olmasını gerektiren hususları açıklamamaları bakımından uyarılırlar ve bu husus tutanağa yazılır (CMK m.187/1). Bu kapsamda çocuk, velisi, vasisi, mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisi, çocuğun bakımını üstlenen aile ve kurumda bakılıyorsa kurumun temsilcisi duruşmada hazır bulunabilir. Mahkeme veya hakim, çocuğun sorgusu

[26] Beşir Aslan, *Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011), 236.

[27] İnceoğlu, Gizlilik İlkesi, 114; Soyer Güleç, *Halka Açıklık*, 84; Aslan, *Yaş Küçüklüğü*, 234-235.

veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında suça sürüklenen çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurabilir (ÇKK m.22/2). Dolayısıyla ÇKK'da sayılan bu kişiler duruşma gizli yapılıyor olsa bile duruşmaya katılabilirler.^[28]

B) ALENİYET İLKESİNE CMK'DA GETİRİLEN ÖZEL İSTİSNA NEDENLERİ

CMK'nın aleniyet ilkesine ilişkin getirdiği genel istisna hükümlerinin Anayasa'nın 141. maddesi ile uyumlu olduğu söylenebilir. Ancak CMK'da aleniyetin kaldırılmasına ilişkin nedenlerin bu sayılanlarla sınırlı olmadığı görülmektedir. Biz bu nedenleri aleniyet ilkesine CMK'da getirilen özel istisna nedenleri olarak ifade etmeyi uygun görmekteyiz.

Bu nedenlerden ilki CMK m.209 hükmüdür. CMK'nın 209. maddesinin ikinci fıkrasında, sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda anlatılmasına mahkemece karar verilebileceği ifade edilmiştir. Bu son durum doktrinde, genel ahlak ve kamu güvenliği dışında, gizli oturum kararı verilebilmesi için bir diğer neden olarak görülmektedir. Kanaatimizce mahkemenin, ilgilinin istemi üzerine, sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin anlatılması süresince aleniyeti kaldırıp gizliliği kabul edebilmesi CMK m.209/2'ye göre mümkündür. Bu kapsamda söz konusu belgelerin anlatımı bittikten sonra gizlilik ortadan kalkacak ve aleni yargılamaya kaldığı yerden devam olunacaktır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, Anayasa'da, duruşmaların aleniliği ilkesinin üç istisnası olduğu kabul edilmektedir: Genel ahlak, kamu güvenliği ve çocukların yargılanması. CMK m.209/2'deki düzenlemenin, Anayasa'da

[28] Aslan, *Yaş Küçüklüğü*, 236.

kabul edilen üç istisnadan birinin içerisinde mütalaa edilebilmesi mümkün değildir. Bu açıdan bakıldığında CMK m.209/2 ile Anayasa’da kabul edilen üç istisnanın dışında bir dördüncü istisnanın, yargılamanın aleniliğini kaldırma sonucunu doğuracak şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Bu çerçeveden bakıldığında, Anayasa’nın 141. maddesinde belirtilen üç istisna haricinde, yargılamaların aleniliğini ortadan kaldıracak her türlü kanun değişikliğinin Anayasa’ya aykırılık teşkil edeceğini yinelemekte yarar görüyoruz. Bu bağlamda CMK m.209/2’nin, Anayasa m.141’e aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

CMK’da aleniyet ilkesine getirilen özel istisna nedenlerinden ikincisini *Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık* başlıklı 47. madde oluşturmaktadır.

Söz konusu madde uyarınca, bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, devlet sırrı^[29] olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler devlet sırrı sayılır. Şayet tanık olarak dinlenecek kişinin yapacağı açıklamaların devlet sırrı niteliğinde olduğu düşünülürse, tanık, yalnızca mahkeme hakimisi veya heyeti tarafından zabıt katibi olmaksızın dinlenecektir. Hakim veya mahkeme başkanı, bu tanık açıklamalarından yalnızca yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek olan bilgileri tutanağa kaydettirecektir. Kanun koyucu bu madde hükmünün yalnızca hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından uygulanmasını kabul etmiştir. Bu bağlamda, CMK’nın 47. maddesi ile devlet sırlarının korunması amacıyla hem halk aleniyetinin hem de taraf aleniyetinin tamamen kaldırılabilmesine imkan tanındığı görülmektedir.

[29] Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz Ozan Örs, “Ceza Yargılamasında Devlet Sırrı Üzerine Bir Değerlendirme,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 142 (2019): 9 vd.

Acaba CMK'nın 47. maddesindeki bu düzenleme Anayasa'ya uygun mudur?

İlk bakışta söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 141. maddesinde aleniyetin istisnalarından birisi olarak sayılan *kamu güvenliği* başlığı altında ele alınabilmesi mümkünmüş gibi gözükse de burada *kamu güvenliği* değil *milli/ulusal güvenlik* durumu söz konusudur ki bu iki kavramın da çok farklı anlamlara sahip olduğu ortadadır. Bu nedenle devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık yapılması esnasında duruşmanın -çok- gizli yapılacağına dair CMK m. 47'deki düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Zira CMK m. 47'de getirilen istisnanın, Anayasa'nın 141. maddesindeki üç istisnadan hiçbirinin kapsamına dahil edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki Anayasa'da yalnızca halk aleniyetinin sınırlandırılmasından bahsedilmiş, taraf aleniyetini sınırlandıran bir hükme ise hiç yer verilmemiştir. Bu kapsamda söz konusu hükmün aynı zamanda taraf aleniyetini ve dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkını da ihlal ettiğini söyleyebiliriz.

IV. ALENİYET İLKESİNİN İHLALİ SAYILAN HALLER VE BU İHLALİN SONUÇLARI

Aleniyet ilkesini düzenleyen kuralların ihlali iki şekilde ortaya çıkar: İlk durumda mahkeme aleniyet ilkesine ilişkin kurallara kasten; ikinci durumda ise dikkatsizlik, tecrübesizlik, özensizlik, ihmalkarlık gibi nedenlerle aykırı davranır. Bu kapsamda tek bir kişi için bile hukuka aykırı olarak aleniyetin kaldırılmış olması, yargılamanın aleniyetinin ihlal edilmiş sayılması için yeterlidir.^[30] Başka bir deyişle aleniyet ilkesinin ihlal edilmesi için mahkemenin bilerek veya bilmesi gerekerek, aleniyet ilkesine ilişkin

[30] GRAF, GVG §169 kn.3.

kurallara aykırı davranmış olması gerekmektedir.^[31]

Aleniyet ilkesinin hukuka aykırı bir şekilde sınırlanmış olmasına veya duruşmanın gerekmediği halde gizli yapılmış olmasına karşı hukuki çarelere başvurulabilir. Bu kapsamda söz konusu işleme karşı yargılamanın tarafı olan kişilerin istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulabilmesi mümkündür. Ayrıca aleniyet ilkesine aykırı olarak verilen bir karara karşı iç hukuk yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilme imkanı da mevcuttur; zira aleniyet ilkesine aykırılık aynı zamanda adil yargılanma hakkının da ihlali sonucunu doğurmaktadır.

Anayasa'da ve kanunlarda öngörülen geçerli bir neden yokken duruşma salonuna kimsenin alınmaması veya salonda bulunanların hukuka aykırı bir şekilde salondan çıkarılmaları, hükmün şartları oluşmamasına rağmen gizli oturumda açıklanması gibi durumların varlığı halinde yargılamanın aleniyeti ihlal edilmiş olur. Yukarıda da ifade olunduğu üzere aleniyet ilkesinin ihlal edilmiş sayılması için aleniyetin herkes bakımından kaldırılmış olması şart değildir; bir kişi dahi duruşma salonuna hukuka aykırı bir şekilde alınmamış veya yargılamayı izlemesi engellenmiş ise aleniyet ilkesinin ihlal edildiği söylenebilecektir.^[32] Yine, mahkeme salonunda yalnızca tek bir dinleyici için yer bulunması durumunda da aleniyet ilkesinin ihlal edilmiş olduğu söylenebilir.^[33]

Mahkeme duruşmaya başlarken, aleniyet ilkesinin yerine getirilip geti-

[31] Kurt Konca, *Aleniyet*, 329. Buna karşın Erem'e göre mahkemenin bir kusuru olmaksızın aleniyet prensibi ihlal edilmiş olursa, örneğin, mübaşirin, mahkeme başkanının farkına varmadığı bir hatası yüzünden, bu hal muhakemeye zarar vermez. Diğer hatalar muhakemenin tekrarlanması suretiyle tamir olunur. Bkz. Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 241.

[32] Kurt Konca, *Aleniyet*, 329.

[33] Soyer Güleç, *Halka Açıklık*, 76.

rilmediğine dikkat etmek zorundadır. Her ne kadar duruşma tutanağında yargılamanın aleni ya da gizli yapıldığına ilişkin açıklamaya yer verilmesi gerektiğine dair HMK m.154/3-c'dekine benzer bir hükme CMK'da açıkça yer verilmemişse de CMK m.221/1-b hükmünden hareketle mahkeme başkanının veya hakimin duruşma tutanaklarına yargılamanın aleni mi yoksa gizli mi yapıldığını mutlaka yazması gerektiğini düşünmekteyiz. Mahkeme başkanı veya hakim yargılamanın aleni yapıldığını tutanakla tespit ettiğine göre bu hususun gerçekten yerine getirilip getirilmediğini de araştırmak zorundadır. Ancak doktrinde mahkemenin, duruşma salonunda neden hiçbir izleyici bulunmadığını inceleme gibi bir yükümlülüğünün de olmadığı belirtilmektedir. Buna karşın mahkemenin, yargılamanın aleni yapılmasını sağlamak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü vardır. Zira aleniyet ilkesinin ihlali, mahkemenin sorumluluk alanı olan duruşma salonunda meydana gelmektedir. Bu bağlamda mahkeme, ilgililere, duruşma salonuna girip yargılamayı takip edebilme imkanını veriyorsa aleniyet ilkesini yerine getirmiş demektir.

Mahkeme tarafından aleniyetin kaldırılması kararı verilirken, kanunla gösterilen sebeplerin dışına çıkmış olması, istisnanın kapsamının genişletilmesi sonucunu doğuracaktır. Aleni duruşma yapılması kural, gizli duruşma yapılması istisna olduğundan, aleniyetin kaldırılma sebeplerinin dar yorumlanması gerekir. Dolayısıyla aleniyetin kaldırılma sebeplerinin geniş yorumlanması suretiyle gizlilik kararı verilmesi halinde de aleniyet ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.^[34]

Bu noktada cevaplandırılması gereken bir başka soru da aleniyet ilkesine aykırı bir halin nasıl tespit ve ispat edilebileceğidir. Zira aleniyet ilkesine aykırı bir uygulama gerçekleştirilmişse buna karşı tarafların hukuki çarelere başvurabilme imkanları bulunmaktadır. Bu noktada da en önemli ispat

[34] Kurt Konca, *Aleniyet*, 336.

aracı olarak karşımıza duruşma tutanakları çıkmaktadır.^[35] CMK'nın 219. maddesine göre duruşma için tutanak tutulur. Yargıtay'a göre duruşma tutanağı, ceza muhakemesi işlemlerinin belgelendirilebilmesi ve bu işlemlere belge delili değeri tanınabilmesi amacıyla düzenlenen ve yargılamanın, kanunun aradığı şekilde oluşturulan heyet tarafından ve yine kanunun belirlediği ölçüler içerisinde yapılıp yapılmadığı hususunda yegane delil olan ve sahteliği ya da gerçeğe aykırı olarak düzenlendiği yine aynı değerdeki bir delil ile ispatlanana kadar resmi belge niteliği taşıyan belgedir.^[36]

Bazı duruşma tutanaklarında duruşmanın aleni yapıldığına dair bir açıklamaya yer verilmezken, bazı duruşma tutanaklarında ise duruşmanın açık mı yoksa gizli mi yapıldığı hususunda çelişki yaratıldığı görülmektedir. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda yaratılan bu çelişkiyi bozma nedeni yapmaktadır: "...hükmün açık oturumda mı yoksa kapalı oturumda mı açıklandığı hususunun şüphede kaldığı gözetilerek..." Yargıtay 14. CD, 18.09.2017 T., 2035/3955; "...duruşma tutanağının başında oturumun kapalı olarak başladığı belirtildiği halde, kısa kararın son bölümünde 'açıkça okunup tefhim edildi' denilerek çelişki yaratılması..." Yargıtay 6. CD, 11.02.2010 T., 21525/1574; "...hükmün verildiği 6.6.2006 günlü oturumda kapalı celse açıldı denildikten sonra açık yargılamaya devam edildiğinin belirtildiği ve yargılama sonunda kararın kapalı celsede okunup açıklandığının gösterilmesi suretiyle de çelişki yaratılması..." Yargıtay 5. CD, 26.03.2007 T., 146/2268.

Peki aslında duruşma gizli yapılmış olmasına rağmen duruşma tutanağına duruşmanın aleni yapıldığı yazılmışsa bu husus nasıl ispat edilebilecektir? Burada yapılması gereken CMK m.222 uyarınca tutanağa karşı sahtecilik iddiası yöneltilmesidir. Sahtecilik iddiasından kasıt, gerçeğe ay-

[35] Bkz. Kurt Konca, *Aleniyet*, 341.

[36] YCGK, E. 2012/7-1554, K. 2013/256, 21.05.2013.

kırı olarak düzenlendiği iddia edilen resmi belgenin (duruşma tutanağının) gerçek durumu yansıtmadığı ve bu itibarla mahkeme başkanının veya hakimnin resmi belgede sahtecilik suçunu işlediğinden bahisle haklarında suç duyurusunda bulunulmasıdır. Kanaatimizce ilgili kişi yaptığı suç duyurusunda aleni yapıldığı belirtilen duruşmanın gerçekte gizli yapıldığını her türlü delille ispat edebilme imkanına sahip olmalıdır. Aksi durumda bunun ispatı için yalnızca başka bir resmi belgenin mevcudiyetinin şart koşulması bu yolu işlevsiz hale getirecektir. Kanaatimizce bu gibi durumlarda duruşma sırasında hazır olanların tanık olarak ifadelerine başvurulabilir veya ses-görüntü kaydı gerçekleştirilmişse -hukuka aykırı delillerle ilgili tartışmalar saklı kalmak kaydıyla- bunlar da sahteciliğin ispatında delil olarak kullanılabilir.

Aleniyet ilkesinin ihlal edilmesi durumu doktrinde, CMK m.289/1-f kapsamında hukuka kesin aykırılık hali olarak kabul edilmektedir. Daha önce de vurgulandığı üzere aleniyet ilkesi, diğer yargılama ilkelerinin yanında özel bir yere sahip bulunmaktadır. Bunu söz konusu ilkenin hem uluslararası hukuk metinlerinde hem Anayasa’da hem de yargılamaya ilişkin diğer kanunlarda ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasından da anlamaktayız. Bu kapsamda kanaatimizce, aleniyet ilkesinin ihlal edilmiş olması mahkemenin bilgisi dahilinde olsun veya olmasın hukuka kesin aykırılık hali olarak değerlendirilmelidir.

Yargıtay’ın ve bölge adliye mahkemelerinin aleniyet ilkesinin ihlali dolayısıyla vermiş oldukları kararların büyük bir çoğunluğunun, suça sürüklenen çocuğun yargılama sırasında 18 yaşını doldurmasına rağmen duruşmanın gizli yapılmış olması ve hükmün de gizli oturumda verilmesine dayandığı görülmektedir. Kanaatimizce, aleniyet ilkesinin neredeyse sadece suça sürüklenen çocuklara ilişkin yargılamalarda karşımıza çıkan bir kurum olarak görülmesinin temelinde, muhakemenin süjelerinin aleniyet ilkesinden tam olarak ne anlaşılması gerektiğini bilmedikleri ve/veya buna

çok büyük önem atfetmedikleri gerçeği yatmaktadır.

Buna karşın suça sürüklenen çocuğun gizli yapılması gereken yargılama-sının açık yapılmış olması ve hükmün de açık oturumda verilmiş olması durumunda Yargıtay, bu aykırılığın telafisinin artık mümkün olmadığını; aksinin kabulü halinde suça sürüklenen çocuğun yeniden sanık olarak duruşmalara davet edilmesinin ve yeniden gizli şekilde yargılanmasının çocuk üzerinde yaratacağı yıkımın daha fazla olacağından hareketle, sırf bu nedenle hükmün bozulmasının mümkün olmadığı yolunda içtihat oluşturmuştur.

Uygulamada sıklıkla görülen durumlardan bir diğeri de, suça sürüklenen çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemesi durumunda nasıl bir uygulama yapılacağıdır. Kural yetişkinlerle suça sürüklenen çocukların yargılamalarının ayrı mahkemelerde yapılmasıdır. Buna karşın davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görüldüğü durumlarda, çocuk mahkemesi veya çocuk ağır ceza mahkemesinin uygun bulması şartıyla davaların genel mahkemelerde birleştirilebileceği kabul edilmektedir. CMK m.10'a göre, birleştirilen davalarda, bu davaları gören mahkemenin tabi olduğu yargılama usulü uygulanır. Bu açıdan bakıldığında çocuk mahkemelerindeki bir dava ile genel mahkemelerdeki bir davanın genel mahkemede birleştirilmesi durumunda yargılama usulü genel mahkemenin usulüne göre yürütülecektir. Bir başka deyişle bu durumda yargılama açık olarak yapılacak, hüküm de açık duruşmada tefhim olunacaktır. Ancak böyle bir kabulün çocuğun yüksek yararı ilkesine ters düşeceği ortadadır. Yargıtay verdiği yeni tarihli kararlarda, çocukların, yaşı büyük sanıklarla yargılanmaları halinde de duruşmanın kapalı yapılması gerektiği sonucuna varmıştır: “Çocuklar ile yetişkin sanıkların birlikte suç işlemesi durumunda; soruşturmanın ve kovuşturmanın kural olarak ayrı yürütülmesi gerekmekte olup davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu olduğu hâllerde ise genel mahkemelerde, yargılamanın her aşamasında birleştirme kararı verilebilir. Birleşen dava-

ların genel mahkemelerde görülmesi gerekmekte olup bu durumda her ne kadar genel mahkemelerde duruşma açık yapılmakta ise de davaların birlikte görülmesinden umulan fayda ile çocukların korunması ihtiyacı ortadan kalkmadığından duruşmanın kapalı yapılmasının gerektiği kabul edilmedir. Bu yorum ceza yargılamasının genel ilkelerinden olan duruşmanın açık yapılması kuralına çocukların korunması ve yargılamadan etkilenmemesi amacıyla istisna getirerek çocuklar hakkındaki duruşmaların kapalı yapılmasını düzenleyen kanun koyucunun amacına da uygun düşmektedir.” Ancak söz konusu kararda Yargıtay’ın inceleme tarihi itibarıyla sanığın 18 yaşını doldurmuş olması sebebiyle geline aşamada bu aykırılığın giderilmesi imkanının bulunmadığı da vurgulanmıştır. (YCGK, 12.06.2018 T.)

Aleniyet ilkesiyle bağlantılı olarak Yargıtay tarafından verilen başka kararlarda ise, genel ahlak veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde duruşma kapalı yapılsa bile hükmün mutlaka açık duruşmada tefhiminin zorunlu olduğu; kapalı yürütülen yargılama sonucunda hükmün verileceği celse kapalılığın kaldırıldığına dair ara karar verilmeksizin gerçekleştirilen duruşmada kurulan hükmün kapalı oturumda okunup açıklanmasının aleniyet ilkesinin ihlali olarak değerlendirildiği görülmektedir (Yargıtay 9. CD, 2021/6009 E., 2022/759)

Aleniyet ilkesinin, adil yargılanma hakkının bir alt unsuru olduğu da ortadadır ve dolayısıyla aleniyet ilkesini ihlal eden bütün uygulamaların aynı zamanda adil yargılanma hakkının da ihlali sonucunu doğuracağı izahtan varestedir.

Son olarak AİHM’in konuya yaklaşımına da kısaca değinmekte fayda görmekteyiz. AİHM, AİHS’e taraf olan devletlerin iç hukuklarındaki çeşitlilik nedeniyle, aleniyet ilkesine aykırılık oluşup oluşmadığını incelerken, yargılamayı bir bütün olarak ele almaktadır. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargılamanın her aşamasında aleniyetin gerçekleştirilmiş olmasını zorunlu görmemektedir; asıl önemli olan aleniyet ile iste-

nilen amaca ulaşıp ulaşılmadığıdır.^[37] Bu açıdan bakıldığında Anayasa’da aleniyet ilkesine ilişkin kabul edilen sistemin, AİHS’ten daha ileri bir düzenleme getirdiği ortadadır. Bu nedenle adil yargılanma hakkının uzantısı olan aleniyet ilkesiyle bağlantılı olarak daha fazla güvence, daha az sınırlama içeren Anayasamızdaki aleniyet ilkesine ilişkin hükümlerin AİHS’teki normlara ve AİHM içtihatlarındaki görüşe tercih edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu açıdan bakıldığında aleniyet ilkesinin istisnalarını düzenleyen AİHS m.6’nın öngördüğü düzenlemelerin doğrudan iç hukukumuzda uygulama imkanının bulunmadığını, şayet bu istisnaların Türk hukukunda hayata geçirilmesi isteniyorsa yapılması gerekenin Anayasa’nın 141. maddesinde değişikliğe gidilmesi olduğunu söyleyebiliriz.

SONUÇ

Aleniyet ilkesi, yargılamanın yapıldığı duruşma salonuna, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin serbestçe girip yargılamayı izleyebilme imkanına sahip olmalarını ve hükmün, yargılamanın tarafı olmayan kişilerce de öğrenilmesini sağlayacak şekilde açıklanmasını ifade etmektedir. Aleniyet ilkesi yargılama hukuklarına egemen diğer muhakeme ilkelerinin varlığını da teminat altına almaktadır. Bu açıdan bakıldığında aleniyet ilkesinin, özellikle adil bir yargılama için “*usuli garanti ilkesi*” konumunda olduğu ortadadır. Ceza muhakemesi hukuku özelinde ise aleniyet ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında hayati öneme haiz olduğu söylenebilir.

Aleniyet ilkesinin ihlal edilmesi, CMK m.289 kapsamında hukuka kesin aykırılık hali olarak kabul edilmektedir. Aleniyet ilkesinin hukuka ay-

[37] İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, 343; Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2008), 214; Yokuş Sevik, *Aleniyet İlkesi*, 751.

kırı bir şekilde sınırlandırılmış olmasına veya duruşmanın gerekmediği halde gizli yapılmış olmasına karşı hukuki çarelere başvurulabilir. Bu kapsamda söz konusu işleme karşı yargılamanın tarafı olan kişilerin istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulabilmesi mümkündür. Ayrıca aleniyet ilkesine aykırı olarak verilen bir karara karşı iç hukuk yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilme imkanı da mevcuttur; zira aleniyet ilkesine aykırılık aynı zamanda adil yargılanma hakkının da ihlali sonucunu doğurmaktadır.

KAYNAKÇA

Aslan, Beşir. *Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.

Bulut, Nihat. “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak,” *AÜEHFD* IV, no. 1-2 (Ocak, 2000): 29-42.

Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2018.

Erem, Faruk. *Ceza Usulü Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.

Ersoy, Uğur. *Aleniyet İlkesi ve COVID-19 Pandemisinin Aleniyet İlkesine Etkileri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı – Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2005.

İnceoğlu, Sibel. “Çocuklara Özgü Yargılama Hukukunda Gizlilik İlkesinin Anayasa Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1, (Ocak 2002): 113-124.

Karakehya, Hakan. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2008.

Kunter, Nurullah. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1974.

Kurt Konca, Nesibe. *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.

Keskin, Serap. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*. İstanbul: Alfa Yayınları, 1997.

Örs, Cengiz Ozan. “Ceza Yargılamasında Devlet Sırrı Üzerine Bir Değerlendirme,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 142 (2019): 9-58.

Özkaya Ferendeci, Özden. *Alman Hukuku'ndaki Örneği İle Sözlülük İlkesi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2019.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Soyaslan, Doğan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

Soyer Güleç, Sesim. “Ceza Yargılaması Hukukunda İnsan Haklarının Bir Güvencesi Olarak Halka Açıklık İlkesi”, *Ceza Hukuku Dergisi* 2, no. 5 (Aralık 2007): 73-103.

Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku II*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

Tunç, Gökçe. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleniyet İlkesi.” Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 2018.

Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Yokuş Sevük, Handan. “Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi”, in: *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

TÜRK HUKUKUNDA MED-ARB

Aşamalı Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları

Bilgin TİRYAKİOĞLU^[1]

Öz

Bir uyuşmazlığın çözümü için nihai olarak tahkim veya devlet yargısına başvurulmadan önce tarafların müzakere, arabuluculuk, uyuşmazlık çözüm kurulu gibi diğer uyuşmazlık çözüm yollarının tüketilmesini öngördükleri anlaşmalar yeni bir olgu değildir. Aşamalı uyuşmazlık çözüm kaydında son aşamanın tahkim olarak belirlendiği durumlarda aşamalı veya basamaklı tahkim anlaşması söz konusu olup, bu tür uyuşmazlık çözümüne ilişkin anlaşmalar tahkim uygulamasında daha sık kullanılmaktadır. Tahkim öncesinde başvurulması öngörülen bir veya daha çok aşamanın yer aldığı anlaşmaların taraflar arasındaki gerginliği azalttığı ve uzun süreli ticari ilişkilerin devamına katkıda bulunduğu genel kabul görmektedir. Bununa karşılık aşamalı uyuşmazlık çözüm kayıtlarının bazen uyuşmazlığın nihai bir karar ile çözümünü geciktirmesi ve engellemesi riski de bulunmaktadır. Bunun yanı sıra bu tür uyuşmazlık çözüm kayıtlarının kaleme alınışında özensiz davranılması nedeniyle tahkim öncesindeki aşamaların zorunlu mu yoksa ihtiyari mi olduğunun yarattığı belirsizlikler çelişkili hakem kararların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Belirsizliğin olması halinde, öncelikle tahkim öncesinde öngörülen aşamaların zorunlu olup olmadığı konusunda tarafların iradesinin yorumlanması gerekir. Hiç şüphesiz aşamaların zorunlu olduğu kanaatine varılırsa, tahkim yargılaması

[1] Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, bilgint@bilkent.edu.tr

sırasında ve sonrasında buna bağlanan sonuçlar aşamaların ihtiyari olması haline bağlanan sonuçlardan farklı olacaktır.

Anahtar Kelimeler:

yatırım tahkimi

bekleme süresi

dostane çözüm yöntemleri

milletlerarası ticari tahkim

iki taraflı yatırım anlaşmaları

Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses

Abstract

It has not been a recent phenomenon for the parties to a dispute to envisage the exhaustion of other dispute resolution methods, such as negotiation, mediation, and dispute resolution boards before a dispute is finally referred to arbitration or state jurisdiction. In a multi-tiered dispute resolution clause, if the final stage is determined as arbitration, it is called a multi-tiered arbitration agreement; they are used more frequently in arbitration practice. It is generally accepted that agreements with one or more stages to be applied before arbitration proceedings reduce the tension between the parties and contribute to long-term commercial relations. On the other hand, tiered dispute resolution clauses sometimes risk delaying or preventing the settlement of the dispute by a final and binding decision. Furthermore, inappropriately drafting such dispute resolution clauses creates ambiguity about whether the pre-arbitration stages are compulsory or voluntary, leading to contradictory arbitral awards. In case of uncertainty, it is first necessary to interpret the parties' intent on whether the stages envisaged before the arbitration are compulsory. If it is concluded that the stages are compulsory, the consequences attached to them during and after the arbitration proceedings will differ from those attributed to the voluntary nature of the stages.

Keywords:

investment arbitration

waiting period

bilateral investment treaties

international commercial
arbitration

amicable dispute
resolution methods

1. AŞAMALI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM KAYITLARININ İŞLEVİ

Aşamalı uyuşmazlık çözüm kayıtları, tahkim veya devlet yargısına başvurmadan önce bir veya daha çok barışçıl ya da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine yer verdiği için taraflarca öngörülmüş olan bir aşamada uyuşmazlık giderilirse, bir sonraki aşamaya geçilmesine gerek kalmadığından uyuşmazlığın daha kısa sürede çözümünü sağladığı gibi yargılama giderlerinin azalmasına katkıda bulunmaktadır.^[2] Bu nedenle, aşamalı uyuşmazlık çözümüne ilişkin tüm hükümlerin taraflara en uygun ve etkili çözüm mekanizmasını sunma amacı taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Aşamalı uyuşmazlık çözümüne ilişkin kayıtlarda, uyuşmazlığı nihai bir kararla sona erdirecek olan tahkim ya da devlet yargısı esas itibarıyla en son aşamadır. Bununla birlikte, nihai aşama öncesinde kaç aşama olacağı ve bu aşamalarda hangi uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yer verileceği tamamen tarafların anlaşmasına bağlıdır.^[3] Her türlü dostane veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, nihai aşama öncesinde başvurulacak aşama olarak belirlenebilir.^[4] Gerçekten de taraflar, tahkim ya da devlet yargısına başvurmadan önce sadece barışçıl çözüm yolu olan müzakere veya istişare yöntemini öngörebileceği gibi, bu yöntemi dışlayarak veya bu yöntemi de dahil ederek arabuluculuk, uzlaştırma, uzman tayini gibi diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin birine veya birkaçına başvurulmasını öngörebilir.

[2] Shaneen Parikh and Jeet H. Shroff, “Tiered Dispute Resolution Clauses: Do You Walk the Straight and Narrow Part?,” <https://www.ibanet.org/article/162496bc-c977-48e7-8ab0-33c108927dc0> (erişim 11.06.2024).

[3] Wian Erlank, “Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses,” 9. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1491027 (erişim 11.06.2024).

[4] Craig Tevendale, Hanah Ambrose and Vanessa Naish, “Multi-Tier Dispute Resolution Clauses and Arbitration”, *Turkish Commercial Law Review 1*, no.1 (2015): 31.

Tarafların nihai karar öncesi öngördükleri aşamalar arasındaki süreler yu-
muşama dönemi (*cooling off period*) veya bekleme süresi (*waiting period*) ola-
rak ifade edilmektedir.^[5] Taraflarca belirlenen ön aşamalarda uyuşmazlığın
giderilmemesi halinde, son aşamanın tahkim olarak belirlendiği durumlarda
hakem mahkemeleri, son aşamanın devlet yargısı olarak belirlendiği durum-
larda devlet mahkemeleri tarafından uyuşmazlık kesin hüküm niteliğini taşı-
yan ve tarafları bağlayan bir karar ile çözülür.

Son aşamanın ya devlet yargısı ya da tahkim olması yatırım tah-
kimi bakımından şart değildir. Yatırımların korunmasına ve teşviki-
ne ilişkin iki veya çok taraflı uluslararası anlaşmalarda yer alan uyuş-
mazlık çözüm kayıtlarında tahkim öncesinde bir aşama olarak devlet
yargısına başvurulması hükme bağlanmış olabilir. Yaygın olmasa da bazı
ikili yatırım anlaşmalarda tahkim yoluna başvurmadan önce ev sahibi dev-
let mahkemelerine başvurulması zorunlu^[6] bazılarında ihtiyari olarak^[7]

[5] Tahkim anlaşmalarında bu tür kayıtlara tahkim sürecini öncesinde sözleşme
ile belirlenen süreler (*contractual time limits to commence arbitration*) olarak
adlandırıldığı görülmektedir: Yasin Alperen Karaşahin, “Contractual Time Limits
to Commence Arbitration,” *Journal of International Arbitration* 37, no. 2 (2020):
209.

[6] Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların
Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının 7(2). maddesinde (RG. 22.09.1994-
22059); Türkiye ile Tacikistan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve
Korunmasına İlişkin Anlaşmanın 10. maddesinde (RG. 12.09.1997/23108); Türkiye
ile Bosna Hersek Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin
Anlaşmanın 8. maddesinde (RG 04.05.2000/24039); Türkiye ile Gürcistan Arasında
Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın 7. maddesinde
(RG. 01.06.2021/31498) ve Türkiye Cumhuriyeti ile Türkmenistan Arasında
Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının 7(2). maddesinde (RG.
22.09.1994-22059) ev sahibi devlet mahkemelerine başvuru, tahkim öncesinde
tüketilmesi gereken bir aşama olarak düzenlenmiştir. Ancak söz konusu maddeler,
ev sahibi devlet mahkemelerine başvurunun zorunlu mu yoksa ihtiyari mi olduğu
konusunda tartışmalara yol açacak bir şekilde kaleme alınmıştır.

[7] Bazı ikili yatırım anlaşmaları tahkim yoluna başvurulmasından önce ev sahibi
devlet mahkemelerine başvurulması imkanını sağlasa da bunu ön koşul olarak
belirlememiştir. Yatırımcı ev sahibi devlet mahkemelerine başvurmak zorunda
değildir. Bununla beraber, ev sahibi devlet mahkemelerine gidilmiş ise ilgili
ikili yatırım anlaşmasında öngörülen süre içinde mahkeme tarafından nihai
bir karar verilmemiş olması gerekir. Örneğin, Hollanda Krallığı ve Türkiye
Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının
8(2) maddesinde (RG 08.09.1989-20276) ve İsviçre Konfederasyonu ile Türkiye
Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının
8(3) maddesinde (RG 06.10.1989-20304) son aşama olarak öngörülen ICSID

öngörülmektedir.^[8] Ev sahibi devlet mahkemelerinin tahkim seçenekleriyle birlikte son aşama olarak öngörüldüğü, diğer bir ifadeyle yatırımcının ön aşamaları tükettikten sonra, nihai olarak ev sahibi devlet mahkemelerine veya tahkim yoluna başvurmaya imkân veren uyuşmazlık çözüm kayıtları son yıllarda yapılan ikili yatırım anlaşmalarında yoğun bir şekilde tercih edilmektedir.^[9] Bu tür uyuşmazlık çözüm hükümleri söz konusu olduğunda, yatırımcının ev sahibi devlet mahkemeleri ya da tahkim yolunu seçmesi halinde diğer seçeneğe başvurma imkânı ortadan kalkmaktadır.

Yatırım tahkiminde devlet yargısına başvurunun tahkim öncesi zorunlu veya ihtiyari bir aşama olması veya tahkim ya da devlet yargısının son aşamada alternatif olarak seçilebilecek bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması, ticari tahkimde kabul gören anlayışın aksine, tarafların tahkime gitme iradesinin mutlak olmadığı, dolayısıyla söz konusu uyuşmazlık çözüm hükmünün geçersizliği anlamına gelmemektedir.^[10]

tahkimine gidilebilmesi için, eğer başvurulmuş ise ev sahibi devlet mahkemelerinin belirli bir süre içinde nihai kararını vermemiş olması gerekir.

[8] Bu kayıtların zorunlu ya da ihtiyari olup olmadıkları anlaşma hükmünde açık bir şekilde kaleme alınmamış ise, hakem mahkemeleri ticari tahkimde olduğu gibi tarafların iradesinin yorumu ile bir sonuca varmaktadır: Serhat Eskiörük ve Gürkan Çağan, “Yeni Nesil İki Yanlı Yatırım Anlaşmalarında Güncel Eğilimler,” *Legal Hukuk Dergisi* 19, no. 220 (2021): 1626.

[9] Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Kırgız Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın 10 (3). maddesi (RG. 16.08.2019-30860 Mükerrer), Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fransa Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın 8(2). maddesi (RG. 26.06.2009-27270) yatırımcıya son aşamada ev sahibi devlet mahkemesine ya da tahkim yoluna başvurma imkanını vermektedir. Bu tür hükümler yol ayrımı (*fork-in-the road*) hükmü olarak adlandırılmaktadır: Christoph Schreuer, “Travelling the BIT-Route-Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road,” *The Journal of World Investment & Trade* 5, no. 2 (2004): 232.

[10] Berk Demirkol, “Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2017):

II. AŞAMALI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM HÜKÜMLERİNİN YARARLARI VE SAKINICALARI

Uyuşmazlığın nihai aşamada tahkim yoluyla veya devlet yargısı tarafından çözümü için bazı ön aşamalara başvurulmasının kararlaştırılması halinde, taraflar arasındaki gerilim azalmakta ve uyuşmazlığın çetin yargılama sürecine girmeden çözümü mümkün olabilmektedir. Aşamalı uyuşmazlık çözüm kayıtları, taraflar arasındaki iş birliğinin devamına katkıda bulunduğu için özellikle mühendislik ve inşaat sözleşmeleri gibi uzun süreli ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından tercih edilmektedir.^[11] Aşamalı uyuşmazlık çözüm kayıtlarında, özellikle tahkimin son aşama olarak öngörüldüğü durumlarda aşamalar arasındaki bekleme sürelerinin taraflar arasındaki gerginliği azaltma ihtimali göz ardı edilemez. Söz konusu süreler, tarafların uyuşmazlığın kaynakladığı konuları belirlemelerine, ortak çıkarları konusunda uzlaşmalarına ve birbirlerinin taleplerini daha iyi anlamalarına yardımcı olabilir.^[12] Gerçekten de uzun süreli ve karmaşık ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların doğrudan tahkim veya devlet yargısı önüne götürülmesi uyuşmazlığın oluşturduğu gergin bir ortamda taraflar arasındaki ilişkileri kopma noktasına getirebilir.

Aşamalı uyuşmazlık çözüm anlaşmalarının, yalın tahkim anlaşmaları bakımından ortaya çıkmayan bazı riskleri taşıdığı inkâr edilemez. Bunlar arasında en kritik olanlar, bu tür anlaşmaların tarafların adalete erişimi-

329.

[11] Sai R. Garimella and Nizamuddin A. Siddiqui, “The Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Contemporary Judicial Opinion,” *IIUM Law Journal* 24, no.1 (2016): 159; Erlank, “Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution,” 8.

[12] Tevendale, Ambrose and Naish, “Multi-Tier Dipute,” 33.

ni, nihai bir karara ulaşmasını geciktirmesi ve icra edilebilir nitelikte bir kararın ortaya çıkmasına engel olmasıdır.^[13] Diğer bir risk ise, tahkim öncesinde öngörülen aşamaların ihtiyari mi, yoksa zorunlu mu olduğu tartışmalarının yaratacağı farklı sonuçlardır. Bu bağlamda tahkim öncesinde öngörülen aşamalar tüketilmeden tahkime başvurulması halinde bunun bir yetki sorunu mu, kabul edilebilirlik sorunu mu yoksa bekletici mesele mi yapılacağı hususunda farklı sonuçlara varan hakem kararları dikkati çekmektedir. Burada ortaya çıkan diğer bir tartışma, *Kompetenz-kompetenz* ilkesi uyarınca hakem mahkemesinin bu hususu re'sen dikkate almasının gerekli olup olmadığıdır.^[14] Aşamalı uyuşmazlık çözüm kayıtları bakımından ortaya çıkma ihtimali olan bir diğer sorun ise, son aşama öncesinde tarafların kullandıkları bilgi ve belgelerin tahkim sürecinin gizliliğine zarar vermesidir. Nihayet, tahkim aşamasında uyuşmazlıkla ilgili ek bir talebin ya da karşı talebin yapılması halinde karşı tarafın bu taleplerin önceki aşamalarda ileri sürülmediği yönünde itirazda bulunması düşük bir ihtimal değildir.^[15]

Aşamalı tahkim anlaşmalarında ön aşamalar tüketilmeden tahkim yoluna başvurulması halinde tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkan yukarıdaki sorunlar, hakem kararının verilmesinden sonra hakem kararının iptali davasında iptal sebebi veya tanınması-tenfizi aşamasında tanıma-tenfiz engeli olarak karşımıza çıkabilir.^[16]

[13] Garimella and Siddiqui, "Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution," 167; Tevendale, Ambrose and Naish, "Multi-Tier Dipute," 31.

[14] Tevendale, Ambrose and Naish, "Multi-Tier Dipute," 34.

[15] Vasilis Pappas F L and George M Vlaivanos, "Multiple Tiers, Multiple Risks- Multiple-Tier Dispute Resolution Clauses," *Dispute Resolution International* 12, no. 1 (2018): 6-7.

[16] Nuray Ekşi, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usullerin Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları*, (İstanbul: Beta, 2015), 24.

Yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümü için yapılan bir aşamalı bir tahkim anlaşmasının geçerliğinin hangi hukuka tâbi olacağı, bu anlaşmaların maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna ilişkin bir konu mu olduğunun tespiti gibi tartışmalı konular aynen yalın tahkim anlaşmalarında olduğu gibi varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

Aşamalı uyuşmazlık çözüm kayıtlarında aşamaların zorunlu olup olmadığına anlaşılmasına imkân veren açık ve ayrıntılı bir dil kullanılması halinde aşamaların başarısızlıkla sonuçlanması ihtimalinde nasıl bir süreç izleneceğinin belirlenmiş olması ve aşamalar arasındaki sürelerin ne zaman başlayıp ne zaman biteceğinin uygun bir şekilde kararlaştırılmış olması^[17] yukarıda sözü edilen bazı risklerin ve çelişkili hakem kararlarının ortaya çıkmasına engel olabilir. Çünkü bu durumda uyuşmazlık çözüm kaydının sözü esas alınacaktır; ayrıca tarafların iradesinin yorumlanmasına gerek yoktur.^[18]

III. BAĞLAYICI BİR YARGI KARARI ÖNCESİNDE ÖNGÖRÜLEN AŞAMALARIN ZORUNLU VEYA İHTİYARİ OLDUĞUNUN TESPİTİ

Aşamalı uyuşmazlık çözümüne ilişkin bir anlaşmada, aşamaların bir yükümlülük mü getirdiği, yoksa taraflara arzu ettikleri takdirde kullanabilecekleri bir seçenek mi sunduğu tartışmasının önüne geçebilecek en mantıklı ve kolay çözüm söz konusu anlaşmanın dikkatli bir şekilde kalemeye alınmasıdır.^[19] Böylelikle tarafların iradelerinin yorumuna gitmeden öngörülen aşamaların zorunlu mu yoksa ihtiyari mi olduğuna kolaylıkla

[17] Michael Pryles, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses,” *Journal of International Arbitration* 18, no.2, (2001): 160.

[18] Parikh and Shroff, Tiered Dispute Resolution Clauses.

[19] Erlank, Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution 9.

karar verilebilir.^[20] Gerçekten, tahkim anlaşmasında yer alan ön aşamaların herhangi bir duraksamaya yer bırakmayacak şekilde taraflar arasında bağlayıcı ve zorunlu olarak tüketilmesi gereken aşamalar olduğu ve bunlar için öngörülen sürecin kimler tarafından nasıl ve hangi süreler içinde işletileceği açıksa, bu durumda tarafların anlaşma metninde açık bir şekilde ortaya koymuş oldukları iradesine öncelik verilerek söz konusu süreç sorunsuz bir şekilde işletilebilecektir.^[21]

Aşamalı tahkim anlaşmasının açık bir şekilde kaleme alınmadığı durumlarda ise tarafların iradesi yorumlanacaktır.^[22] Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yorumun tabi olacağı hukuk somut olayın koşullarına göre farklı olabilir. Bunun sonucunda uygulanacak hukukun yorum kuralları dikkate alınacaktır. Dahası, tarafların iradesinin yorumu bakımından aynı hukuku uygulayan hakem mahkemelerinin aynı konuda farklı sonuçlara varmaları da mümkündür. Dolayısıyla tarafların öngördükleri aşamaların zorunlu mu yoksa ihtiyari mi olduğu konusunda yapılacak yorum diğer hukuki sorunların çözümünü de etkileyecektir.^[23]

[20] Tevendale, Ambrose and Naish, “Multi-Tier Dipute,” 35.

[21] Jeet H Shroff, “Tiered Dispute Resolution Clauses: Do You Walk the Straight and Narrow Path?”, <https://www.ibanet.org/article/162496BC-C977-48E7-8AB0-33C108927DC0> (çevrimiçi erişim 01.06.2024).

[22] Yorum yapılırken somut olayın koşulları ve sözleşmenin ticari amacı da dikkate alınacaktır: Parikh and Shroff, Tiered Dispute Resolution Clauses.

[23] Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 6. baskı (İstanbul: Vedat, 2021), 180. Zorunlu ya da ihtiyari niteliğe sahip olup olmadığı tartışmasına yer bırakmayacak şekilde tahkim öncesinde öngörülen aşamaların kaleme alınabilmesi için Milletlerarası Barolar Birliğinin (*International Bar Association-IBA*) 2010 yılında yayımlanmış olduğu tavsiye kurallarında dikkat edilmesi gereken hususlar belirlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses (Adopted by a resolution of the IBA Council, 7 October 2010 International Bar Association, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=D94438EB-2ED5-4CEA-9722-7A0C9281F2F2> (çevrimiçi erişim 11.06.2024)).

A) AŞAMANIN ZORUNLU OLMASININ SONUÇLARI

Tahkim öncesinde zorunlu olan bir aşamanın tüketilmeden tahkim yoluna başvurulması ve hakem mahkemesinin uyuşmazlığı görmeye başlaması, her şeyden önce tahkim anlaşmasına aykırılık oluşturmaktadır. Bu durumda, hakem mahkemesinin tarafların iradesini gözetmeden karar verdiği^[24] ve tarafların kararlaştırdığı usule aykırı dayanarak yetkisini aştığı sonucuna varılabilir.^[25]

Doktrinde hâkim olan görüş, zorunlu aşamaların tüketilmeden tahkim yoluna gidilemeyeceği yönündedir.^[26] Bununla birlikte, bu hususun hakem mahkemesi tarafından re'sen göz önüne alınıp alınmayacağına açıklığa kavuşturulması gerekir. Doğrudan tahkim yoluna başvurulmuş olması UNCITRAL'in Milletlerarası Ticari Uzlaştırmaya İlişkin Model Kanunun^[27] 13. maddesi uyarınca tarafların zorunlu aşamaya başvurmadan feragat ettikleri anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla hakem mahkemesinin zorunlu aşamayı re'sen göz önüne alması gerektiği düşünülebilir. Bununla birlikte, zorunlu aşamanın tüketilmesi hususunda davalının herhangi bir itirazı bulunmuyorsa tarafların tahkime gitme iradesi göz ardı

[24] Mine Tan Dehmen, "Tahkim Öncesi Müzakere Ya Da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi," *MHB* 25, no.1-2 (2011): 462.

[25] Didem Kayalı, "Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses," *Journal of International Arbitration*, 27, no. 6 (2010): 569.

[26] Klaus P Berger, "Law and Practice of Escalation Clauses", *Arbitration International* 22, no. 1 (2006); 3; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 5. baskı (İstanbul: Beta, 2013), 412; Tevendale/ Ambrose/ Naish, s. 35.

[27] Model Kanun metnine https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/03-90953_ebook.pdf adresinden ulaşılabilir (çevrimiçi erişimi 11.11.2023).

edilmeyerek, tarafların zorunlu aşama(lar)dan vazgeçmiş olduğu sonucuna varmak gerekir.

Zorunlu aşamalar tüketilmeden tahkim yoluna başvurulmuş ve davalının bu duruma itiraz etmesi halinde durumun değişik ihtimaller çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

Tahkim öncesi aşamaların zorunlu ön koşul olduğu ve anılan aşamaların işletilmesi için uyuşmazlık çözüm hükümlerinde yer alan sürelerin geçtiği, dolayısıyla sürecin işletilmesinin artık imkansız hale geldiği durumlarda hakem mahkemesi yetkisizlik kararı verebilir.^[28]

Tarafların zorunlu aşamaları tüketmesi imkânı halen mevcut ise, hakem mahkemesinin yetkisizlik kararı yerine kabul edilemezlik kararı vermesi gerekir^[29]. Yetkisizlik kararı tarafların zorunlu aşamaları tüketmesi imkânını tamamen ortadan kaldıracığı için tarafların iradesi ile de bağdaşmamaktadır. Kabul edilemezlik kararı verilmesi durumunda izlenecek yöntem önem taşımaktadır. Eğer hakem mahkemesi kabul edilebilir olmadığı için davayı usulden reddederse tarafların ilgili aşamayı tüketip uyuşmazlığı tekrar hakem mahkemesi önüne getirmesi mümkün olsa da bu usul ekonomisi bakımından isabetli bir yöntem değildir. O halde, zorunlu aşamalar tüketilmeden tahkime başvurulması halinde hakem mahkemesinin esasa girmeyi reddetmesinin ve tarafların anlaşmada öngördükleri aşamaların

[28] Yatırım tahkiminde böyle durumlarda hakem mahkemesinin yetkisinin doğmadığı yönünde kararlara rastlanmaktadır. Örneğin, *Kılıç v. Türkmenistan* davasında, hakem kurulu Türkiye ile Türkmenistan ikili yatırım anlaşmasının uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin 7. maddesinde, öngörülen aşamayı zorunlu olarak tüketilmesi gereken bir aşama (ön koşul) olarak kabul etmiş ve yetkisizlik kararı vermiştir: *Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII (2), para 247 ve 280* (ICSID Case No ARB/12/6). 13.2.2015 tarihli karar için bkz. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4163.pdf> (çevrimiçi erişim 11.11.2023).

[29] Alexander Jolles, "Consequences of Multi- tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement", *Arbitration* 72, no. 4 (2006): 336.

tüketilmesini bekletici mesele yapmasının en uygun çözüm yolu olduğunu söyleyebiliriz.^[30]

Taraflardan birinin uyuşmazlığın çözümü için öngörülen zorunlu aşamayı işletmeye çalışmasına karşın diğer tarafın bu süreçlere katılmayı reddetmesi ya da olumsuz bir tutum takınması halinde, süreci yürütmek için çaba harcayan tarafın aşamalar zorunlu olsa bile doğrudan tahkim yoluna başvurması halen mümkündür. Böyle durumlarda hakem mahkemesinin yetkisizlik mi, kabul edilemezlik mi kararı vereceği tartışmasının bir önemi yoktur. Zira söz konusu aşamanın gerçekleştirilmesinin mümkün olmayacağıın taraf(lar)ın davranışlarından açıkça anlaşılması halinde zorunlu aşamanın tüketilmesine engel olan makul sebeplerin varlığı söz konusudur.^[31]

B) AŞAMANIN İHTİYARİ OLMASININ SONUÇLARI

Aşamalı tahkim anlaşmasında tahkim öncesi aşamaların ihtiyari nitelik taşıdığı taraflarca açıkça belirtilmiş veya hakem mahkemesi taraf iradelerini yorumlayarak aşamaların ihtiyari olduğu sonucuna varmışsa tarafların doğrudan tahkim yoluna başvurmaları herhangi bir sorun yaratmayacaktır.^[32] Ancak hakem mahkemesinin taraf iradelerini yorumlayarak aşamaların ihtiyari olduğu sonucuna varması halinde, aşamaların zorunlu olduğunu düşünen tarafın hakem kararına karşı iptal veya tanıma-tenfiz

[30] Aynı yönde bkz. Tan Dehmen, “Tahkim Öncesi,” 465; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 181; Doğuhan Uygun, “Basamaklı Tahkim Anlaşmaları ve Arabuluculuk” içinde, *Tahkim Anlaşması*, ed. Mustafa Erkan ve Candan Yasan Tepetaş, (İstanbul: Onikilevha, 2020), 485; Dilek Aydemir, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses After UML on Mediation 2018 and the Singapore Convention,” *PPIL* 41, no.1 (2001): 206.

[31] Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 180.

[32] Aynı yönde Kayalı, “Enforceability of Multi-Tiered Dispute,” 571-572; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması* 412-413.

davaları sürecinde dayanabileceği bir sebep ortaya çıkmış olur. Anlaşma-
da öngörülen aşamalar tüketilmeden hakem mahkemesinin esasa girmesi,
hakemlerin taraflarca kararlaştırılan usule aykırı davranması nedeniyle
hakem kararının iptali veya tenfiz sürecinde tenfiz talebinin reddi sebebi
olarak kullanılabilir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA AŞAMALI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM KAYITLARI

Türk hukukunda tahkim anlaşmasının varlığına rağmen uyuşmazlığın
çözümü için mahkemeye başvurulması halinde tahkim itirazında bulunulabilir.^[33] Bununla birlikte, tahkim öncesi zorunlu aşamalar tüketilmeden
mahkemeye başvurulması halinde ön aşamanın tüketilmediğine ilişkin itirazın yapılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle
bir durumda hakem mahkemesinin gerek milletlerarası tahkim (MTK m.
7(H) gerek iç tahkim (HMK m. 422(1) bakımından *kompetenz kompetenz* ilkesi^[34] gereğince aşamalı tahkim anlaşmasını bütünü itibarıyla değerlendirerek uyuşmazlığı dinlemeye yetkili olup olmadığını tespit etmesi mümkündür.^[35]

Doktrinde, tahkim öncesi zorunlu aşamalar tüketilmeksizin doğrudan

[33] HMK m 116(1/b), tahkim itirazını ilk itirazlar arasında sayarken, HMK m 413 (1) tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılması halinde, karşı tarafın tahkim ilk itirazında bulunabileceği, bu durumda tahkim anlaşmasının hükümsüz, etkisiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkemenin tahkim itirazını kabul ederek davayı usulden reddedeceği hükme bağlanmıştır. Yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından MTK m. 5/1 çerçevesinde yine tahkim itirazında bulunulabilir. Bu itirazın kabul edilmesi halinde mahkeme davayı usulden reddeder

[34] Söz konusu maddelerde bu ilke hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar vereceği şeklinde ifade edilmiştir

[35] Aynı yönde bkz. Uygun, “Basamaklı Tahkim,” 484.

tahkime başvurulması durumunda iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüş hakem mahkemesinin tahkim başvurusunun kabul edilemez olduğuna karar verip tahkim başvurusunu reddetmesini^[36], ikinci görüş konunun bekletici mesele yapmasını savunmaktadır. İkinci görüşün yaklaşımı usul ekonomisi bakımından daha isabetlidir.^[37] Hakem mahkemesinin zorunlu aşamaların işletilmesini sağlamak için uyuşmazlığın esasına girmeden, öngörülen aşama(lar)ın tüketilmesini bekletici mesele yapması için hala ön aşamalara başvurulmasının mümkün olması gerekir. Böylelikle, taraf iradelerinin gereği de yerine getirmiş olacaktır.^[38]

V. HAKEM KARARININ İPTALİ VEYA TANIMASI-TENFİZİ TALEBİYLE AÇILAN DAVALARDA ÖN AŞAMANIN ROLÜ

Aşamalı uyuşmazlık çözüm kaydında aşamaların zorunlu olduğu taraf iradelerinden açıkça anlaşılmasına rağmen taraflardan biri doğrudan tahkim yoluna başvurmuş, sürecin işletilmesinin halen mümkün olduğu gerekçesiyle bu durumu bekletici mesele yapmış ya da talebin henüz olgunlaşmamış olması nedeniyle tahkim başvurusunun kabul edilemez olduğu sonucuna varmış, dolayısıyla bu aşamaların işletilmesi için taraflara fırsat vermiş ise, bu bağlamda hakem kararının iptali için bir sebep olmadığı gibi, tenfiz talebinin reddini gerektiren bir sebep de bulunmamaktadır.

[36] Kayalı, “Enforceability of Multi-Tiered Dispute,” 569.

[37] Aydemir, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses,” 206; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 181.

[38] Sorunun diğer boyutu ise tahkim öncesi zorunlu aşamaların atlanarak uyuşmazlığın bir şekilde devlet yargısına götürülmesidir. Böyle bir durumda tarafların bir alternatif uyuşmazlık çözüm itirazı yapmasına imkân veren bir yasal düzenleme olmadığından, bu hususun ilk itiraz olarak ileri sürülen tahkim itirazı çerçevesinde mahkemeye sunulması gerekir.

Buna karşılık, hakem mahkemesinin zorunlu aşamaların tüketilmemesini davalının itirazına rağmen dikkate almayıp esas hakkında bir karar vermesi halinde, bu aşamaların zorunlu olduğu açıksa (veya tarafların iradesinin yorumundan aşamaların zorunlu olduğu sonucuna varılıyorsa ya da aşamaların tüketilmemesi makul sebeplere dayanmıyorsa) bu durum hakem kararının iptali sebebi ve tenfizi talebinin reddine ilişkin bir sebep olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasında tarafların kararlaştırdığı usule aykırı davranılmış olması nedeniyle hakem kararının iptali, tenfiz talebi varsa tenfizin reddi istenebilir. Ayrıca, tarafların kararlaştırdığı usule aykırılığın tahkim anlaşmasına aykırılık^[39] oluşturacağı açıktır. Nihayet, böyle durumlarda hakem mahkemesinin hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi söz konusu olduğu için bu durum hem iptal hem tenfizin reddi sebebi olarak kullanılabilir.

Tahkim öncesi aşamaların ihtiyari olarak öngörüldüğü durumlarda ise, hakem mahkemesinin davalının itirazı üzerine tarafları bu aşamayı tüketmeye zorlaması ve karşı tarafın aşamaların ihtiyari olduğu yönündeki itirazını dikkate almayarak davayı usulden reddetmesi hem iptal hem tenfizin reddi sebebi olabilir. Aşamaların ihtiyari olduğunu düşünen taraf, hakem kararının iptali için dava açabileceği gibi, kararın tenfizinin talep edilmesi halinde tenfizin reddini isteyebilir. İhtiyari olmasına rağmen ön aşamanın tüketilmemesi nedeniyle davayı usulden reddeden hakem mahkemesinin yetkisini aşması sebebine dayanılması da mümkündür.

VI. TÜRK HUKUKUNDA HAKEM KARARININ İPTALİ VEYA TANIMASI-TENFİZİ TALEBİYLE AÇILAN DAVALARDA ÖN AŞAMANIN ROLÜ

A) İPTAL DAVALARI BAKIMINDAN

[39] Kayalı, “Enforceability of Multi-Tiered Dispute,” 560.

Zorunlu aşamalar tüketilmemeden doğrudan tahkim yoluna başvurulmuş ise, hakem mahkemesinin davalının bu konuya ilişkin itirazını reddederek davanın esasına girmesi halinde MTK m. 15 ve HMK m. 439 hükümleri kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekir.

Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta tahkim yerinin Türkiye olması halinde MTK'nın 15(A/1-d) maddesinde yer alan hakem kurulunun *hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği* gerekçesine dayanılarak ve MTK'nın 15 (A/1-f) maddesinde düzenlenmiş olan, *tahkim yargılamasının tarafların usul açısından yaptıkları anlaşmaya uygun bir şekilde yürütülmediği* gerekçesiyle iptal davası açılabilir.^[40] Tahkim yerinin Türkiye olduğu yabancı unsur taşımayan uyuşmazlıklarda, MTK m. 15(A/1-d) ve 15(A/1-f) öngörülen iptal sebeplerine paralel düzenleme getirmiş olan HMK'nın 439 maddesinin (ç) ve (e) bentlerine dayanılabilir.

Tahkim anlaşmasından ve tarafların iradesinden aşamaların ihtiyari olduğu anlaşılmamasına rağmen hakem mahkemesinin davalının itirazı üzerine tarafları bu aşamayı tüketmeye zorlaması, ancak bu aşamaların ihtiyari olduğunu ileri süren tarafın bu yola gitmekten kaçınması, bunun üzerine hakem mahkemesinin davayı usulden reddetmesi halinde de hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği (MTK m. 15(A/1-d) ve tahkim yargılamasının tarafların usul açısından yaptıkları anlaşmaya uygun bir şekilde yürüttüğü 15 (A/1-f) gerekçelerine, iç tahkim bakımından HMK'nın 439 maddesinin (ç) ve (e) bentlerine dayanılabilir.

B) TANIMA VE TENFİZ DAVALARI BAKIMINDAN

[40] Ancak doktrinde ayrıca tahkim anlaşmasının henüz işlerlik kazanmaması nedeniyle de iptal yoluna gidilebileceği de savunulmaktadır: Ekşi, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri*, 56.

Zorunlu aşamalar tüketilmemesine rağmen hakem mahkemesinin davalının bu konudaki itirazını reddederek esasa girip karar vermesi halinde bu durumun verilen hakem kararının tenfizi için bir ret sebebi oluşturup oluşturmayacağı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi^[41] ve MÖHUK^[42] çerçevesinde ele alınmalıdır.

New York Sözleşmesi uyarınca hakem kararının tanınması ve tenfizi talep edildiği takdirde tenfizin reddi sebebi olarak belirtilen iki sebepten birine dayanılabilir: Hakem kararının tahkim anlaşmasının kapsamını aşması (m. V/1/(c))^[43] veya tahkim usulünün tahkim anlaşmasına aykırı olması (m. V/1(d)).^[44]

Hakem Kararının New York Sözleşmesinin kapsamı dışında kalması^[45]

[41] RG. 21.05.1991-20877.

[42] RG.12.12.2007-26728.

[43] Tan Dehmen, “Tahkim Öncesi,” 465, Uygun, “Basamaklı Tahkim,” 480.

[44] Uygun, “Basamaklı Tahkim,” 490.

[45] Türkiye Cumhuriyeti, New York Sözleşmesinin onaylanmasının uygun bulunmasına yönelik 3731 sayı ve 08.05.1991 tarihli Kanunun 2. maddesi ile anılan sözleşme ile ilgili iki beyanda bulunmuştur. Buna göre, Türkiye Hakem kararının verildiği ülkenin New York Sözleşmesine taraf olmaması halinde Sözleşmenin 1 inci maddesinin 3 üncü paragrafına uygun olarak, Sözleşmeyi sadece karşılıklılık esasına göre taraf olan bir devlet ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını, ayrıca sözleşmeyi yalnız akdi veya âkit dışı hukukî münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticarî mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını beyan etmiştir. Bu durumda Sözleşmeye taraf olmayan devlette verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından MÖHUK uygulanacaktır. Ayrıca, karşılıklılık şartı gerçekleşse bile New York Sözleşmesinin VII maddesi daha elverişli düzenlemeler getiren milli mevzuat ve milletlerarası sözleşmelere dayanılmasına imkân verdiği için tenfiz talebinde

veya diğer nedenlerle MÖHUK uyarınca tenfizinin talep edilmesi halinde hakemlerin uyguladıkları usulün tarafların anlaşmasına aykırı olması (m. 62(1)/f) ve hakem kararının tahkim anlaşmasında yer almayan bir hususa ilişkin olması gerekçesiyle (m. 62(1)/g) tenfiz talebinin reddinin istenebileceği savunulmaktadır.^[46] Bununla birlikte, zorunlu aşama tüketilmeden tahkim yoluna başvurulmuş ve hakem mahkemesi bu durumu göz ardı etmiş ise, *“hakem kararının tahkim anlaşmasında yer almayan bir hususa ilişkin olmasını”* ret sebebi olarak düzenleyen New York Sözleşmesinin V/1/(c) maddesi ve MÖHUK’un 62(1)/(g) maddesine dayanılmasının mümkün olmadığı kanısındayız. Zira tahkim öncesi başvurulması gereken zorunlu aşamalar tahkim anlaşmasında yer almaktadır; buna rağmen hakem mahkemesi tahkim yargılaması sürecinde davalının itirazını reddederek aşamaların tüketilmemiş olmasını göz ardı ederek karar vermiş olmaktadır. Dolayısıyla burada tahkim anlaşmasında yer alan bir hususun dikkate alınmadan kararın verilmesi değil, hakemlerin uyguladıkları usulün tarafların anlaşmasına aykırı olması tenfiz talebinin reddi için bir gerekçe olabilir (New York Sözleşmesi m. V/1(d) ve MÖHUK m. 62/1(f)).

Tahkim anlaşmasından ve tarafların iradesinden aşamaların ihtiyari olduğunun anlaşılmasına rağmen hakem mahkemesinin davalının itirazı üzerine tarafları bu aşamayı tüketmeye zorlaması, ancak bu aşamaların ihtiyari olduğunu ileri süren tarafın bu yola gitmekten kaçınması, hakem mahkemesinin da davayı usulden reddetmesi halinde hakem kararının tenfizinin reddi sebebi olarak New York Sözleşmesinin V/1/(c) maddesinde belirtilen hakem kararının tahkim anlaşmasının kapsamını aşması^[47] veya V/1(d) maddesinde yer alan tahkim usulünün tahkim anlaşmasına aykırı

bulunan kişinin daha elverişli hükümlere sahip olduğu gerekçesiyle MÖHUK uyarınca tenfiz talebinde bulunmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

[46] Uygun, “Basamaklı Tahkim,” 490; Ekşi, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri*, 68.

[47] Tan Dehmen, “Tahkim Öncesi,” 465; Uygun, “Basamaklı Tahkim,” 480.

olduğu gerekçeleriyle tenfiz talebinin reddi istenebilir. MÖHUK’a dayanılarak tenfizi talep edilen hakem kararları bakımından ise hakemlerin uyguladıkları usulün tarafların anlaşmasına aykırı olması (m. 62(1)/f) ve hakem kararının tahkim anlaşmasında yer almayan bir hususa ilişkin olması (m. 62(1)/g) gerekçelerine dayanılarak tenfiz talebinin reddi istenebilir.^[48]

SONUÇ

Özensiz şekilde kaleme alınan uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerde, özellikle tahkim anlaşmalarında öngörülen aşamaların zorunlu mu yoksa ihtiyari mi olduğu konusu doğuracağı sonuçlar bakımından tartışmalara yol açmaktadır. Tarafların iradesi tahkim öncesi aşamaların zorunlu olması yönünde ise, bu husus açık bir şekilde ilgili uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle birlikte tahkim anlaşmasında belirtilmediği sürece ön aşamalarda yer alan uyuşmazlık çözüm yönteminin tüketilip tüketilmediği sorunu hem tahkim sürecinde ve hep hakem kararının verilmesinden sonra iptal davası için bir gerekçe teşkil edebileceği gibi, tenfiz sürecinde tenfiz talebinin reddine neden olabilir. Bu nedenle, bağlayıcı bir yargı kararı öncesinde öngörülen aşama(lar)ın ayrıntılı bir şekilde kaleme alınması, her bir aşamanın nasıl başlatılacağına belirtilmesi ve makul bekleme sürelerinin öngörülmesi büyük önem taşımaktadır. Özenle hazırlanan bir aşamalı tahkim anlaşması iptal ve tenfiz davalarında çelişkili kararların ortaya çıkması ihtimalini ortadan kaldırabilir.

[48] Uygun, “Basamaklı Tahkim,” 490; Ekşi, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri*, 68.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. 6. Bası. İstanbul: Vedat, 2021.

Aydemir, Dilek. “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses After UML on Mediation 2018 and the Singapore Convention,” *PPIL 2001* 41, no. 1 (2001): 191-229.

Berger, Klaus P. “Law and Practice of Escalation Clauses,” *Arbitration International* 22, no. 1 (2006): 1-18.

Demirkol, Berk. “Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2017): 325-354.

Ekşi, Nuray. *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usullerin Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları*. İstanbul: Beta, 2015.

Eskiyörük, Serhat ve Çağan, Gürkan. “Yeni Nesil İki Yanlı Yatırım Anlaşmalarında Güncel Eğilimler,” *Legal Hukuk Dergisi* 19, no. 220 (2021): 1607-1644.

Garimella, Sai R and Nizamuddin A Siddiqui. “The Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Contemporary Judicial Opinion,” *IIUM Law Journal* 24, no.1 (2016): 157-191.

Jolles, Alexander. “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement,” *Arbitration* 72, no. 4 (2006): 329-338.

Kayalı, Didem. “Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses,” *Journal of International Arbitration* 27, no. 6 (2010): 551-577.

Karaşahin, Yasin Alperen. “Contractual Time Limits to Commence Arbitration,” *Journal of International Arbitration* 37, no. 2 (2020): 209-256.

Pappas, Vasilis F L and George M Vlaivanos. “Multiple Tiers, Multiple Risks-Multiple-Tier Dispute Resolution Clauses”, *Dispute Resolution International* 12, no. 1 (2018): 5-16.

Parikh, Shanean/ Shroff, Jeet H.: Tiered Dispute Resolution Clauses: Do You Walk the Straight and Narrow Part?, <https://www.ibanet.org/article/162496bc-c977-48e7-8ab0-33c108927dc0>

Pryles, Michael. "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses," *Journal of International Arbitration* 18, no. 2 (2001) 159-176.

Schreuer, Christoph. "Travelling the BIT-Route-Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road," *The Journal of World Investment & Trade* 5, no.2 (2004) 231-256.

Shroff, Jeet H.: "Tiered Dispute Resolution Clauses: Do You Walk the Straight and Narrow Path?," <https://www.ibanet.org/article/162496BC-C977-48E7-8AB0-33C108927DC0>

Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*. 5. Baskı. İstanbul: Beta, 2013.

Tan Dehmen, Mine: "Tahkim Öncesi Müzakere Ya Da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi." *MHB* 25, no.1-2 (2011): 451-472.

Tevendale, Craig, Hanah Ambrose and Vanessa Naish. "Multi-Tier Dispute Resolution Clauses and Arbitration." *Turkish Commercial Law Review* 1, no.1 (2015): 31-40.

Uygun, Doğuhan. "Basamaklı Tahkim Anlaşmaları ve Arabuluculuk" içinde, *Tahkim Anlaşması*, Editörler, Mustafa Erkan ve Candan Yasan Tepetaş, 469-496. İstanbul: Onikilevha, 2020.

KISALTMALAR

HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IBA	International Bar Association
ICSID	The International Centre for Settlement of Investment Disputes
IIUM Law Journal	International Islamic University Malaysia Law Journal
m	madde
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
PPIL	Public and Private International Law Bulletin
RG	Resmî Gazete
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade
v	versus

Arabuluculuk-Tahkimde Gizlilik Sorunu^[1]

Emel HANAĞASI^[2]

Son yıllarda özellikle ticari sözleşmelerde basamaklı (çok aşamalı) uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelik tercihin giderek arttığı görülmektedir. Bu yöntemlerden biri de arabuluculuk ve tahkim yollarını bir araya getiren “med-arb” yöntemidir. Bu yöntemde taraflar, uyuşmazlığın çözümü için önce arabulucuya başvururlar. Arabuluculuk faaliyetleri sonucunda uyuşmazlık çözülmezse aynı uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna gidilir. Bu çerçevede, MED-ARB, tarafların uyuşmazlıklarını tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla sulhen çözmek, uyuşmazlık sulhen çözilemezse tahkim yoluna başvurmak konusundaki uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır.

MED-ARB yönteminin ortaya çıkış sebebi, gerek arabuluculuğun gerek tahkimin olumlu yönleri korunurken, olumsuz yönlerinin bertaraf edilmesinin istenmesidir. Bu bağlamda:

- Tarafların uyuşmazlığı çözmek hususunda çabaladığı, uyuşmazlıkla ilgili olarak birbirlerinin görüşlerini dinleme ve tartışma fırsatı bulduğu, her iki tarafın da ekonomik ve hukuki menfaatlerini koruyan verimli bir arabuluculuk süreci sonunda sulh olarak uyuşmazlığın tahkime taşınmadan sonlandırılabilmesi bu yöntemin olumlu tarafıdır. Bu açıdan MED-

[1] Bu çalışma, Ankara Barosu tarafından 11-4 Ocak 2024 tarihleri arasında gerçekleştirilen 13. Uluslararası Hukuk Kurultayı’nda 13 Ocak 2024 tarihinde gerçekleştirilen “Türk Hukukunda Med-Arb” başlıklı oturumda sunulan tebliğin konuşma metnidir. Bu sunumun hazırlanmasında yararlanılan kaynaklara, “Genel Kaynakça” olarak çalışmanın sonunda yer verilmiştir.

[2] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı; ORCID Identifier: 0000-0002-2267-30337; emelhan1@hotmail.com.

ARB iş ve ilişkilere devam edilmesi şansını tanımaktadır

- Öte yandan uyuşmazlığın arabuluculuk aşmasında çözümlenmiş olması durumunda, MED-ARB yöntemi için giderlerin büyük kısmının tahkim aşamasında harcadığı düşünüldüğünde, pek çok masraftan tasarruf edilmiş olunmaktadır.

- Ayrıca arabuluculuk sürecinin sonunda uyuşmazlığın tamamı hakkında sulh olunamasa dahi tarafların kimi uyuşmazlık noktalarında anlaşmaları ve bunların tahkim yargılaması dışında bırakılması da yine bir kazanım olarak ortaya çıkmaktadır.

- Bunun yanı sıra, arabuluculuk sürecinin başarısız olması durumunda uyuşmazlığın devlet yargısı yerine tahkime götürülmesi de, uyuşmazlığın hızlı, etkin, konunun uzmanları tarafından, gizli bir biçimde ve kesin olarak çözülebilmesini sağlamaktadır.

- Bu noktada belirtelim ki, her ne kadar Singapur Sözleşmesi'yle büyük ölçüde aşılmış olsa da, arabuluculuğun en belirgin zafiyeti, bağlayıcı ve belirleyici nihai karar verme gücünden mahrum olmasıdır. Ancak MED-ARB yönteminde, süreç arabuluculuk aşamasında olumlu olarak sonuçlandığında dahi taraflar arasında hem arabuluculuk hem tahkim anlaşması bulunduğu için arabuluculuk sonucunda elde edilen anlaşma belgesi aynı zamanda hakem kararı olarak da tespit edilebilir. Böylece MED-ARB yöntemi, arabuluculuk anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi alınmadan veya HUAK'ın ilgili hükümlerinin uygulamasına gerek kalmadan icra takibine konu edilebilen (icra edilebilir) bir belge elde edilmesine de olanak tanımaktadır.

Görüldüğü üzere, MED-ARB yöntemi, arabuluculuk sürecinin sağladığı esneklik ve rahatlık ile tahkim yargılaması sonucunda elde edilen kararın kesinliği ve bağlayıcılığını bir araya getirerek her iki çözüm yönteminin de en iyi yönlerinin kullanabilmesine olanak tanımaktadır. Bu yöntemde,

bağlayıcı olmayan yöntemden bağlayıcı yönetime kademeli şekilde geçilmesi, tarafların doğrudan savunmaya geçmeden aralarındaki uyuşmazlığı farklı açılardan değerlendirmek ve incelemek için uygun bir ortam bulmalarına hizmet eder.

Bununla birlikte hemen belirtelim ki, MED-ARB yöntemiyle amaçlanan serilik, etkinlik ve kesinliğe ulaşılabilmesi, zaman ve masraf sorunlarının en aza indirilebilmesi, esas itibarıyla arabulucunun hakem olarak da görev yapmasının bir sonucudur. Zira arabuluculuk aşamasında harcanan zaman, hakem statüsüne girdiğinde arabulucuya karar verebilmesi için yeterli bilgi elde etmesi olanağını yaratır. Böylece olası bir müteakip tahkim yargılamasında boşa zaman harcanmamış olunur. Bu halde, tahkim yargılaması çok daha ucuz ve hızlı yürütülebilir.

Öte yandan, arabuluculuk ile tahkimin tek yöntem içinde birleştirilmesi, arabuluculukta anlaşmaya varılma olasılığını da arttırır. Özellikle arabulucunun hakem olarak da görev yapacağını bilen taraflar, uyuşmazlığı arabuluculuk aşamasında çözme konusunda daha istekli davranırlar. Araştırmacılar, arabulucu ve hakemin aynı kişi olduğu MED-ARB uygulamalarında tarafların daha fazla sorun çözücü yaklaşım benimsediklerini ve saf arabuluculuğa veya arabulucu ve hakemin farklı kişi olduğu MED-ARB uygulamalarına nazaran daha az düşmanca tavır sergileyerek rekabetçi müzakere tarzını daha az kullandıklarını ve sorunun çözümü için birbirlerine çok daha fazla yeni öneriler sunduklarını tespit etmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bazı araştırmalar da, tarafların tahkim aşamasında uyuşmazlık üzerindeki kontrollerini kaybedecek olmaları nedeniyle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmek konusunda istekli olduklarını göstermiştir. Yine kuzey Amerika'da, arabulucunun hakem olacağını bilen tarafların arabuluculuk sırasında daha yapıcı ve barışçıl davrandıkları, daha çok sulh alternatifleri yarattıkları ve arabuluculuk aşamasının daha başarılı olduğu gözlemlenmiştir. Benzer görüşler, Hindistan için de dile getirilmiştir. Bu noktada ÖZBEK'in ifadesiyle “....tahkim, âdetâ” arabuluculuğu çalıştıran motor gibidir. Çünkü yargılama yapılması

tehdidi, tarafları iyi niyetle uzlaşmaya teşvik eder.”

Bunun yanı sıra, arabulucunun ileride hakem olması durumunda daha doğru bir karar vereceği de bu yönleme ilişkin faydalar arasındadır. Zira hakem, arabuluculuk aşamasında uyuşmazlıkla ilgili pek çok şeyi –hatta gizli kalması tercih edilen bilgileri de öğrenmiştir. Bu durumda hakem tarafların kolaylıkla kabul edebilecekleri hatta tarafların bu şekilde dahi sulh olabilecekleri bir karar verebilir.

Bununla birlikte, yukarıda kısaca ifade edilmeye çalışılan tüm bu olumlu yönlerine rağmen arabulucu ve hakemin aynı kişi olması yönündeki tercih beraberinde önemli bazı sakıncaları da getirmektedir.

Öncelikle MED-ARB yönteminde, arabulucunun aynı zamanda hakemlik yaparak bağlayıcı bir karar vereceğini bilen taraflar, saf arabuluculuğa nazaran menfaatlerinin nasıl etkileneceğini bilmediklerinden bilgi paylaşımında ya da sulh olabilmek için razı oldukları sonuç konusunda daha ketum davranabilir. Bunun nedeni tarafların arabulucuyla birebir oturumlarda arabulucuyla paylaştığı, diğer taraftan gizli bilgilerin tahkim aşamasında hakemin kararını etkilemesi ihtimalidir. Tarafların arabulucuya aktardıkları gizli bilgiler arabulucu-hakem tarafından kendilerine karşı kullanılabilir ya da diğer tarafın hakkında beyanda bulunma imkânına sahip olmadıkları bilgilere dayanarak arabulucu-hakem karar verebilir. Bu nedenle öğretilerde de ifade edildiği üzere, tarafların uzlaşma müzakerelerinde rahat konuşamaması, arabulucu-hakemin saf arabuluculuğa nazaran süreçte daha az bilgi sahibi olmasına yol açacak ve arabuluculuğa dayalı bir anlaşmaya varılma ihtimali azalacaktır.

Bunun yanı sıra, arabulucunun aynı uyuşmazlıkta hakem olarak da görev yapacağını bilen tarafların, arabuluculuk sürecinde, arabulucu-hakemin gözünde kendilerini haklı ve karşı tarafı kötü göstermek için çabalamaları ve tahkimde kendi lehlerine bir karar elde edebilmek için arabulucu-hakemi etkilemeye yönelik kötünietli davranışlar gerçekleştirmeleri de mümkündür. Bu çerçevede taraflar, arabulucunun daha sonra rol değiştirerek hakemlik yapacağını bildiklerinde, arabulucuya güvenmek, iyi

niyetle ve samimi olarak konuşmak yerine, özellikle birebir görüşmelerde gerekli bilgileri gizleyerek, gerçeği abartarak ve hattâ yalan söyleyerek arabulucuyu yanıltmaya çalışabilirler. Bu tür durumlarda hasım taraf, diğer tarafın verdiği gizli bilgiyi bilmeyeceğinden olası müteakip tahkim yargılamasında bunu çürütme olanağına sahip olmayacaktır – ki bu da taraflar açısından sorunlu bir noktadır.

Ayrıca, uyuşmazlığın bir an önce sonlandırılması amacıyla tahkim aşamasına geçilmek istenmesi ve buna bağlı olarak arabuluculuk sürecinin gerektirdiği özenin, çabanın gösterilmemesi arabulucu ile hakemin aynı kişi olmasının yaratabileceği bir risk olarak karşımıza çıkar.

Öte yandan, arabulucu-hakem, arabuluculuk sürecinde uyuşmazlığın çözümü için taraflara önerdiği ve ancak tarafların razı olmadıkları bir çözümü tahkim aşamasında hakem kararı olarak verebilir. Bu ise, kendilerine bir çözüm şeklinin dikte edildiğini hisseden tarafların bu çözüm şekline uymaya daha az istekli bulunmaları sonucunu doğurabilir.

Son olarak, MED-ARB'ın bu modelinde ortaya çıkabilecek en büyük sakınca kanaatimce arabulucunun hakem olarak görev yaptığı durumlarda hakemin tarafsızlığının zedelenmesi olasılığıdır. Zira arabulucunun, arabuluculuk sürecinde başvuracağı tekniklerden bazıları arabulucunun aktif bir rol alıp uyuşmazlık hakkındaki kendi fikirlerini taraflarla paylaşmasını gerektirir. Böylece, taraflar muhtemel müteakip tahkimin hakeminin uyuşmazlığa yaklaşımı hakkındaki fikirlerini öğrenebilir ya da tahmin edebilirler. Öte yandan hakemin, daha yargılamaya başlamadan evvel yürüttüğü arabuluculuk süreci nedeniyle uyuşmazlık hakkında detaylı bilgiye ve bir kanaate sahip olması, bu bilgilerin tarafların rızası olmadan tahkim aşamasında kullanılması ve hakem kararının arabuluculuk sürecindeki gizlilik teşkil eden görüşmelere dayanması MED-ARB yönteminin beraberinde getirdiği en önemli sorundur. İşaret edilen bu noktalar, tahkim aşamasında, tarafların gözünde hakemin tarafsızlığına gölge düşürebilir. Ayrıca belirtelim ki, tam da bu nedenle arabulucu daha sonra hakem olarak tarafsızlığından şüphe duyulmasını engellemek adına arabuluculuk

sürecinde taraflar ile ayrı ayrı görüşmekten imtina edebilir. Bu durum da arabuluculuk sürecinin esnekliğini ve verimliliğini etkileyebilir.

Bilindiği gibi arabuluculuğa hâkim ilkeler içinde gizlilik ilkesi, arabuluculuk yönteminin başlıca unsuru, temel taşıdır. Bu ilke, arabuluculuk sonrasında ortaya çıkabilecek yargılamalarda, arabuluculuk aşamasında ortaya konan bilgi, belge ve beyanlara dayanılamamasını içerir. Gizlilik ilkesinin sağladığı güvenceler çerçevesinde, karşı tarafın bunları duymasından korkmadan, uyuşmazlık hakkındaki bakış açıları ve tüm argümanlar herhangi bir endişe taşımadan ifade edilebilir. Bu ise, arabuluculuk yönteminden beklenen başarının gerçekleşmesine hizmet eder. Gerçekten de taraflar, arabuluculukta kullanılan bilgi ve belgelerin bir sınırlamaya tâbi olmadan tahkimde kullanılacağını bilirlerse, arabuluculuk yönteminden beklenen faydayı sağlamak mümkün olmaz. Taraflar, arabuluculuk aşamasında kullanılacak bilgi ve belgelerin tahkim yargılamasında karara esas alınacağı çekincesiyle, aslen çözüme katkısı olabilecek hususları, aleyhlerine olan bilgi ve belgeleri, zayıf noktaları bu aşamada saklayabilirler.

Gerçekten de arabulucu-hakemin aynı kişi olduğu durumda arabuluculuk aşamasında gündeme gelebilecek bilgi ve belgelere hâkim olan hakemin, bu bilgileri göz ardı ederek karar veremeyecek olması ihtimali haklı bir endişedir. Saf arabuluculuk, tarafları işbirlikçi olmaya ve tahkim veya dava sürecinde nasıl kullanılabileceğinden korkmadan bilgi paylaşmaya teşvik ederken, MED-ARB yöntemi tarafları açıklamaları konusunda pozisyon odaklı, rekabetçi ve stratejik olmaya teşvik edebilir bir yöntemdir. Bu yöntemde taraflar; aleyhlerine delil olabilecek, karşı tarafın bilmesini istemedikleri, verdikleri bilginin nihayetinde davalarını zayıflatılabileceği veya en azından tahkim yargılaması için hakem nezdinde olumsuz etki bırakabilecek bilgi ve belgeleri paylaşmamayı tercih edebilirler. Bu nedenledir ki, öğretilerde taraflar aksi bir anlaşma yapmadığı sürece, arabulucunun hakem olarak atanmasını yasaklamayı savunan bir görüş ortaya çıkmıştır. Bu görüşe göre, arabuluculuk görevi yapan kişi, ne tek hakem veya baş hakem olmalıdır, ne de taraflardan biri tarafından taraf hakemi olarak

atanmalıdır. Zira arabuluculuk aşamasında kullanılan bilgi ve belgelerin tahkimde delil olarak sunulması yasaklanmışken, bu bilgi ve belgelere hâkim olan arabulucunun hakem olarak görev yapması, söz konusu yasağı anlamsızlaştıracak ve bu yasağın koruduğu faydayı boşa çıkaracaktır. Bu görüş pozitif hukuku da etkilemiş; gerek uluslararası gerek ulusal düzenlemelerde tarafsızlığın^[3] ve gizliliğin teminatı düzenlemeler öngörülmüştür.

Örneğin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 4. maddesinde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olduğu öngörülmüş ve aksi kararlaştırılmadıkça tarafların ve görüşmelere katılan diğer kişilerin de bu konudaki gizliliğe uymak zorunda oldukları düzenlenmiştir (aynı yönde bkz. HUAK Yön. m. 6, 1 ve 2). Yine aynı Kanun'da gizliliğin ihlali nedeniyle bir kişinin menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi hakkında şikâyetle bağlı olarak 6 aya kadar hapis cezasına karar verileceği göngörülmüş (HUAK m. 33) ve aynı sebeple arabulucunun sicilden silinmesine varan disiplin yaptırımı da düzenlenmiştir (HUAK m. 21,2; m. 6, 4).

Gizlilik ilkesinin kapsamı ise, anılan Kanun'un 5. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede kapsam, "arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgeler" ve "uyuşmazlıkla ilgili vakıaları ispata yarayan deliller" olmak üzere iki kategoriye ayrılarak belirlenmiştir.

İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Med-Arb Kuralları'nın "Gizlilik

[3] Bu konuda bkz. IBA'nın Menfaat Çatışmasına İlişkin Kılavuz İlkeleri; Amerikan Tahkim Birliği, Amerikan Barolar Birliği ve Uyuşmazlık Çözüm Birliği tarafında 2005 yılında onaylanan Arabulucular İçin Model Etik Kurallar; UNCITRAL Model Kanunu m. 12 ile Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığının hazırladığı Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 4, 6 ve İstanbul Tahkim Merkezi (İTOTAM) Med-Arb Kuralları m. 5; İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Med-Arb Kuralları m. 9; Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 417; Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 7C.

ve Arabuluculuk Sürecinde Elde Edilen Bilgi ve Belgelerin Tahkim Yargılamasında Kullanılamaması” başlığını taşıyan 6. maddesi de, tarafların, arabulucuların ve arabuluculuğa katılan üçüncü kişilerin taraf veya tanık sıfatıyla bu bilgi ve belgeleri tahkim (veya mahkeme) yargılamasında paylaşmasını engellemektedir. Eğer taraflardan veya bir tarafın tanıklarından biri bu bilgi veya belgeleri tahkim yargılamasında paylaşırsa, bu bilgi ve belgeler hakem/hakem heyeti tarafından dikkate alınmayacak ve kabul edilemez bir delil olarak nitelendirilecektir. ISTAC Med-Arb Kuralları m. 6, 2’de, bu yaptırıma ek olarak, böyle bir bilgi veya belge paylaşan tarafın hakem heyeti tarafından ağır bir yaptırıma (yargılamanın tüm giderlerini ödemeye) mahkûm edilebileceğini düzenlemektedir^[4].

Bunların yanı sıra Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralların 6. maddesinde tarafların aksini kararlaştırmamaları halinde arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan bilgi, belgeler ve kayıtların gizli tutulmasının zorunluluk olduğu düzenlenmiştir^[5]. Ayrıca, anılan düzenlemenin üçüncü fıkrası uyarınca, arabuluculuk sürecinde taraflardan biriyle özel oturumda bir araya gelen arabulucu, bu özel oturumda edindiği hiçbir bilgiyi, bilgiyi veren tarafın rızası olmadan, doğrudan veya dolaylı olarak diğer tarafa aktarmamalıdır.

Hakemlerin, yukarıda ifade edilen düzenlemelere rağmen arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelere dayanarak hüküm tesis etmeleri durumunda ise, böyle bir karar Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun (MTK) 15. ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 439. maddelerinde sayılan hakem kararının iptali sebebi teşkil edebilir. Zira HUAK m. 5’e aykırı şekilde arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelere dayanan ve bu durumun hakem kararının esasına etkili olduğu ispatlanabilen hakem kararları tahkime uygulanan emredici usul hükümlerine aykırı bir karar olarak nitelenebilir.

Aynı şekilde bu durum, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve

[4] Aynı yönde bkz. İTOTAM Med-Arb Kuralları m. 8.

[5] Aynı yönde bkz. Arabulucular için Avrupa Davranış Kuralları m. 4.

Tenfizine İlişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin 5. maddesinde sayılan tenfizi engelleyici sebepler kapsamında yabancı bir hakem kararının Türkiye'de tenfize engel olabilir. Zira Sözleşme'nin tenfiz engellerini düzenleyen 5. maddesinin (d) bendi hükmü uyarınca, hakem kararı, tarafların uygulanmaları konusunda anlaşmışları, böyle bir anlaşma yoksa tahkim yerinin tahkime ilişkin usul kuralları ihlal edilerek verilmişse hakem kararının tenfizi reddedilebilir. Böylece, tahkim yerinin Türkiye olmadığı hallerde, hakem kararı, tahkim yerindeki HUAK'nun 5. maddesine benzer bir hüküm ihlal edilerek verilmişse hakem kararının tenfizinin reddi gerekebilir.

Bununla birlikte, gerek HUAK m. 5, 3'ün gerek ISTAC Med-Arb Kuralları m. 6'nın zafiyeti, hakemlerin vardığı sonuç ile arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelerin içeriğine vakıf olmaları arasındaki illiyet bağının, diğer bir ifadeyle hakemlerin bu belgeleri kararlarına esas aldıklarını ispatlanmasının çok zor olmasıdır. İlgili düzenlemeler çerçevesinde, hakem kararında esas alınmadığı sürece bu belgelerin delil olarak sunulmasının ya da görülmüş olmasının kararın sıhhatine ilişkin bir sonucu yoktur. Bu belgelerin sunulduğu hâllerde hakem kararından bu belgelere dayanılarak karar verildiği anlaşılmadığı sürece hakemler ilgili düzenlemelere uygun davranmış olurlar.

Son olarak belirtelim ki, gerek HUAK m. 5, son f. gerek ISTAC Arabuluculuk Kuralları m. 6, 3 hükmü uyarınca, tarafların iddia ve savunmalarının temelini teşkil eden vakıaları ispata yarayacak belgelerin hem arabuluculukta hem tahkimde delil olarak kullanılabilir. Bu delillerin arabuluculuk sırasında kullanılması, yargılamada delil olarak kullanılmasına engel değildir.

Tüm bu sorunlar dikkate alındığında hem arabuluculuk sürecinin olabildiğince etkin yürütülebilmesi için, hem de tahkim yargılamasında tarafsızlık sorunuyla karşı karşıya kalınmaması için, arabulucunun daha sonraki tahkim yargılamasında hakem olarak görev yapmamasının daha yerinde bir çözüm olduğu savunulabilir. Uygulamada da bu durum, arabulucu-

hakemin aynı kişi olmadığı farklı MED-ARB modellerinin [arabulucu ve hakemin farklı kişilerden seçildiği yöntem (med-arb diff); arabulucu ve hakemin farklı kişilerden seçildiği ve fakat bu kişilerin bir takım halinde hareket ettikleri model (co-med-arb); tavsiye edici arabuluculuk-tahkim (med-arb diff-recommendation); paralel arabuluculuk modeli (mediation Windows in arbitration); arabuluculuk ve nihai teklif tahkimi (MEDA-LOA-mediation and last offer arbitration); bağlayıcı olmayan arabuluculuk-tahkim modeli (non-binding med-arb); gölge arabuluculuk (shadow mediation)] geliştirilmesi sonucunu doğurmuştur. Bununla birlikte, MED-ARB yönteminden beklenen faydanın sağlanabilmesinin arabulucu ve hakemin aynı kişi olmasına bağlı olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle kanaatimce ortaya çıkacak sakıncalar ve gizlilik sorunları tarafların MED-ARB sözleşmesinin kurulması sırasında gizlilikle ilgili sorunlara yönelik olarak detaylı düzenlemeler yapmaları ile aşılabılır.

Bunun yanı sıra Singapur ve Hong Kong hukuklarında benimsenen bir çözüm olarak, arabulucunun, taraflarla birebir görüşmeler sonucunda gizli bilgiler öğrenmesi hâlinde hakem kararını etkileyebilecek nitelikteki gizli bilgileri tahkimden önce her iki tarafa da açıklaması zorunluluğu getirilebilir.

Ayrıca MED-ARB yönteminde, arabulucu-hakemin niteliği son derece önemlidir. Arabulucu her iki görevi de yapabilecek bilgi ve kabiliyette olmalı, hem arabuluculuk hem de tahkim alanında tecrübeli bulunmalıdır. Bu süreçte görev alacak kişi, arabuluculuğun ve tahkimin birbirinden farklı uyuşmazlık çözüm yöntemi olduklarının; arabulucunun ve hakemin rolünün iki aşamada birbirinden farklı olduğunun; arabulucunun ve hakemin taraflara karşı davranışlarının farklı olması gerektiğinin bilincinde olmalıdır. Arabuluculuk aşamasında tarafların müzakerelerini kolaylaştırma görevinden uyuşmazlık hakkında karar verme görevine geçebilmelidir. Arabulucu-hakem, arabuluculuk aşamasında tarafların güvenini kazanabilmeli ve bunu tahkimde de koruyabilmelidir.

Kanaatimce, hiçbir çözüm önerisi hem tahkime hem de arabuluculuğa

hâkim olan ilke ve avantajları bir arada koruyamamakta ve MED-ARB yönteminin risklerinin tamamını bertaraf eden bir çözüm yolu bulunmamaktadır. Bu nedenle, tarafların MED-ARB modellerine ilişkin bilgi sahibi olmaları, arabulucu ve hakemin aynı kişi olduğu modelin olumlu ve olumsuz yönleri hakkında bilinçli bulunmaları ve aslında en temelde, aralarındaki uyuşmazlığı dostane bir yöntemle çözmek konusunda içten, dürüst bir niyet sahibi olmaları en önemli noktadır.

GENEL KAYNAKÇA

- Ağırman, D., Milli ve Milletlerarası Tahkim, Ankara 2022.
- Akıncı, Z., Milletlerarası Tahkim, 6. B., İstanbul 2021.
- Akyol Aslan, L./Erbahçeci, G. B., Arabuluculuk Faaliyetinin Tarafları ve Tarafların Temsili, Fırat Üniversitesi Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 2023/7/1, s. 1- 40.
- Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E., Medenî Usul Hukuku, 11. B., Ankara 2024.
- Atalı, M./Ermenek, İ./Erdoğan, E., Medenî Usûl Hukuku, 7. B., Ankara 2024.
- Aydın, İ., Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul 2022.
- Bakırcı, K., “Alternatif” Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2019/31/140, s. 355-392.
- Balcı, M., İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999.
- Baytaroglu, D., Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına İstinaden Çözümü, Public and Private International Law Bulletin 2019/39/2, s. 357-392.
- Bolayır, N., Fransız Hukuku’nda Uyuşmazlıkların Dostane Çözüm Yolları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2016/15/2, s. 155-174.
- Bostancıoğlu, E., Arabuluculukta Müzakere, Ankara 2022.
- Canatan, B., Med- Arb Yönteminin Getirdiği Olumsuzluklar ve Gizlilik Sorununa Yönelik Bazı Med-Arb Modelleri, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2023/9/1, s. 81-92.
- Canatan, B., Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Med-Arb, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2023.
- Çınarlı, S./Azak, K., Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Alternatif

Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Ülkemizde Uygulanabilirliği, Terazi Hukuk Dergisi 2023/17/187) s. 35-48.

Çırkan, M. H., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculukta Eşitlik İlkesi, Ankara 2021.

Değirmencioglu, M., Milletlerarası Ticari Tahkimde Patolojik Tahkim Anlaşmaları ve Hibrit Tahkim Anlaşmaları, İstanbul 2021.

Demirkol, B./Aküzüm, U., Türkiye’de Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim) Yapısı, Mevzuatı ve Uygulaması, İstanbul 2020.

Durak, Y., Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olan Arabuluculuk ve Medeni Hukuktaki Görünümü, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013/3/2, s. 55-76.

Ekşi, N., Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, İstanbul 2015.

Ercan, M., Uyuşmazlıkların Online Çözüm Yöntemleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2012

Erkan, M., Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi, İstanbul 2020.

Erol, M., Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması, Arabuluculuk Zirvesi II (Ed. Güllüoğlu Altun, Y.), İstanbul 2020, s. 281-330.

Ersen Perçin, G., Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerindeki Yeri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 2012/31/2, s. 177-201.

Giray F. K., Milletlerarası Tahkimde Gizlilik, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 2015/4/2, s. 63-120.

Göksu, M., Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim, 4. B., Ankara 2022.

Görkem, Z., Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Statüsü-Hakları ve Yükümlülükleri, Ankara 2015.

Ildır, G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003.

İzgi, M. F., Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm

Yolları, İstanbul 2023.

Karacabey, K., Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar. Ankara Barosu Dergisi 2016, s. 458-478.

Karacan P., Uluslararası Yatırım Tahkiminde Şeffaflık Kavramı, İstanbul 2017.

Karaman, E., Sınai Mülkiyet Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Alternatif Bir Çözüm Yöntemi: Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim), Ankara 2024.

Kaya, S., Uyuşmazlıkların Çözümünde Hibrit Yöntem: Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb), Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 2021/17/48, s. 225-252.

Kekeç, E., Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2016.

Konuralp, C., Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

Oğuz, A./Özden Merhancı, S., Fikri Mülkiyet Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Amerika Örneği, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. II, Ankara 2015, s. 1163-1179.

Özbay, İ., Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006/10/3-4, s. 459-475.

Özbek, M. S., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5. B., Ankara 2022.

Özbek, M. S., Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim, Yargıtay Dergisi 2017/43/1, s. 15-106.

Özbek, M. S., Tahkim Hukuku, C. I, Ankara 2022.

Özbek, M., Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2007/19/68, s. 265-320.

Özbek, M., Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002/51/2, s. 121-162.

Özekes, M., Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. 3, 15. B., İstan-

bul 2017, s. 2801-2846.

Özsunay, E., Tahkim Yargılamasında Mahremiyet, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2. B., Ankara 2004.

Pekcanıtez, H., Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Hukuki Perspektifler Dergisi 2005/5, s.12-16.

Pekcanıtez, H., Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. 1, 15. B., İstanbul 2017, s. 1-75.

Pekcanıtez, H./Atalay, O./Özekes, M., Medenî Usûl Hukuku, 12. B., İstanbul 2024.

Pekcanıtez, H./Yeşilırmak, A., Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. 3, 15. B., İstanbul 2017, s. 2579-2800.

Polat, M., Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010.

Saygın, B., Türkiye’de Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Yeni Bir Yol: Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim), İstanbul 2023.

Şanlı, C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. B., İstanbul 2016.

Şensöz Malkoç, E./Değirmencioğlu, M. (2021), Milletlerarası Ticari Tahkimde Hibrit Tahkim Klotzlarının Geçerliliği, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2021/27/1, s. 593-641.

Tanrıver, S., Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Ankara 2023.

Tanrıver, S., Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2006/19/64, s. 151-177.

Tanrıver, S., Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. B., Ankara 2022.

Tanrıver, S., Medenî Usûl Hukuku, C. 2, 2. B., Ankara 2022.

Taşkan, Y., Türk Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb) Usulünün Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2023.

Tıktık, Ç., Arabuluculukta Gizliliğin Korunması. İstanbul 2010.

Ülkü Kahveci, Z., Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb) ve ISTAC Kuralları, Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm – Tahkim Okulları Paneller Serisi, (Yay. Haz.: Erkan, M., Yasan Tepetaş, C.), İstanbul 2021, s. 215-250.

Yarar, G., Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, 2. B., İstanbul 2023.

Yazıcı Tıktık, Ç., Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.

Yeşilirmak, A., Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb), (ed. Erdoğan, E), Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara 2018, s. 181-188.

Yılmaz, E., Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Mahkemelerin Geleneksel İşlevini Yitirmesi, İnşaat Sanayi Dergisi 2020, s. 48-5.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları Beşinci Oturum

**TÜRKİYE'DE YARGININ BİREY
ÖZERKLİĞİNE BAKIŞI**

İdare Karşısında Birey Olabilmek

Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY^{[1]*}

ÖZET

Devletin varlık nedeninin kamu hizmeti olduğu; devletin, bireyin ve toplumun yararını sağlamak için var olduğu söylenebilir. Ancak devlet kamu yararının neyi gerektirdiğini, kamu düzenini sağlamak için bireyin hangi faaliyetlerinin kısıtlanması gerektiğini varlığını borçlu olduğu bireyden daha iyi tahlil ve tespit edebileceği iddiasında olmuştur. Birey, devlet/idare karşısında küçülmüş, kendisine anlatıldığı, “bilmesi gerektiği” kadar idare faaliyetlerine vakıf olabilmıştır.

Hukuk devletinin gelişmesi ile idare karşısında birey olmak da dönüşüme uğramıştır. İdare edilen, yönetilen kişiden sorgulayan ve hesap soran bireye doğru evrim halen devam etmektedir.

İdare – birey ilişkisi değişik sıfatlarla kurulabilir. Öncelikle hizmet alan birey olarak herkesin ortaklaştığı bir alan bulunmaktadır. Örneğin, kamu hizmeti ve tüm idari faaliyetlerle ilgili talepte bulunma ve özellikle birey olma yolunda bilgi edinme hakkına sahip olması bu evrimin bir parçasıdır. Ancak bilgi edinme hakkı başlı başına yeterli değildir. Şeffaf idare ilkesi idari faaliyetlerde açıklığı gerektirir ve bu açıklık sadece talep edildiğinde değil talep edilmeden de birey olarak kabul edilen kişilere bilgi verilmesini gerektirir. Bu bakımdan bilgi edinme hakkı ile eşit düzeyde bir yükümlülük olarak bilgilendirme yükümlülüğü idareye yüklenmelidir. İdari faaliyetlerle ilgili kişinin aklına bir soru geldiğinde bunu kanunda öngörülen prosedürü işletmesine gerek kalmadan ilgili idarenin internet adresinden öğrenebilmesi gerekir.

[1] * Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku AB Dalı, didemsevgili@hacettepe.edu.tr

İdare ile kurulabilecek bir diğer ilişki hizmete katılan yani kamu görevlisi sıfatı ile olabilir. Bu ilişki de günümüzde dönüşüme uğramaktadır ancak ülkemizde yeterli olgunluğa erişmemiştir. Kamu görevlisi birey olarak kabul edildiği ölçüde örneğin ifade özgürlüğü ve sendikal hakları kabul görecektir. Kamu görevlilerinin sıkı bir hiyerarşi içinde “otomata” çevrilmeden kuracakları ilişki için Anayasanın 137.maddesinde düzenlenen kanunsuz emir hükümleri elbette yeterli değildir. Kamu çalışanlarının kendi çalışma koşulları ile ilgili olarak idarenin tek taraflı belirleyeceği statüye tabi olmaları günümüzde kabul görmemekte; sendikal hakların tanınması ise tek başına kamu yönetiminde demokrasinin sağlanması için yeterli olmamaktadır. Bu nedenle Fransa’da idare içinde değişik komisyonlar aracılığı ile üst ve alt kademe kamu çalışanları yönetime katılabilmektedir. Ülkemizde bu ilişki bakımından bazı gelişmeler kaydedilmiş olsa da daha alınacak yol vardır.

İdare ile kurulacak davacı/davalı ilişkisinde de birey olmayı irdelemek gerekir. Öncelikle davacı sıfatıyla idare karşısına çıkıldığında bu sıfatın kabul edilmesi konusunda iptal davasında menfaat ihlali şartının tespitinde yaşanan daralma birey olma yolunda evrimi geriletmektedir. İdari yargıda kabul edilen re’sen araştırma ilkesi bireyi koruma amacı ile olumlu değerlendirilse de yeterli olmamakta; tanık dinlenmemesi özellikle günümüzde önemli bir problem olan mobbing davalarında bireyi zora düşürmektedir. Davacının idare olduğu rücu davalarında ise birey idare ile ilk defa eşit kabul edilerek adli yargıda idare karşısında davalı sıfatına sahip olmakta ancak neticede “günah keçisi”ne dönüşebilmektedir.

Görüldüğü üzere idare karşısında birey olabilmek henüz tamamlanmamış, çok boyutlu ve uzun bir değişim sürecidir.

Anahtar Kelimeler:

idare

yönetim

yönetilen

birey

hukuk devleti

BEING AN INDIVIDUAL BEFORE THE ADMINISTRATION

ABSTRACT

The reason for the existence of the state is public service; It can be said that the state exists to provide the public interest and benefit of the individual. However, the state claimed that it could better analyze and determine what the public interest requires and which activities of the individual should be restricted to ensure public order than the individual to whom it owes its existence. The individual has become humbled in front of the state/administration, and has only been able to understand administrative activities as much as they were told and “needed to know”.

Development of the rule of law, has transformed the state of individual vis-à-vis the administration. The evolution from the person who is managed and administered to the individual who questions and calls to account is still continuing.

The administration-individual relationship can be established with different adjectives. First, everyone is an individual receiving public services. For example, having the right to make requests regarding administrative activities and public services and to obtain information is part of this evolution of becoming an individual. However, the right to information alone is not enough. The principle of administrative transparency requires the openness of administrative activities, and the provision of information to persons considered as individuals, not only upon request, but also without request. In this regard, the obligation to provide information should be imposed on the administration as an obligation equal to the right to information. When a person has a question regarding administrative activities, he or she should be able to find out about it on the website of the competent administration without having to follow the procedure provided for by law.

Another relationship that can be established with the administration is as a participant of the public service, as a public servant. This relationship is also undergoing transformation today, but it has not reached sufficient maturity in our country. To the extent that public officials are accepted as individuals,

for example, freedom of speech and trade union rights will be accepted. Of course, the illegal order provisions set out in Article 137 of the Constitution are not enough for the relationships that public officials will establish in a strict hierarchy without turning into “automatons”. It is not accepted today that public employees are subject to a status determined unilaterally by the administration regarding their working conditions, but the recognition of trade union rights is not sufficient in itself to guarantee democracy in the administration. public. It is for this reason that in France, higher and lower civil servants can participate in management through various commissions within the administration. Although some progress has been made in these relationships in our country, there is still a long way to go.

It is necessary to examine individuality in the plaintiff/defendant relationship with the administration. First of all, when appearing before the administration as a plaintiff, the narrowing of the determination of the condition of interest to act in the annulment cases delays the evolution towards individuality. Although the principle of ex officio investigation accepted in the administrative jurisdiction is positively evaluated for the purpose of protecting the individual, it is not sufficient; not hearing witnesses places the individual in a difficult situation, particularly in cases of moral harassment, which constitutes a problem today. In cases of recourse where the plaintiff is the administration, the individual is considered for the first time as the equal of the administration and has the title of defendant against the administration in the judicial system, but ultimately finding himself in a role of “scapegoat”.

As can be seen, being an individual before the administration is a multi-dimensional and long process of evolution that has not yet been completed.

Keywords:

administration

managment

administered

individual

rule of law

GİRİŞ

Devletin ilk ortaya çıkışı güvenlik ihtiyacına bağlansa da günümüzde varlık nedeninin kamu hizmeti olduğu; devletin, bireyin ve toplumun yararını sağlamak için var olduğu söylenebilir.

Ancak devlet, kamu yararının neyi gerektirdiğini, kamu düzenini sağlamak için bireyin hangi faaliyetlerinin kısıtlanması gerektiğini bireyden daha iyi tahlil ve tespit edebileceği iddiasında olmuştur. İdarenin, kamu yararı amacıyla hareket ettiği için üstün yetkileri olduğu kabul edilmektedir. Yani bu üstün yetkiler bireyi küçültmek için değil kamunun yararını sağlamak için kendisine verilmiştir. Kamu yararı kavramı çok fonksiyonlu ve gelişim içinde olan, “özü itibariyle tanımlanamayan, muhtevası önceden bilinmeyen, belirsiz, esnek ve değişken bir kavramdır”.^[2] “Kamu yararı, halk için neyin önem taşıdığı, bir hukuk toplumu için neyin değerli olduğunun ortaya konmasıdır”.^[3] Kamu yararını belirleme yetkisi öncelikle mecliste ikincil olarak ise idarededir. O halde bizler için neyin yararlı olduğuna ve hangi yararlar için bireysel haklarımızın sınırlanabileceğine devlet karar vermektedir.

Üstelik idarenin bireylere karşı tam bir açıklık içerisinde olduğu da söylenemez. Öncelikle devlet sırrı olduğu için açıklanmaması uygun görülen bazı bilgiler vardır. Yani devletin bekası için bazı bilgilerin herkesçe bilinmemesi bazı şeylerin öyle ulu orta söylenmemesi gerekir. Birey, devlet/idare karşısında küçülmüş, kendisine anlatıldığı, “bilmesi gerektiği” kadar idare faaliyetlerine vakıf olabilmıştır. Değişik zamanlarda bazı kitapların yasaklanması bu anlayışın bir sonucudur. Bazı kitaplar devlet güvenliği için bazıları ise ahlakımızı bozacağı için sakıncalı görülmüştür.

Hukuk devletinin gelişmesi ile idare karşısında birey olmak da dönüşüme uğramıştır. İdare edilen, yönetilen kişiden sorgulayan ve hesap soran bireye doğru evrim halen devam etmektedir. İdarenin hesap veren

[2] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s.3.

[3] Akyılmaz vd. s.4.

olması durumunda vatandaşların tebaa olmaktan çıkıp birey olmaya evrildiği söylenebilir. İdare tarafından birey olarak kabul edilmenin ilk şartının bilgilendirme yükümlülüğünün kabul edilmesi olduğu söylenebilir.

Gerçekten, kamu hizmeti ve tüm idari faaliyetlerle ilgili talepte bulunma ve özellikle birey olma yolunda bilgi edinme hakkına sahip olması demokratik bir toplumda çok önemlidir. Ancak bilgi edinme hakkı başlı başına yeterli değildir. Şeffaf idare ilkesi idari faaliyetlerde açıklığı gerektirir ve bu açıklık, birey olarak kabul edilen kişilere sadece talep edildiğinde değil talep edilmeden de bilgi verilmesini gerektirir. Bu bakımdan bilgi edinme hakkı ile eşit düzeyde bir yükümlülük olarak bilgilendirme yükümlülüğü idareye yüklenmelidir. Hukuk devletinde idarenin bireye “yol gösterme” ve “bilgilendirme” yükümlülüklerinin olduğu belirtilmektedir.^[4] Kamu hizmetlerinin sunumunda uyulacak usul ve esaslara ilişkin yönetmeliğin beşinci maddesi uyarınca idarenin, kanuni sınırlamalar saklı kalmak üzere, sunduğu hizmetlere ilişkin bilgileri ve mevzuatı, basılı ya da elektronik ortamda duyurması gerekmektedir. Bu gereklilik idarenin, bireylerden herhangi bir talep gelmeden, yerine getirmek zorunda olduğu bir yükümlülüktür. İdari faaliyetlerle ilgili kişinin aklına bir soru geldiğinde bunu kanunda öngörülen prosedürü işletmesine gerek kalmadan ilgili idarenin internet adresinden öğrenebilmesi gerekir. İdarenin bilgilendirme yükümlülüğünün idare karşısında birey olabilmek için çok temel bir işlevi olsa da maalesef bu konuda ülkemizde önemli eksiklikler bulunmaktadır.^[5]

İdare – birey ilişkisi değişik şekillerde **kurulabilir**.

1- Hizmet alan birey

[4] Akyılmaz vd. s.531.

[5] Bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Sevgili Gençay, Fatma Didem, Bilgi edinme Hakkından Bilgilendirme Yükümlülüğüne Covid-19 Pandemi Süreci, Salgın Dönemlerinde İnsan Hakları Bildiri Kitabı, TİHEK Yayını, Ankara, 2022, ss.235-256.

Öncelikle **hizmet alan birey** olarak herkesin ortaklaştığı bir alan bulunmaktadır. İdarenin verdiği kamu hizmetlerinin sadece bireyin faydasına olmadığı, toplumu şekillendirmenin de bir aracı olduğu hatırlanmalıdır. Elindeki ideolojik araçları da kullanan idare nesilleri şekillendirme, **makbul vatandaşlar** yaratma çabasına girmektedir. Vatandaşın nasıl makbul olacağı ise siyasi iktidara göre değişebilmektedir. Bu yönde birincil araç eğitim kamu hizmetidir. Bu nedenle bütçe görüşmelerinde Milli Eğitim Bakanının yaptığı konuşma ve bakanlığın dernek/tarikatlarla yaptıkları protokoller gündem olmuştur.

Ahlak bekçiliği yaptığı eleştirisi getirilen idare yasakları da bu vatandaşların şekillendirilme süreçleri ile ilgilidir. Ahlakımızı koruma altına alan devlet, bu amaçla bazı kitapları yasaklayabilmektedir: AİHM, Akdaş – Türkiye davasına konu olayda, Appolinaire’in Les Onze Mille Verges isimli eserinin, On Bir Bin Kırbaç başlığıyla Türkçeye çevrilmiş halini yayımlayan editör, ağır para cezasına mahkum edilmiş, ayrıca kitabın tüm baskılarının toplatılmasına ve toplanan kitapların imha edilmesine karar verilmiştir.

AİHM’ne yapılan savunmada hükümet, olayda bir müdahalenin varlığı konusunda ciddi bir itirazda bulunmamış ancak bu müdahalenin kanunda öngörülmüş olduğunu ve ahlakın korunması ile kamu düzeninin sağlanması gibi meşru bir amaç izlediğini iddia etmiştir. Hatta hükümete göre, idare hukuku derslerinde iddia edilenin aksine, “Devletin ahlakın korunması konusundaki takdir yetkisi bilhassa geniş olmalıdır”(!) ve toplum ahlakının korunması için de bazı kitapların yasaklanması bir zarurettir. Nihayetinde AİHM, Avrupa kültür mirası listesine girmiş bu kitabın yasaklanmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulmuş.

Günümüzde yapılan yaşam biçimine müdahale tartışmaları da bu çerçevede değerlendirilebilir.

Kamu hizmetlerinin örgütlenmesine, hizmetin sunumu ile ilgili alınacak kararlara baktığımızda vatandaşların söz hakkının bulunmadığını görürüz. Aslında kamu hizmetinin uyum ilkesi söz hakkı tanınmama-

sını gerektirir. Denilmektedir ki, “uyum ilkesinin önemli sonuçlarından biri kullanıcıların kamu hizmetleri ile ilişkisinde kazanılmış hakkın olmayacağıdır. Düzenlilik ve öngörülebilirlik sağlandığı oranda idare ile kamu hizmeti kullanıcıları arasındaki ilişki uyum gereksinimini karşılayabilmek için değiştirilebilir. Sabitlenmiş statüler ve mali kazanılmış haklar dışında kullanıcılar ve çalışanlar kazanılmış hak ileri süremezler ancak değişikliklerin de hukuk güvenliği ve öngörülebilirliğine uygun biçimde geçiş düzenlemeleriyle yapılması gerekir”.^[6]

Kamu hizmeti öngörülen şekilde verilmediğinde zarara uğrayan kullanıcının zararının tazminini talep etmesi elbette mümkündür. Ancak kişinin, evinin yakınındaki semt polikliniğinin kapatılması, şehir hastaneleri inşa edilmesi ve bunların meskûn mahalden uzak yerlerde konumlanması karşısındaki itirazı bireysel yararın savunusu olarak değerlendirilerek kamu yararına feda edilmektedir.

Halkın idarenin kararlarına katılımı ülkemizde görünmemektedir.^[7] İdari usul yasamız zaten bulunmamaktadır. Birel işlem olarak ÇED sürecinde halkın katılımı öngörülmüş olsa da bu sürecin pratiğinde halkın katılımının işlem sonucuna etkisi pek bulunmamaktadır. ÇED sürecinde dahi halkın asıl katılımı verilen kararlara karşı açılan iptal davaları ile mümkün olabilmektedir ki davacı/davalı ilişkisine birazdan gelinecektir.

İdari işlemler kişiye tebliğ edilir. Gerekçe zorunluluğu da kural olarak yoktur, yani ilgiliye işlemin sebeplerinin açıklanması da zorunlu değildir. Karara uyulması ise zorunludur. İtiraz durumunda dahi gerekçe zorunluluğunun olmaması bireyi dava açmak zorunda bırakmaktadır. O halde birey idarenin işlemlerine, sebebini dahi bilmeden, itaat etmek zorundadır. Oysa ki en azından işlemin tesisinden sonra işlemin ilga-

[6] Karahanoğulları, Onur, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, s.363.

[7] Bireylerin idari işlemin tesisine katılımına dair ayrıntılı bilgi için bkz: Faruk Göçgün, Çok sayıda kişiyi etkileyen işlemlerde idari usule katılım, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10 (2), Güz 2023, ss.297-324.

sı ya da geri alınması talebiyle idareye yapılacak başvurulara verilecek olumsuz cevapların gerekçeli olması bireyin itirazının ciddiye alındığı, incelendiğini göstermesi bakımından değerli olacaktır.

2- **Hizmete katılan birey**

İdare ile kurulabilecek bir diğer ilişki **hizmete katılan birey** yani kamu görevlisi sıfatı ile olabilir. Bu ilişki de günümüzde dönüşüme uğramaktadır ancak ülkemizde yeterli olgunluğa erişmemiştir. Kamu görevlisi, birey olarak kabul edildiği ölçüde örneğin ifade özgürlüğü ve sendikal hakları kabul görecektir. Kamu görevlilerinin sıkı bir hiyerarşi içinde “otomata” çevrilmeden kuracakları ilişki için Anayasanın 137. maddesinde düzenlenen kanunsuz emir hükümleri elbette yeterli değildir. Memurun her ne kadar üstünden aldığı emirlere itaat etme yükümlülüğü bulursa da verilen emrin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirmesini de kendisi yapmak durumundadır.

Kamu çalışanlarının kendi çalışma koşulları ile ilgili olarak idarenin tek tarafı belirleyeceği statüye tabi olmaları günümüzde kabul görmemekte; sendikal hakların tanınması ise tek başına kamu yönetiminde demokrasinin sağlanması için yeterli olmamaktadır. Bu nedenle Fransa’da idare içinde değişik komisyonlar aracılığı ile üst ve alt kademe kamu çalışanları yönetime katılabilmektedir. Ülkemizde bu ilişki bakımından bazı gelişmeler kaydedilmiş olsa da daha alınacak yol vardır.

Hizmete katılan birey ile ilgili olarak önemli bir konu da ifade özgürlüğünün korunmasıdır. İdarenin bireylere eşitlik ilkesine uygun olarak hizmet vermesi gerekmektedir. İdare kamu hizmetlerini kamu görevlileri aracılığıyla yerine getirdiğine göre denebilir ki kamu görevlileri görevlerini dil, din, etnik köken, siyasi düşünce veya cinsel yönelim gibi bir ayrım gözetmeksizin yerine getirmelidirler. Kamu görevlileri tarafsız olmalı ve bu tarafsızlıklarını özel hayatlarında da devam ettirmelidirler. Ancak kamu görevlisinin de bir birey olduğu ve özel

hayatının olduğu unutulmamalıdır.^[8] Yargı kararlarına da bakıldığında kamu görevlilerinin üstlendikleri görevin niteliği ve önemine bağlı olarak ifade özgürlüklerinin çok ya da az sınırlanabildiği görülmektedir.^[9]

Örneğin, hakim ve savcıların yerine getirdikleri görev nedeniyle diğer memurlara göre daha dikkatli olmaları gerektiği, fikirlerini açıklamak konusunda sınırlanabilecekleri, örneğin basını, provokasyonlara cevap vermek için bile olsa, kullanmamaları gerektiği AİHM tarafından kabul edilmiştir.^[10] Anayasa Mahkemesinin de bu konuda değişik kararları bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre kamu görevlisinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda görüldüğü üzere, kamu görevlisinin ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için kamu görevlisinin açıklamasının hizmetin aksamasına sebep olacak, işleyişinde düzeni bozacak bir etkisinin bulunması gerekir.^[11]

3- Davalı / Davacı ilişkisinde birey

İdare ile kurulacak **davacı/davalı ilişkisinde de birey** olmayı irdelemek gerekir. Öncelikle davacı sıfatıyla idare karşısına çıkıldığında bu sıfatın kabul edilmesi konusunda iptal davasında menfaat ihlali şartının tespitinde yaşanan daralma birey olma yolunda evrimi geriletmektedir.

İdari yargıda kabul edilen re'sen araştırma ilkesi bireyi koruma amacı ile olumlu değerlendirilse de yeterli olmamakta; tanık dinlenmemesi özellikle günümüzde önemli bir problem olan mobbing davalarında bireyi zora düşürmektedir.

Danıştay 8. Dairesinin E.2003/3369, K.2004/917 sayılı kararı katı uygulanan usul kurallarının yol açabileceği garip sonuçları ortaya ser-

[8] AYM, 24.2.2016 tarihli Hasan Güngör kararı, Başvuru no:2013/6152, § 49.

[9] Ayrıntılı bilgi için bkz: Burak ERDEM, Kamu Görevlisinin İfade Özgürlüğü, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

[10] Kayasu vs. Türkiye, n°100, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-89519>. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmut ŞEN, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Hakim ve Savcıların İfade hürriyeti, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, S.7, ss.931-959.

[11] AYM, 29.9.2020 tarihli Ömer Yalçın kararı, Başvuru no: 2017/30798, § 32.

mektedir: “İdare mahkemesince, davacının tez savunma sınavında başarılı olduğu ve tutulan tutanağa sehven oybirliğiyle ret kararı yazılmış olabileceği yolundaki iddialar üzerine, ara kararı ile 5 jüri üyesine, ilgilinin doktora tez sınavında başarılı olup olmadığının, oybirliğiyle verilen ret kararının sehven verilir verilmeyeceği sorulmuş, cevaben gönderilen jüri üyelerinin ifadelerinden, 3 jüri üyesinin olumlu oy kullandığının anlaşıldığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Anılan Yasa hükümleri ve yerleşmiş idari yargılama usulü ilkelerine göre; yazılı yargılama yapmak zorunda olan idari yargı yerlerinin kendiliğinden yapacakları her çeşit inceleme için, lüzum gördükleri ve taraflar veya ilgili yerlerden isteyebilecekleri evrak ve bilgiler kapsamında, tanık veya şahit dinlenmesi ya da ifade alınması şeklinde bir yöntem bulunmamaktadır. Ayrıca, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasına atıfta bulunulan konular arasında da bu yönde bir kural mevcut değildir.

Bu durumda, davacının iddiası ciddi bulunuyorsa başarılı olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak doğacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, idari yargılama usulünde yer almayan bir inceleme ve değerlendirme yöntemine dayalı olarak verilen İdare Mahkemesi kararında usul hükümlerine ve hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”

Davacının idare olduğu rücu davalarında ise birey idare ile ilk defa eşit kabul edilerek adli yargıda idare karşısında davalı sıfatına sahip olmakta ancak neticede “günah keçisi”ne dönüşebilmektedir. İdarenin sorumluluğuna hükmedilen durumlarda, idare tespit ettiği sorumlu kamu tüzel kişisine rücu etmekte ancak bu rücu tazminatın tamamı üzerinden yapılmaktadır. Bu durumlarda hizmet kusuru ile kamu görevlisinin kişisel kusurunun birleşmesi söz konusu olsa da bu kusurların zarara katkı oranlarını belirleme işi adli yargıya kaldığı için idarenin aklanması, sorumluluğun görevliye yüklenmesi söz konusu olmaktadır. Kısaca idarenin kamu görevlisine karşı açacağı rücu davasının adresi değişmeli ve idari yargının görev alanına alınmalıdır.

Bireyin idare karşısında yargı yoluyla korunması konusunda görüldüğü gibi problemler bulunmaktadır. Bunlara ek olarak, bireyin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği iddiasıyla yöneldiği bireysel başvuru yolu elbette önemlidir. Ancak günümüzde bu başvurular neticesinde Anayasa Mahkemesinin verdiği kararların bağlayıcı olup olmadığı, kimleri ne kadar bağladığı konusunda da Anayasa açık olmasına rağmen önemli tartışmalar söz konusudur.

Sonuç:

Görüldüğü üzere idare karşısında birey olabilmek henüz tamamlanmamış, çok boyutlu ve uzun bir değişim sürecidir.

Toplumun ya da idarenin bir parçası olmak değil, birey olarak var olabilmek, bireysel düşünce geliştirebilmekle yakından ilgilidir. Bireyin kendisi olarak var olmasını sağlayacak en önemli araç özgür ifade imkanının var ve geniş olmasıdır.

İdare karşısında birey ne hizmetten yararlanan olarak taleplerini özgürce belirtebilmekte, ne idarenin içinde kamu görevlisi olarak ifade özgürlüğünden yararlanabilmekte ne de idare ile uyuşmazlık yaşadığında idare ile eşit ilişki kurabilmektedir. Eşit olmaya en yaklaştığı yer davacı olarak idareyi “zorladığı” zamanlar olabilir. O halde günümüzde birey olmak mücadele etmektir.

KAYNAKÇA:

Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.

Erdem, Burak, Kamu Görevlisinin İfade Özgürlüğü, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Göçgün, Faruk, Çok Sayıda Kişiyi Etkileyen İşlemlerde İdari Usule Katılım, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10 (2), Güz 2023, ss.297-324.

Karahanogulları, Onur, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.

Sevgili Gençay, Fatma Didem, Bilgi edinme Hakkından Bilgilendirme Yükümlülüğüne Covid-19 Pandemi Süreci, Salgın Dönemlerinde İnsan Hakları Bildiri Kitabı, TİHEK Yayını, Ankara, 2022, ss.235-256.

Şen, Mahmut, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Hakim ve Savcıların İfade Hürriyeti, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, S.7, ss.931-959.

Birey Özerkliği Çocuklar İçin Tartışma Gereği

Dilara AĞAOĞLU CANAY

İçinde bulunduğumuz çağda insanlık önce bireyin topluluktan bağımsızlaşıp özgür iradesiyle var olma mücadelesini, sonra bu soyut bireyliğin çeşitli sınıf ve kimlik değişkenleriyle birlikte kurgulanarak hak ve özgürlük talepleri ortaya koyma sürecini yaşamıştır ve yaşamaktadır. Tarihin çeşitli zamanlarında ve çeşitli coğrafyalarda “insan” dendiği ve onun haklarından/hukukundan bahsedildiğinde aslında söz konusu olanın gerçek anlamda bütün insanlar olmadığı bir vakıadır. Örneğin farklı etnik kimliklerin ve kadınların hukuk özneliğinin kabul görmesi oldukça yakın zamana tarihlenir. Çocukluk da biyolojik, psikolojik, sosyolojik ve hukuki olarak yeni sayılabilecek şekilde fark edilmiş ve bu alanların konusu olmuştur.

Bireyi birey olmayan insandan ayıran çizgi, medeniyeti toplu halde yaşamının verdiği özgürlük ve kısıtlamalardır. Modern zaman için bütün bunlar hukukun enstrümanları aracılığıyla gerçekleşmiştir. Hukuk, insanı bir takım haklarla donatarak kişi haline getirir. Daha psikolojik ve felsefi düzeyde, sahip olduğu özgürlükleri kullanacak ve tabi olduğu kısıtlamalara uyacak iradeyi gösterecek hali de bireydir. İnsanı birey haline getiren donanımın nasıl sağlandığı konusunda çeşitli cevaplar bulunur. Kurumsal eğitim, yaygın eğitim, örgün eğitim, gayriresmi eğitim, dinsel eğitim ve bunlara eleştirel yaklaşımlar söz konusudur. Althusser ya da Foucault isimleriyle birlikte anılabilecek bu yaklaşımlar kurum olarak eğitime karşı olmayı değil ama temkinli değerlendirmeyi sağlayacak malzeme sağlar.

Birey olmak özgürlük gerektirir. Hukuk insanı özgür “kabul eder”, öyle “varsayar”. Hukukun düzen işlevini yerine getirebilmesi için kaçınılmaz olan bu kabul, bireyin “neyden” özgür olduğunun açıklanmasını gerekti-

rir.? Antik yunandaki etik- erdemli insanın ya da feodal zamanlarda gelenek ve dinin belirleyiciliği çerçevesindeki bireyin belirleyici özelliği özgür olmaları değildir. Söz konusu çağlarda kitlesel olarak bir özgürlük talebi ya da olgusu yoktur. 18. Yüzyıl itibariyle üretim biçimleri, mülkiyet biçimleri, toplumda bir arada olma biçimlerinin değişmesi, teknolojik icatlar, coğrafi keşifler, okuma materyalinin yaygınlaşması vasıtasıyla hızlı bir bilgi yayılımı özgürlüğü fiil bir durum ve kitlesel olarak talep edilme sürecine sokmuştur. Eşzamanlı olarak da söz konusu özgürlüğü kısıtlanma biçimleri, yeni eşitsizlik biçimleriyle birlikte tarih sahnesine çıkacaktır. Bu tarihsel süreçte özgür, irade sahibi, eşit insan olarak birey, her halükarda yetişkin insandır. İçinde bulunduğumuz çağda insanlık önce bireyin topluluktan bağımsızlaşıp özgür iradesiyle var olma mücadelesini, sonra bu soyut bireyliğin çeşitli sınıf ve kimlik değişkenleriyle birlikte kurgulanarak hak ve özgürlük talepleri ortaya koyma sürecini yaşamıştır ve yaşamaktadır. Tarihin çeşitli zamanlarında ve çeşitli coğrafyalarda “insan” dendiği ve onun haklarından/hukukundan bahsedildiğinde aslında söz konusu olanın gerçek anlamda bütün insanlar olmadığı bir vakıdır. Örneğin farklı etnik kimliklerin ve kadınların hukuk özneliğinin kabul görmesi oldukça yakın zamana tarihlenir. Çocukluk da biyolojik, psikolojik, sosyolojik ve hukuki olarak yeni sayılabilecek şekilde fark edilmiş ve bu alanların konusu olmuştur.

Özerklik, bireyin kendi kararlarını alabilmesi, eylemlerini başkalarının müdahalesi olmaksızın gerçekleştirebilmesidir. Hukuk düzleminde bireyin özerkliği, özgürlük, eşitlik, mahremiyet gibi kavramlar çerçevesinde ele alınabilir. Bununla birlikte resmi nikahtan ve hatta cinsiyetten bağımsız olmak üzere aile ve/veya evlilik ilişkileri de özerkliğin tartışılması için elverişli zeminlerdir. Özerklik, birey kavramına içkin, onun kurucu unsuru olan özelliktir ve bireylik gibi modern bir kavramdır.

Roma hukukunda patria potestasın mutlak egemenliği altında bulunan

çocuğun bu durumundan sonra çocukların hukuki durumunun eleştirisi Kant'ta ortaya çıkar. Üreme yoluyla üretilen çocuğun, kendi onayı olmadan ebeveynin inisiyatifiyle dünyaya geldiği ve bu sebeple durumuyla memnun olacak durumda tutmak zorunluluğu olduğunu söyleyen Kant'a göre çocuk ebeveynin mülkiyetindeymiş gibi tesadüflere terk edilemez. Ebeveynin çocuğun gelişmesini sağlamak "hakkı" bulunmaktadır.

Hukuki açıdan çocukluk durumu, uzlaşımsal bir yaş baremi içinde belirlenir, insan- kişi- birey olarak çocuğun yapabilecekleri/yapamayacakları temel olarak belli yaş sınırlarına tabidir. Öngörüleceği üzere, çocukluğu etnik ve cinsiyetle ilgili kimliklerden ayıran özelliklerden biri, geçici bir süre söz konusu olmasıdır. Bu süre içinde çocuklar, yetişkin bireyler tarafından/onların refakatinde/onlara tabi olarak "büyütülür". Ergin bireyler için özerklik, haklar ve yükümlülükler çerçevesinde belirlenirken, çocuk için hakların karşısında/yanında çocuğun özerkliğine ne kadar, ne şekilde ve kimler tarafından müdahale edilebileceğine dair düzenleme ve uygulamalar yer alır. Burada karşı karşıya gelen ya da birlikte değerlendirilmesi gereken kavramlar ise indirgemeci şekilde çocuk hakları ve velayet haklarıdır.

Çocuk ortaçağda görmezden gelinmiş, yok sayılmıştır. Çocukluk kavramına dair bilgi eksikliği, zaman içinde gelişen hümanist felsefeyle giderilmeye başlamıştır. Ortaçağda insan hayatındaki bir yaş dönemini değil bir anne babanın altsoyu olmayı ifade etmiş olan çocukluğun kendine özgü fizyolojik, psikolojik, gelişimsel özellikleri dikkate alınmamıştır. Fransız Devriminden sonra ise çocuk 21 yaşında reşit yani bağımsız birey olmakla bir şekilde tanımlanmış, böylece yeni hukukun ihtiyaç duyduğu eşit ve özgür bireyi, aklen ve bedenen zayıf çocukları kategori dışında tutarak oluşturulmuştur. Sanayi devrimiyle birlikte üretim ilişkilerinin değişmesi ve işgücü ihtiyacının artmasıyla çocuklar çok küçük yaşta ve çok çetin koşullarda çalışmış, çocuk, çocukluğa özgü kollanma statüsüne ancak 20. Yüzyılda erişmeye başlamıştır. Modern çocukluk ise ebeveynle çocuk arasında derinliği olan duygusal ve sosyal ilişkilerle kurulmuştur. Freud, Piaget, Vygotsky, Montessori gibi isimler çocuğun farklı gelişimsel özellik-

lerini öne çıkararak çocukluğu kavramsallaştırmada etkili olmuştur.

Özerkliğin bir şeyden, birilerinden özerk olmak anlamına gelmesinden hareketle, çocukluğun bireysel özerkliğinin kimden ya da neyden özerk olacağı sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Yukarıda söz edilen tarihsel gelişim sürecine bakıldığında bunun aile- ebeveyn olduğu görülür. Gerçekten bakıldığında çocuk- ebeveyn- aile değişkenlerinin birbiriyle ilişkisini tanımlayacak üç temel bakış açısı belirlemek mümkün görünmektedir: Çocuğun babanın/ailenin mülkiyetine dahil olduğu bakış açısı; çocuğu “ürettikleri” için onu yetiştirme haklarına sahip olan ebeveyn bakış açısı ve modern paradigma olarak çocuğun üstün yararı ilkesi. Ebeveynlik, çocuk üzerinde tesis edilmiş bir haktır. Bu hak hakkın konusu olan çocuk üzerinde tasarruf yetkisi değil onun refahını sağlama sorumluluğu getirir. Bu bağlamda ebeveynlik yetkisi hem doğal hem konvansiyonel ögeler barındıran bir yapıdadır.

Kural olarak ebeveynlik hakları hem ailenin dışsal ilişkilerini hem de ebeveynle çocuk arasındaki ilişkileri düzenler. Ebeveynin haklarının sınırlandırılması, çocuğun hakları, devletin hakları ve çocuğun diğer ebeveyni veya yasal bakımverenin hakları da dahil olmak üzere çeşitli bakış açılarından değerlendirilebilecek bir konudur. Bir ebeveynin çocuğu disipline etme hakkının, çocuğun istismara uğramama hakkıyla sınırlı olduğu kolaylıkla öngörülebilir. Ama istismarın ne olduğu yorum gerektirir. Örneğin ebeveyn bir çiftçiyse, çocuğun ailenin tarlasında çalışması bu ilkeyle engellenebilir. Buradan hareketle, devlet serbest ebeveynliğe müdahale hakkını da gerekçelendirir ve çocuğu ebeveynleri sebebiyle maruz kalabilecekleri tehlikelerden korumak için ebeveyn haklarını kısıtlayabilir. Ebeveynin hakkı devletin müdahale hakkı ile karşı karşıya geldiğinde, devlet, kendini koruyamayan vatandaşını koruyacağını söyler. Ebeveynlerin hakları karşı karşıya geldiğinde ise genellikle aile birliğinin dağılma süreci söz konusudur ve buradaki uyuşmazlığın çözümü için çocuğun üstün yararı ilkesi iş uygun niteliktedir.

Sıklıkla reform tartışmalarına ve paradigmatic değişiklikler yapılacağı

konuşmalarına konu olan Türk yargı sistemi içinde çocuklar da sadece icra aracılığıyla teslim edilen, nafaka alan/alamayan, eğitim eşitsizliğinden ya da sınav sisteminden muzdarip nesneler olarak değil; kişiler hukuku, aile hukuku, çocuk hukuku ve ceza hukukunun birey özerkliğine yaklaşımıyla yerlerinin belirlenmesi gereken özneler olarak ele alınmalıdır. Türk hukukunda Medeni Kanun ebeveynlere çocukla ilgili çok geniş bir serbest vermiş bulunmaktadır. Ancak hukukun çocuk yetiştirmeye, velayete ve bugünün çocuk haklarına temel olabilecek tutarlı bir felsefesi bulunmamakta, düzenleme ve uygulamalar eklektik şekilde, uluslararası belge ve mahkeme kararlarını yorumlamaya çalışarak yapılmaktadır. Bu bağlamda hukuki düzenleme ve uygulamaların bir çocukluk felsefesi – çocukluk psikolojisi bilgisiyle içeriklendirilmesi gereği bulunmaktadır.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

TEBLİĞ ÖZETLERİ



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

**1. GÜN
11 OCAK 2024**



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Birinci Oturum

**MAKUL SÜREDE YARGILANMA
HAKKI**

Anayasa Mahkemesi'nin Keser Altıntaş Başvurusuna İlişkin Kararının Ardından Ceza Muhakemesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlaline Yol Açan Yapısal ve Sistematik Sorunların Değerlendirilmesi

Yaprak ÖNTAN

ÖZET

Anayasa Mahkemesi'nin, 10.10.2023 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan, *Keser Altıntaş Başvurusu*'na ilişkin 25.07.2023 tarihli kararında, bugüne kadar 55.000 başvuruda makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiş olduğu ve Mahkeme'nin adeta bir *"tazminat mahkemesi"* olarak işlev gördüğü ifade edilmektedir. Mahkeme söz konusu kararların, *"insan haklarının korunması ve geliştirilmesine artık bir katkı sağlamadığının da açık"* olduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararda, bundan önceki pilot kararı olan *Nevriye Kuruç* kararında olduğu gibi, makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yol açan yapısal ve sistematik sorunlar olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme'ye göre; *"Bu yapısal sorunun giderilmesi için alınan her türlü tedbire rağmen makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle ortaya çıkacak zararların tazmin edilmesi için Anayasa'nın 40. maddesi gereğince bireysel başvurudan önce etkili bir başvuru yolunun kurulması gerekir."* Makul sürede yargılanma hakkına ilişkin yapısal ve sistematik sorunları olduğu gerçeği yadsınamaz. Ne var ki, kararın karşı oy gerekçelerinden birinde de vurgulandığı üzere, bu yapısal sorunların kaynağı *"Anayasa Mahkemesine başvurulmadan önce gidilebilecek etkili ve sürekli bir yol kurulmaması değil, yıllardır ülkemizde yargılamaların uzamasına ve adaletin gecikmesine yol açan sebeplerin varlığını sürdürmesidir."*

Bu doğrultuda tebliğde öncelikle, ceza muhakemesinde makul sürede yargılanma hakkının ihlaline neden olan başlıca sorunlar üzerinde duru-

lacaktır. Nitekim esasında Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hükümleri bir bütün olarak ele alındığında, duruşmanın tek celsede bitirilmesinin hedeflendiği, genel olarak muhakeme sistematığının bu şekilde kurulduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık ceza davalarında duruşma devresi neredeyse hiçbir zaman tek celsede tamamlanamamaktadır. Bu duruma neden olan sorunlardan bahsedildiğinde, elbette akla ilk gelenler, Cumhuriyet savcıları ve hakimlerin iş yükünün fazlalığı ve uzmanlaşmalarına izin vermeyen atama sistemidir. Başlıca diğer sorunlar arasında ise, öncelikle, eksik soruşturma yapılması, iddianamelerin gereğince değerlendirilmemesi ile delillerin araştırılması ve toplanması görevinin mahkemeye bırakılması yer almaktadır. Ayrıca, bağlantılı davalarda, birleştirmedeki yararı ortadan kaldıracak ve hatta maddi gerçeğe ulaşılmasını engelleyecek nitelikte birleştirme kararları verilmesi, düzenleyici sürele uyulmaması, gerekmediği halde bilirkişi görevlendirilmesi, birden çok bilirkişi raporu alınmasının adeta kural haline gelmesi, bir ceza davasının yargılamaya katılan aynı hakim ya da hakimlerle başlatılıp bitirilmesinin ise neredeyse istisnai bir duruma dönüşmesi gibi birçok sorundan bahsedilebilir. Tebliğde, ceza muhakemesi kapsamında, ilk derece mahkemelerindeki yargılamalar kadar olağan kanun yollarındaki yargılamalara ilişkin olarak da makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yol açan bu ve benzeri başlıca sorunlarla olası çözüm önerilene yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Keser Altıntaş Başvurusu, Makul Sürede Yargılanma Hakkı, Ceza Muhakemesi

Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim
Üyesi <https://orcid.org/0000-0003-4665-6737>



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları İkinci Oturum

UZLAŞTIRMA KURUMU

Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Uzlaştırma Kurumunun İşlevselliği ve Etkinliğine Dair Genel Bir Bakış

Sefa ATA

ÖZET

Kıta Avrupası hukuku ile Anglo-Amerikan hukukunda cezai ve medeni uyuşmazlıkların kamusal yargılama makamları dışında, uyuşmazlığın taraflarının aydınlatılmış özgür iradelerinin esas alınması suretiyle ve geleneksel anlamda yargılama süreçlerine başvurulmadan çözülmesi amacıyla matuf alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin benimsenmesine ilişkin eğilim nedeniyle Türk yasa koyucu da benzer yöntemleri Türk Ceza Hukuku mevzuatına dahil etmiş ve anılan uyuşmazlık çözüm yöntemlerine dair düzenlemeler uygulamanın da etkisi ile zaman içerisinde değiştirilmiş veya geliştirilmiştir. Bu kapsamda, Türk Ceza Hukukunda benimsenen en önemli alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ise hiç şüphesiz 5271 sayılı Kanun'un 253. maddesinde düzenlenen uzlaştırma kurumudur. Gerek geleneksel anlamdaki ceza yargılamasından ayrık yönlere gerekse de uygulamada yaşanan sorunlar/belirsizlikler nedeniyle uzlaştırmaya ilişkin tartışmalar, Türk Ceza Hukukundaki kısa sayılmayacak tarihi karşısında bugün hala devam etmektedir. Bununla birlikte, uzlaştırma ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile amaçlanan hedeflere gerçek anlamda ulaşıp ulaşılamadığı sorunu ise bu tartışmaların bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir hukuki kurumun ihdası ile amaçlanan hedefe ulaşmasında söz konusu kurumun işlevselliği ve etkinliğinin göz ardı edilemeyeceği düşünüldüğünde, 2006 yılından beridir ceza muhakememizde yer alan uzlaştırmının işlevsellik ve etkinlik bağlamında ele alınması gerekliliği kendisini göstermektedir. Ancak, cezai bir uyuşmazlığın taraflarının

iradesini esas alan bir uyuşmazlık çözüm yönteminin etkin ve işlevsel olup olmadığının yalnızca adli istatistiklerden yola çıkılarak tayin edilemeyeceği nazara alındığında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine dair kriminolojik ve sosyolojik çalışmaların eksikliği de derhal göze çarpmaktadır. Ne var ki, şüpheli ve mağdur ya da suçtan zarar görenin bir araya getirilerek bir anlamda barışmalarını sağlayan ve buna hukuki sonuç bağlayan bir yöntemin uygulandığı toplumun yapısının anılan yöntemlere ilişkin düzenlemelerde göz önünde bulundurulmasının uzlaştırmanın etkinliğine ve işlevselliğine doğrudan tesir edeceği açıktır. Çalışmada, uzlaştırmanın dünü ve bugünü, adli istatistikler ile birlikte gerek uygulamada gerekse öğretilde yaşanan tartışmalar ışığında ele alınarak uzlaştırmanın etkinliği ve işlevselliği üzerinde genel değerlendirmelerde bulunulacaktır. Akabinde, uzlaştırma ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri aracılığıyla onarıcı adalete giden yolda toplumsal barışı sağlamak hedefine ulaşmanın yalnızca kanuni düzenlemeler ya da adli istatistikler ile mümkün olmayacağı tezi üzerinde durulacaktır.

Anahtar kelimeler: uzlaştırma, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, onarıcı adalet, adli istatistik, kriminoloji.

An Overview of the Functionality and Effectiveness of the Conciliation as an Alternative Dispute Resolution Method

ABSTRACT

In conjunction with the influence of Continental European Law and Anglo-American Law, there has been a proclivity to incorporate alternative dispute resolution methods into Turkish criminal and civil law. These methods are geared towards the resolution of criminal and civil disputes, outside the purview of public judicial authorities, with an emphasis on the informed free will of the disputing parties, thus circumventing the traditional adversarial legal processes. Over time, these methods have been introduced into Turkish Criminal Law legislation, and their regulatory framework has undergone alterations and refinements due to the impact of their practical implementation. Within this context, it is evident that one of the foremost alternative dispute resolution methods embraced by Turkish Criminal Law is the conciliation institution, as regulated under Article 253 of Law No. 5271. Discussions pertaining to conciliation persist today, owing to its distinct departures from conventional criminal litigation as well as challenges and ambiguities encountered in practical application. Moreover, the question of whether the objectives sought through conciliation and other alternative dispute resolution methods have been genuinely attained represents an extension of these ongoing deliberations. Recognizing that the functionality and efficacy of a legal institution established for a specific purpose are indispensable factors in achieving the intended objectives, it becomes apparent that, since 2006, a critical evaluation of the functionality and effectiveness of conciliation within our criminal procedural system is imperative. However, it should be noted that determining whether a dispute resolution method centered on the will of the parties involved in a criminal dispute is indeed effective and functional cannot be exclusively ascertained through judicial statistics. Consequently, the dearth of criminological and sociological research pertaining to alternative dispute

te resolution methods emerges as a noticeable deficiency. Nonetheless, it is unequivocal that the societal context in which a method that facilitates reconciliation between suspects and victims or parties adversely affected by a crime, effectively culminating in a resolution that carries legal consequences, is implemented will exert a direct influence on the effectiveness and functionality of conciliation. In this study, an analysis will be conducted, illuminating the historical evolution and current state of conciliation, in conjunction with an examination of relevant judicial statistics and the ongoing discourse in both practice and academia. Subsequently, the study will underscore the proposition that the attainment of the overarching goal of fostering societal peace through restorative justice, by means of conciliation and other alternative dispute resolution methods, necessitates considerations extending beyond mere legal regulations and judicial statistics.

Keywords: consiliation, alternative dispute resolution methods, restorative justice, judicial statistics, criminology.

Kısa Öz Geçmiş

221 yılında Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olduktan sonra avukatlık stajını Ankara Barosu'nda tamamlayan ve kısa bir süre bağlı avukat olarak çalışan Sefa ATA, Mart 2023'ten beri Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

Uzlaştırmada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Yusuf GÖZEL

TEBLİĞ ÖZETİ

Aşağıda örnek mahiyetinde yazılmış olan, uzlaştırma sürecinde karşılaşılan problemler ve çözüm önerileri, hazırlanacak tebliğde sistematik bir şekilde sunulacaktır.

1- **SEGBİS odalarının yetersizliğı;** önceleri uzlaştırmacılar için kurulmuş olan SEGBİS görüşme odalarının hali hazırda Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından ifade almada kullanılması ve gün içinde mesai saatlerindeki yoğunluk nedeniyle uzlaştırmacıların SEGBİS odalarını kullanamaması.

2- **Adliyelerdeki uzlaştırma müzakere odalarının yetersizliğı;** Müzakere odalarının fiziksel şartlarının yetersizliğı ve bazı adliyelerde müzakere odası olmaması

3- **Bir kamu kurumunda çalışmakta olan uzlaştırmacıların mekân sorunu;** memur olarak görev yapan uzlaştırmacıların çalıştıkları kurumlarda uzlaştırma görüşmelerinin yapılabilmesi için bir oda olmaması, adliyedeki odanın ise mesai saatleri dışında kapalı olması

4- **Uzlaştırma ücretleri ile ilgili sorunlar:** C.Başsavcılıklarında genellikle asgari had üstünden ücretlerinin belirlenmesi, ücretlerin genellikle geç yatması, hangi dosyanın ücretinin yatırıldığıının anlaşılamaması

5- **Uzlaştırma teklif formundan kaynaklı problemler;** Uzlaştırma teklif formlarının ikinci sayfasında bulunan “kabul ediyorum”, “kabul etmiyorum”, “üç gün içinde kararımı bildireceğim” bölümlerinin kafa ka-

rışıklığına neden oluşu, uyuşmazlık taraflarının uzlaşmak istemedikleri zaman “kabul etmiyorum” bölümünü işaretledikleri, “kabul ediyorum” ifadesinin uzlaştırma görüşmelerine katılmayı kabul etme anlamına geldiğinin taraflara bildirilmesine ve uzlaştırmacının taraflarla ayrı ayrı yüz yüze görüşmesine rağmen yani tarafın görüşmeye katılmasına rağmen “kabul etmiyorum” u işaretlemesi, bu durumun ciddi emek harcayan uzlaştırmacının sanki görüşme yapmamış gibi yorumlanmasına ve ücretinin en düşük sınırdan ödenmesine sebebiyet vermesi.

6- Tebligat ile ilgili problemler; Uzlaştırma Bürosu aracılığıyla çıkarılan tebligatların dönüş parçasının dosyaya takılmasının istenmesi, dönen tebligatların ise çok fazla ve karmaşık halde bulunuyor olması, internet üzerinden alınan tebligat sonuç raporlarının kabul edilmemesi.

7- Kamu çalışanlarının uzlaştırmacılık yapmasından kaynaklı problemler; yargılama sürecinin bir parçası olan uzlaştırmada hukuk fakültesi mezunları dışındaki kamu personelinin de uzlaştırmacı olması değişik problemleri beraberinde getirmektedir. (uzlaştırmacıların mesai saatleri içinde taraflarla görüşme yapması, uzlaştırma görüşmelerindeki gizlilik, tarafsızlık, eşitlik gibi şartlara uyulmadan yapılan görüşmelerde tarafların çoğunlukla konuyu anlamaması, hukuk fakültesi mezunlarının sayısının fazlalığı ve genç avukatların iş bulmadaki güçlüğü dikkate alındığında uzlaştırmacı olma hakkının sadece hukuk fakültesi mezunlarına verilmesinin gerekliliği,

8- Uzlaştırma konusu suç ile ilgili devam eden hukuk davasının bulunmasından kaynaklı problemler; Uzlaştırmada temel sorunlardan biri de; uzlaşmanın sağlanması halinde devam eden bir özel hukuk davası varsa mesela müşteki tarafından şüpheliye karşı açılmış bir tazminat davası varsa, uzlaşma ile birlikte tazminat alacaklarından da feragat edilmiş olduğundan (CMK m.253/19 “Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu

suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır.”) davadan feragat eden müşteki aleyhine yargılama gideri ve şüpheli(davalı) kendisini vekille temsil ettirmiş ise vekalet ücreti çıkması, müştekinin uzlaşmaktan kaçınması sonucunu doğuruyor. 07.11.2023

Avukat Arb. Uzlaştırmacı
Yusuf Gözel



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

YARGI VE ETİK

Mukayeseli Hukuk Işığında Yüksek Mahkemelere (Yargıtay ve Danıştaya) Yeni Görevler Verilmesi ve Yeniden Yapılandırılması

Erdoğan İSHAKOĞLU

ÖZ

Bazı batılı demokratik devletlerde son yıllarda adli ve idari yargı yüksek mahkemelerine **içtihat tutarlılığını sağlama gibi klasik yüksek mahkeme yetkilerinin yanı sıra yargısal olsun veya olmasın yeni görev ve fonksiyonların verildiği gözlemlenmektedir.**

Mukayeseli hukuk ışığında adli ve idari yargı alanındaki yüksek mahkemelere;

I-) Yeni görevler ve misyon tevcih edilmesi,

II-) Bilhassa çeşitli ihtisas komisyonlarının ihdası suretiyle kurumsal yapısının güçlendirilmesi, durumunda ülkemizde yüksek mahkemelerin çok daha fonksiyonel şekilde görev icra etme imkanı bulacağı muhakkaktır.

Mukayeseli hukuktaki örneklerden yararlanarak ve ihtiyaç analizi yaparak, sunumumda Yargıtayımıza yeni görevler tevcih edilmesi yönünde somut önerilerde bulunacağım.

Önerilerimden birincisi, Yargıtay ve Danıştayımızın yasa ve diğer mevzuat değişiklikleri konusunda sistematik olarak yıllık bazda hazırlayacağı bir rapor ile her yıl TBMM'ne somut kanun değişikliği önerilerinde bulunmasıdır. Zira Yargıtay ve Danıştay ülkemizde adli ve idari yargı alanında yüksek mahkeme olmasından dolayı tüm ülke çapında önüne gelen dosyalar nedeniyle kanunlar ve diğer mevzuatın uygulamasından kaynaklanan sıkıntı ve sorunları görmek; birbirleriyle tenakuz halinde olan veya günün şartlarına uymayan mevzuatı ve mevzuatın katı uygulanmasından kaynaklanan adaletsiz durumları tespit

etmek hususlarında en elverişli konumdaki kamu organıdır.

Öncelikle bu önerime esas teşkil etmek üzere, model aldığım Fransadaki durum hakkında bilgi sunacağım. Fransız Yargıtay’ı’na verilen en önemli yargı dışı görev, **“yıllık rapor”** hazırlamaktır. “*Fransa Yargı Teşkilatı Kanunu*”na göre, yıllık raporda Yargıtay ve Danıştay’ın yıl içerisinde gerçekleştirdiği faaliyetler, temyiz sürecinin ne kadar zamanda gerçekleştirildiği gibi bilgilerin yanı sıra kanun ve diğer mevzuat değişikliklerine dair somut öneriler de yer almalıdır. İlk defa 22 Kasım 1967 tarihli kararname ile Fransada yüksek mahkemelere böyle bir görev tevcih edilmiştir.

Fransada Yargıtay, Danıştaya göre çok daha somut ve spesifik mevzuat değişiklikleri önerilerinde bulunmaktadır. Danıştayın yıllık raporlarında Yargıtaya göre daha genel ve soyut eleştiriler ile öneriler yer almaktadır.

Türkiyedeki yüksek mahkemeler için önereceğim “*istişari görüş bildirme*” yetki ve görevi, bilhassa son yıllarda demokratik bazı ülkelerde Yargıtaylara verilen önemli görevlerden biridir. Mesela Fransız Yargıtayına, 15 Mayıs 1991 tarihinden bu yana “*istişari görüş bildirme*” görevi verilmiştir.

Bu yöntem ile özellikle yeni yürürlüğe girmiş kanun ve diğer mevzuatın yorumu veya ne anlama geldiği hususunda görüşünü bildirmek suretiyle Yargıtay ve Danıştay’a; alt derece mahkemeleri yönlendirme, dolayısıyla daha baştan içtihat birliğini sağlama hususunda önemli bir imkan tanınmış olacaktır. Bu yöntem sayesinde alt derece mahkemeleri (ilk derece mahkemeleri ve istinaf mahkemeleri), uygulanmasında sorunlar olan tartışmalı mevzuat metinleri hakkında Yargıtay ve Danıştay’ın görüşlerini ve bakış açısını öğrenebilecek, bu sayede içtihat birliğini baştan sağlamada (önleyici hukuk kapsamında) yeni bir araç yaratılmış olacaktır.

Yargıtay ve Danıştay’ın istişari görüş vermesi yönteminin kullanılması, Fransada olduğu gibi sıkı koşullara bağlanmalı ve ancak bu koşullar gerçekleşir ise bu yöntem kullanılabilir. Yöntemin başlıca kullanıma

koşulları kanaatimce şunlar olmalıdır:

1-) Yapılan başvurunun konusu, ilk derece mahkemelerinde ya da bölge adliye mahkemelerinde görülmekte olan davanın konusu ile ilgili olmalıdır.

2-) Yapılan başvurunun esasını oluşturan sorun,

-yeni ortaya çıkan

- hukuki

bir sorun olmalıdır.

3-) Sorun, çözümü karmaşık ve zor bir hukuki sorun olmalıdır.

4-) İstisari görüş istenilen sorun, daha önce yüksek mahkemenin önüne getirilmiş bir dosyanın konusu olmamalıdır.

Özellikle vurgulamak isterim ki bu müessesenin uygulandığı ülkelerde, ilk derece mahkemeleri ve istinaf mahkemeleri fiili durum olarak Yargıtayın istisari görüşlerine büyük ölçüde uymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yargıtay ve Danıştay, mukayeseli hukuk, yüksek mahkemelerin yeniden yapılandırılması, yüksek mahkemelere yeni görev ve misyonlar verilmesi, içtihat uyumunu sağlamada yeni yöntemler, Yargıtayın bünyesinde daimi ve geçici ihtisas komisyonlarının ihdas edilmesi

Onarıcı Adalet ve Özen Etiği

Rasime EŞELİOĞLU

Onarıcı adalet, cezalandırıcı adalet sisteminin yetersiz kaldığı durumlarda, çatışmayı/uyuşmazlığı taraflarla birlikte çözüme kavuşturmayı, onlarıdabusürecedahil etmeyi amaçlayan; adından da anlaşılacağı üzere “ceza” vermek yerine bozulan toplumsal ilişkileri “onarmayı” hedefleyen bir adalet düşüncesidir. Alternatif olarak ortaya çıkan ve merkezi bir hareket olmayan onarıcı adalette çoğu zaman teorik temelleri ve uygulama deneyimleri iç içe geçmektedir.

Feminist hukuk metodolojisi ile onarıcı adaletin birlikte ele alınması fikri, feminist hukuk metodolojisi bakımından “ana-akımlaştırma” ve onarıcı adalet pratikleriyle hedeflenen “kalıcı barış” ortamının toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin tamamen ortadan kaldırılması amaçlarının uyuşması üzerinden ortaya çıkmıştır. Ayrıca onarıcı adalet değerleri, çok taraflı çatışmaları çözme ve ilgili tüm paydaşların dahil edilmesi gibi feminist ilkelerle uyumlu bulunmaktadır.

Feminist hukuk metodolojisi, feminist hukukçular tarafından geliştirilen çeşitli teorik çerçeveler ve kavramlardan yararlanır. Bunlar arasında ilişkişel özerklik, kesişimsellik, kırılğanlık teorisi, feminist bakış açısı ve “özen etiği” örnekleri bulunmaktadır.

Feminist metodolojinin kapsamında yer alan unsurların bütünlükçü bir çerçevede düşünülmesi ve bazı diğer gereklerle tamamlanabilmesi için özen etiğiyle birlikte düşünülmesi gerekmektedir. Hukuki karar verme bağlamında, *ilişkişel özerklik* geleneksel özerklik anlayışının sorgulanmasını ve kararların alındığı sosyal ve ilişkişel bağlamın önemini vurgulama-

yı amaçlamaktadır . Özen etiği güç ilişkilerinin olmadığı ilişki biçimini, bağlamsallığı ve ilişkisel özerkliği ortaya koyması bakımından önem taşımakta olup, özellikle diyalog sürecinde ilişkilerin nasıl kurulacağını belirlemede yol göstericidir.

Onarıcı adalet, bireysel eylemlerimizin “toplumsal bağlamlarını ve ilişkisel boyutlarını” vurgulayan bir teoridir. Uyuşmazlıkların çözümünde resmi bir uygulayıcı haricinde akraba olarak, komşu olarak, bir topluluğun üyesi olarak rollerimiz vardır ve ayrıca her uyuşmazlığın bir şekilde hepimizi etkileyeceği ön kabulü ile toplumdaki her bireyin “akraba” olduğunu kabul edilmektedir. İlişkisel etiği feminist teori bakımından anlamak gereklidir. Zira bu şekilde akrabalığa veya diğer ilişkilere dayalı güç ilişkileri önlenebilir.

İlişkisel özerklik ve özen etiği birbirini dışlayan değil, tam tersine tamamlayıcı yaklaşımlardır. Özen etiği, karar verme sürecinde ilişkilerin önemini, empati ve sorumluluğu vurgulayan bir ahlaki çerçeve sunmaktadır. Onarıcı adalet bağlamında, özen etiği, zarar ve iyileşme konusundaki “duygusal ve ilişkisel boyutları” anlamak için kullanılabilir. Özen ve empati öncelikli kılınarak, güç dengesizliklerini ve yapısal eşitsizlikleri belirlemek ve gidermek mümkün olabilir.

Onarıcı adalet uygulamalarında ikincil travmayı yaratan toplumsal cinsiyet eşitliği konusunda bilgisizlik olabileceği gibi, özen etiğinin olmaması da etkilidir. Sürecin etkin olabilmesi için de aracıya güvenilmesi, sürecin istismar edilmemesi ve uygulayıcının *bağlama dayalı ve ilişkisel çerçevede* hareket etmesinde özen etiği oldukça önemlidir. Ülkemizde yeni birer kurum olan arabuluculuk ve uzlaştırmada etik ilkeler söz konusudur. Ancak bu ilkeler özen etiğini karşılamada yeterli değildir. Özen etiğinin gereklerine uygun bir şekilde sürecin yürütülmesi gerekmektedir.

Onarıcı adalet ve özen etiği konusunda yapılan çalışmalar özen etiği ve

onarıcı adalet ile ilgili hem kavramsal benzerlikler sunmakta hem de uygulamaya dair öneriler getirmektedir. Özen etiği ile onarıcı adaletin yapıcı olmaları, ilişkileri iyileştirmeleri, bağlama önem vermeleri, etkilenen herkesi “dinlemesi” herkesin sesini duyması ortak özelliklerinden sayılabilir.

Onarıcı adalet teorisinin hedeflediği kalıcı barış da tüm eşitsizlikler ve ayrımcılıklar gibi kadın ve erkek arasındaki eşitsizliğin son bulmasıyla sağlanabilir. Feminist teori içerisinde onarıcı adaletin yerleştirilmesi ile hem kadınların adalet sistemlerindeki ikincil konumunu değiştirilmesine hemde kadınların yaşadığı zararın onarılmasına odaklanarak, kadınların adalet sistemlerinde daha güçlü bir konuma gelmesine olanak sağlayabilir. Onarıcı adalet ayrıca kadınların yaşadığı baskıları ele almak için daha duyarlı bir yaklaşım sunabilir ve kadınların adalet sistemlerinde daha fazla görünürlük kazanmasına yardımcı olabilir.

Feminist psikiyatrist Judith Lewis Herman “Truth and Repair” adlı son kitabında “iyileşmenin” ancak adil bir ortamda gerçekleşebileceğini ancak mevcut hukuki düzenin bu durumdan uzakta olduğunu yaptığı görüşmelerden örnekler vererek açıklamaktadır. Bir tıp profesörü olan **Herman** çalışmasında “felsefe, sosyal bilimler, tarih, hukuk ve psikoloji alanındaki çalışmalardan ve hayatta kalanlarla doğrudan çalışan avukatlar, hakimler, savunucular, eğitimciler ve tabii ki akıl sağlığı uzmanlarıyla yapılan görüşmelerden” yararlandığını belirtmektedir. “Zorbalığın en yaygın ve kalıcı biçimi ataerkilliktir” diyen yazar, ataerkilliği, tiranlığın kural ve yöntemlerinin yönetim, hukuk ve adalet kurumlarına kadar bir topluma nasıl nüfuz edebileceğinin başlıca örneği olarak adlandırmaktadır. **Herman**, iyileşme için daha uzun süreçler ve mekanlar yaratılması gerektiğini söylemekte ve onarıcı adaletin de önemli etkenlerinden biri olan “özür” üzerinde durmaktadır.

Araştırma ve değerlendirmeler sonucu onarıcı adalet uygulamalarının yalnızca etik kurallara uygun, güç eşitsizliklerini göz önüne alan ve bunların giderilmesi için çalışan, bilinçli ve eğitilmiş uygulayıcılar aracılığıyla uygulandığında ve izlenip değerlendirildiğinde kadınlar vedigerkırıl gangrup-

lar için hak kaybına neden olmadan adaleti sağlayabileceği görülmektedir.

Anahtar kelimeler: Onarıcı adalet, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uzlaştırma ve arabuluculukta etik, feminist hukuk teorisi, özen etiği.

Restorative Justice and Care Ethics

Restorative justice is a theory of justice that aims to resolve conflicts/disputes by involving the parties and focusing on repairing damaged social relationships, rather than punishing them, in cases where the punitive justice system falls short. As the name suggests, it focuses on “repairing” broken social relationships instead of “punishing” them. It is an alternative approach that often combines theoretical foundations and practical experiences.

The idea of combining feminist legal methodology with restorative justice emerged from the convergence of the goals of feminist legal methodology, such as “mainstreaming” and the complete elimination of gender inequality in the pursuit of “lasting peace” in the social context targeted by restorative justice practices. Additionally, restorative justice values are in line with feminist principles such as resolving multi-party conflicts and including all relevant stakeholders.

Feminist legal methodology draws on various theoretical frameworks and concepts developed by feminist lawyers. These include relational autonomy, intersectionality, vulnerability theory, feminist perspective, and examples of “care ethics”.

For these elements to be considered in a comprehensive framework and completed with certain requirements, they must be considered together with care ethics. In the context of legal decision-making, relational autonomy aims to question traditional autonomy and emphasizes the importance of the social and relational context in which decisions are made. Care ethics is important in highlighting the absence of power relationships and emphasizing the contextuality and relational autonomy. It also provides guidance on how relationships are established in the dialogue process.

Restorative justice is a theory that emphasizes the “social contexts and relational dimensions” of our individual actions. In the resolution of disputes, we have roles as relatives, neighbors, and members of a community, and it is also assumed that every dispute will somehow affect all of us, which means

that everyone in society is considered “related”. Understanding relationality is essential in feminist theory, as it can prevent power relationships based on kinship or other relationships.

Relational autonomy and care ethics are not mutually exclusive but complementary approaches. Care ethics provides a moral framework that prioritizes empathy and responsibility in the decision-making process. In the context of restorative justice, care ethics can be used to understand the “emotional and relational dimensions” of harm and healing. By prioritizing care and empathy, it is possible to identify and eliminate power imbalances and structural inequalities.

In restorative justice practices, ignorance of gender equality, which can cause secondary trauma, is possible, as well as the absence of care ethics. For the process to be effective, it is essential to trust the mediator, ensure that the process is not exploited, and that the practitioner acts within the framework of contextuality and relationality. In our country, ethical principles are present in mediation and reconciliation, which are new institutions. However, these principles are not sufficient to meet the requirements of care ethics. The process must be carried out in accordance with the requirements of care ethics.

Studies on restorative justice and care ethics provide both conceptual similarities and practical suggestions related to care ethics and restorative justice. It can be said that both restorative justice and care ethics are constructive, improve relationships, prioritize context, and listen to everyone's voice. The lasting peace targeted by restorative justice can only be achieved by eliminating all inequalities and discriminations, such as gender inequality. By incorporating restorative justice into feminist theory, it is possible to change the secondary position of women in the justice system and focus on repairing the harm suffered by women, allowing them to achieve a stronger position in the justice system. Restorative justice can also offer a more sensitive approach to addressing the oppression experienced by women and help them gain more visibility in the justice system.

In her latest book “Truth and Repair,” feminist psychiatrist Judith Lewis Herman explains through examples from her interviews that “healing” can only occur in a fair environment, but the current legal system is far from that. Herman, who is a professor of medicine, states that she benefits from studies in philosophy, social sciences, history, law, and psychology, as well as from interviews with survivors and professionals such as lawyers, judges, advocates, educators, and mental health experts. The author, who says “the most common and persistent form of abuse is patriarchy,” describes patriarchy as the main example of how the rules and methods of tyranny can penetrate a society, including its institutions of governance, law, and justice. Herman also emphasizes the importance of “apology,” which is an important factor in restorative justice. Research and evaluations show that restorative justice practices can provide justice for women and other vulnerable groups without causing any harm to their rights only when they are implemented by ethical practitioners who are conscious, educated, and aware of power imbalances and work towards eliminating them, and when they are monitored and evaluated.

Keywords: Restorative justice, alternative dispute resolution methods, ethics in mediation and conciliation, feminist legal theory, care ethics.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları Birinci Oturum

SUÇ VE CEZA POLİTİKASI

İstikrarsız Bir Suç Siyasetinin Yapı Taşı Haline Gelen İnfaz Düzenlemeleri

Çetin ARSLAN

ÖZET

Ülkemizde kanuni düzenlemeler ve değişiklikler genel olarak güncel/geçici kaygılarla ve palyatif nitelikte yapılmaktadır. Bu durum, hukuk sistemimizin etkin ve tüm kurumlarıyla sorunsuz bir biçimde işleminin önündeki büyük engellerden birisini teşkil etmektedir. Özel olarak, halihazırda oldukça karmaşık halde bulunan infaz hukuku da anılan eğilimin mağduru konumundadır. Hukuk profesyonellerinin dahi tüm incelikleriyle hâkim olmakta zorlandığı infaz düzenlemeleri, kalıcı ve etkili çözümlerden ziyade her değişiklik/düzenleme ile birlikte yeni bir sorun alanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle, “infaz paketi” adı altında ya da torba yasa usulüyle yapılan infaz düzenlemelerinin esasında fiilen af niteliğinde olması ve fakat bu düzenlemelerin kanun tekniğine ve af kanunları için öngörülen usule uygun yapılmaması, infaz hukukunun daha düzenleme aşamasında sorunlu bir veçheye bürünmesine neden olmaktadır. Sürekli olarak değişen, her değişiklikte açığa çıkan eksikler ile birlikte daha fazla değişim gerektiren infaz yasaları, genel olarak ceza hukukunun caydırıcılığının ve bu bağlamda toplumun ceza hukuku yoluyla devlete duyduğu güvenin sarsılmasına neden olmaktadır. İnfaz mevzuatımızda mutata hale gelen değişiklikler, suç teşkil eden eylemin neticesi olarak öngörülen yaptırımın öngörülemez bir niteliğe bürünmesine de yol açarak hukuki güvenlik ilkesine hâle getirmekte ve ne yazık ki buna teknik anlamıyla kanunlar aracılığıyla neden olunmaktadır. Uzun aralıklar ile *sistemi rayına oturtmak* ve adeta *yeni bir başlangıç yapmak* gereksinimlerinin ortaya çıktığı durumlarda uygulanmak üzere egemene tanınan af yetkisinin *rutin*

bir idari yetki gibi kullanılması ve dahi bu yetki kullanılırken gerekli usule uyulmaması yüzyıllar ile ölçülen bir sürecin sonunda ulaştığımız modern ceza hukukunun etkinliğini kaybetmesine neden olmaktadır. Açık infaz kurumu ve denetimli serbestlik ile ilgili yapılan sürekli değişiklikler infaz sürecinin ciddiyetini de etkilemekle maddi ceza hukukunun amaçlarına gölge düşürdüğü gibi suç siyasetinin en önemli niteliği olan istikrara da ket vurmaktadır. Çalışmada, infaz sistemimizin bozulan yapısını gözler önünde sermek maksadıyla güncel düzenlemeler üzerinden değerlendirme yapıldıktan sonra söz konusu düzenlemelerin ve bunların sürekliliğinin olumsuz etkilerine değinilecek olup yerleşik ve etkili bir infaz sistemine olan gereksinim üzerinde durulacaktır. Nihayetinde uygulamada ve öğretide dile getirilen görüşler çerçevesinde infaz sistemimizin gerektirdiği yapısal dönüşümün yargı reformları ile sağlanabilirliği tartışılacaktır.

Anahtar kelimeler: infaz paketi, açık infaz kurumu, denetimli serbestlik, infaz düzenlemeleri, suç siyaseti.

Execution Regulations That Have Become The Cornerstone Of An Unstable Crime Policy

ABSTRACT

In our country, legal regulations and changes are generally made with current/temporary concerns and have a palliative nature. This situation constitutes one of the major obstacles to the effective operation of our legal system with all its institutions. Specifically, the execution law, which is already quite complex, is a victim of this trend. Execution regulations, which even legal professionals find difficult to master in all its intricacies, emerge as new problem areas with each change/regulation, rather than offering permanent and effective solutions. Particularly, the execution regulations made under the guise of an “execution package” or through omnibus law procedures are essentially in the nature of amnesty, but the fact that these regulations are not made in accordance with legal technique and the procedure prescribed for amnesty laws, causes problems in the execution law even in the legislative stage. The constantly changing execution laws, which require further changes with each amendment, generally undermine the deterrent effect of criminal law and, in this context, erode the trust the society has in the state through criminal law. The customary changes in our execution legislation also lead to the unpredictability of the sanctions envisaged as a consequence of criminal acts, thus undermining the principle of legal security, and unfortunately, this is achieved through laws in a technical sense. The routine use of the pardon authority granted to the sovereign as if it were an ordinary administrative power, and the failure to adhere to the necessary procedure while exercising this authority, lead to the loss of effectiveness of modern criminal law, which we have reached after centuries of development. Constant changes in the open prison system and probationary release affect the seriousness of the execution process and cast a shadow over the objectives of substantive criminal law, as well as undermining the stability, which is the most important charac-

teristic of criminal policy. In this study, after evaluating the current regulations with the aim of exposing the deteriorating structure of the execution system, the negative effects of these regulations and their continuity will be discussed, and the need for a stable and effective execution system will be emphasized. Finally, in line with the opinions expressed in practice and in academia, the possibility of achieving the structural transformation required by our execution system through judicial reforms will be discussed.

Keywords: penal reform, open prison facility, probation, execution regulations, crime policy.

Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Başkanı

Cezanın Amacı ve Topluma Yeniden Kazandırma Üzerine Yeniden Düşünme

Duygu Çağlar DOĞAN

Bu çalışmada cezalandırmanın amacı üzerine, karşılaştırmalı bir muhakeme yürütülecek ve anayasal bir düzenleme önerisi sunulacaktır. Cezanın, topluma yeniden kazandırma esası üzerine kurulduğuna dair açık bir anayasal normun bulunduğu ülkeler ile -ülkemiz gibi- bu yönde açık düzenlemenin bulunmadığı hukuk düzenleri karşılaştırılarak, anayasa düzeyindeki normun varlığının, hukukun teorisi ve uygulaması üzerindeki etkisi analiz edilecektir. Böylece anayasal normun önemi ortaya konulacak; bunun ardından Türk ceza adalet sistemini şekillendiren cezalandırma prensipleri, olan ve olması gereken çerçevesinde değerlendirilecektir.

Çalışmada incelenecek ilk ülke İtalya'dır. İlk kez 1948 tarihli İtalyan Anayasası'nda (m. 27/3), cezanın, hükümlünün yeniden eğitime^[1] hizmet etmesi gerektiğine dair emredici düzenleme ihdas edilmiştir. İtalya'nın ardından, cezanın amacı olarak topluma yeniden kazandırmadan bahseden diğer Avrupa ülkesi, 1978 Anayasası ile İspanya olmuştur. Böylece İtalya'da (ve İspanya'da), yeniden eğitim ve yeniden sosyalleşme, kısacası topluma yeniden kazandırma, anayasal pozitif bir hak olarak devlete karşı ileri sürülebilmektedir. En önemlisi, bu prensip, yüksek mahkeme içtihatlarında geniş biçimde yer alabilmiş, bu içtihatlar zaman içinde çarpıcı biçimde

[1] “Yeniden eğitim” kavramı yerinde Türkçe'ye daha uygun olan çevirinin “topluma yeniden kazandırma” olduğu kanaatindeyiz. Nitekim İtalya'da da “yeniden eğitim” kavramının, dini veya siyasi açılardan tek tipleştirmeye hizmet edebileceği ve totaliter çağrışımlar yapması nedeniyle topluma yeniden kazandırma olarak değiştirilmesi veya anlaşılması gerektiği savunulmaktadır.

gelişmiş ve hukuk öğretisi bu konuya büyük ilgi göstermiştir.

Benzer bir gelişim, esasında açık bir anayasal düzenlemesi bulunmayan ancak insan onuru ve kişiliği serbestçe geliştirme hakkından hareketle cezanın topluma yeniden kazandırma amacını benimseyen Alman Anayasa Mahkemesi tarafından da gösterilmiştir. Almanya'da da topluma yeniden kazandırma, cezanın öncelikli amacı olarak kabul edilmekte, bu sayede sosyal devletin bir pozitif yükümlülüğü ve hatta mahkumun devlete karşı ileri sürebileceği bir hakkı olarak benimsenmektedir.

Türk hukukunda ise, ne anayasal bir düzenleme ne de cezanın temel amacını topluma yeniden kazandırma olarak benimseyen içtihat ve/veya yerleşik öğreti bulunmaktadır. Bu konuda atılması planlanan, yetersiz ama önemli bir tarihi adım fırsatı da 80'li yılların başında kaçırılmıştır. Nitekim 1982 Anayasası hazırlığı sırasında Danışma Meclisi'nin kabul ettiği metinde yer alan “(...) *kişi hürriyetini kısıtlayıcı ceza yahut bu nitelikteki güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi öncelikle hükümlünün ıslahı ve eğitilmesi amacına yönelik olarak düzenlenir.*” biçimindeki düzenleme, Milli Güvenlik Konseyi tarafından çıkarılmıştır. Bu ifade Anayasamızda yer alsaydı dahi cezanın sadece yerine getirilmesini, yani infazını ilgilendirdiği ve cezanın öngörülmesi ile hükmedilmesinde topluma yeniden kazandırma amacını dışarıda bıraktığı için yetersiz kalacaktı.

Bugün de, Türk ceza adalet sisteminde topluma yeniden kazandırma, cezanın kendisinin değil, sadece cezanın infazının amacı olarak görülmekte, kanunlara, içtihatlarla ve bilimsel çalışmalara da bu şekilde yansımaktadır. Ceza hukukunun teorisi ve uygulaması, henüz ödetici cezalandırma anlayışının boyunduruğundan kurtulamamıştır. Buradan öncelikle, kefareti esas alan cezalandırma fikri tamamen terk edilerek geleceğe dönük, önleyici anlayışa; ardından korkutmaya dayalı genel önlemeyi de dışlayan, sadece suçlunun topluma yeniden kazandırılmasını temel alan anlayışa

doğru evrimin gerçekleşmesine ihtiyaç vardır. Bunun için yeni cezalandırma yöntemlerinin ithal edilmesi ya da onarıcı adalet mekanizmalarının geliştirilmesi gibi çabalar fuzulidir. Asıl olarak, cezanın amacına yoğunlaşan zihinsel bir gelişim şarttır ve bunun da en önemli yolu anayasal normun ihdas edilerek hukuk teorisyonu ve uygulamacısını bunu yorumlamaya sevk etmektir.

Anahtar kelimeler: ceza, cezanın amacı, topluma yeniden kazandırma

Bir Düşman Ceza Hukuku Örneği Olarak Suruç Davası

Ezgi DUMAN

ÖZET

Bu çalışmanın maksadı fikir babası Schmitt, isim babası Jakobs olan “düşman ceza hukuku” kavramını, Suruç Katliamı davasıyla birlikte ele almaktır. Suruç Katliamı dava süreci irdelenerek, düşman ceza hukuku ve onun uygulama alanlarından olan siyasi yargının sadece cezalandırmaya yol açmadığı tartışılacaktır. Bu bahisle, çalışma boyunca, bazı davalarda cezasızlık zırhıyla faillerin korunması ve hatta tıpkı Suruç davasındaki gibi mağdurların, kurbanların fail/hatta suçlu ilan edilmesi gibi durumların altında yatan zemin soruşturulacaktır.

Modern devletle birlikte kurumsallaşan, 1. Dünya Savaşı sonrasının totaliter rejimlerinde yaygınlaşıp, 1985 yılında Günter Jakobs tarafından adı konulan “düşman ceza hukuku”, 11 Eylül’de gerçekleşen saldırıdan sonra küresel çapta etkili olmuştu. Vatandaş ceza hukukunun karşısına konulan bir kavram olarak düşman ceza hukuku şimdilerde otoriter/sağ populist rejimlerin elinde yeniden revaçta. Zira 2001, 2008 gibi milatların akabinde, olağanüstü/istisnai hâllerin olağan düzenin yerine geçtiği, hakların askıya alınışının istisna değil kural olduğu bir dönemin içine girdik. Üstelik düşman ceza hukuku, üstü örtülerek, kapalı kapılar ardında veya kılıf giydirilerek değil, sağ popülist siyasi partilerin adeta seçim kampanyasının bir cüzü olarak cereyan etmekte.

İsmiyle müsemma siyasi yargı da düşman ceza hukuku uygulamalarına karşı (insan haklarını ve özgürlükleri koruyucu) değil, bu hukukun bizzat uygulayıcısı misyonunu üstlenmiş durumda. Gezi davasından, gazetecilere, siyasetçilere yönelik açılan davalara kadar, bu tür siyasi kararlara Tür-

kiye’de istemediğimiz kadar emsal bulmamız mümkün. Özellikle Türkiye gibi ülkelerde, düşman ceza hukukunun egemen olduğu en bariz emsallerden biri olarak gösterilen Guantanamo’ya hacet yok.

Düşman ceza hukuku, vatandaş zaten görülmeyen, hatta insan olarak bile farzedilmeyen kişilere uygulanan bir hukuk olarak, sadece cezalandırıcı uygulamalar şeklinde tezahür etmez. Siyasi iktidar tarafından *mağdur, kurban, suça maruz kalan* daha az insan veya insan olmayan olarak ele alınıyorsa, düşman ceza hukuku cezasızlık olarak da karşımıza çıkar. Hrant Dink davasında olduğu gibi bir kısım faillerin korunması ve aklanması, Sivas Katliamı davasında olduğu gibi zamanaşımı hükümlerinin işletilmesi gibi şekillerde bu politikaya tesadüf etmemiz mümkündür. Suruç’ta 20 Temmuz 2015’te gerçekleşen ve 34 insanın ölümüyle neticelenen katliamın ardından başlatılan dava süreci de faillerin amlandığı, hatta mağdurların, yaşamını yitirenlerin yakınlarının suçlulaştırıldığı bir dava ve düşman ceza hukuku uygulaması örneği olarak tarihe geçti. Sadece AYM kararı bile burada iyi bir örnek teşkil etmekte. Başvurucuların, ilk derece mahkemesinin katliamda sorumluluğu aşikâr olan kamu görevlileriyle ilgili sadece para cezası vermesinin yaşam hakkı ihlali niteliği taşıdığına ilişkin iddialarını AYM soyut bulgulara dayandığı için kabul etmedi. Dahası ilgili polisler katliamın sorumlusu olarak addedilmezken, hayatını kaybeden kişiler “terorist” olarak işaret edilmişti.

Tam bu noktada bir düşman ceza hukuku tezahürü olarak siyasi yargı vasıtasıyla “katili cezalandırılabilir olanlar ve olmayanlar” birbirinden ayrılmış ve her birine “adalet” sistemi içerisinde bambaşka yerlerin tahsis edilebileceği ortaya konmuştur. Zira söz konusu Yüksek Mahkeme kararının gösterdiği üzere, siyasi iktidarlar için kimin cezalandırılabilir kimin cezasızlık zırhını giymiş olduğu, kimin hayatının hayat ve bu bahisle kıymetli sayıldığı zaten belli. İşte bugünlerde, söz konusu “zaten belli”

çerçevesinde verilen kararlar çok daha yaygın ve aşikâr hâle gelmiştir ve hem içkin hem aşkın manasıyla adalet talebini yükseltmeye her zamankinden daha fazla ihtiyacımız vardır.

Anahtar Kelimeler: Düşman Ceza Hukuku, Suruç Davası, Siyasi Yargı, Cezasızlık, Vatandaş Ceza Hukuku, Günter Jakobs



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları İkinci Oturum

**HAK KAVRAMININ SOMUT ÖRNEKLER
ÜZERİNDEN TARTIŞILMASI**

Gerekçeli Karar Hakkının İhlali Dolayısıyla Diğer Hakların İhlali: Mülkiyet Hakkı Örneği

Ezgi Fulya AKKUŞ

Adil yargılanma hakkı da tıpkı mülkiyet hakkı gibi haklar demetinden oluşmaktadır. Gerekçeli karar hakkı bu demetin ve dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinin bir parçasıdır. Gerekçeli karar hakkı ayrıca Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrası ile de garanti altına alınmıştır. Bu sebeple hak arama hürriyetinin de bir parçası olarak kabul edilmektedir (Bkz. AYM, Vedat Benli Kararı, B. No: 2013/307, K.T. 16.5.2013, para. 30). Gerekçeli karar hakkının ihlali ve mülkiyet hakkının ihlali bazı durumlarda birbiriyle kesişmektedir. Kesişmeler birbirinden farklılık göstermesine rağmen, Anayasa Mahkemesi tarafından gerekçeli karar hakkı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlali kararı öncelenerek mülkiyet hakkı bakımından ayrıca inceleme yapılmamaktadır. Oysa somut olayın özelliklerine göre bir ayrıma gidilmesi, bireysel başvuru bağlamında anayasa yargısının temel işlevini yerine getirmesi bakımından önemi haizdir.

Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarında gerekçeli karar hakkına ilişkin bir ihlal tespit ettiklerinde ayrıca mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin inceleme yapmamaktadır. Bunun temelinde, adil yargılanmaya ilişkin ihlalin giderilmesi halinde mülkiyet hakkına ilişkin ihlalin varsa bile ortadan kalkacağı fikri yatmaktadır. Fakat kanımızca bu tip durumları ayırıştırarak incelemek gerekmektedir. Bir mülke sahip olma iddiası ve bunun ispatlanmasına dair bir yargılamalar ve zaten mevcut olduğu belli olan bir mülkiyet hakkına yönelik ihlalin olması durumları farklı değerlendirilmelidir. Zira Anayasa Mahkemesi'ne ve AİHM'e göre mevcut hukukça korunan, ancak mevcut mülkiyet hakkıdır. Hakkın varlığının sabit olduğu durumlarda adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi evleviyetle mülkiyet hakkının

da ihlal edildiği sonucunu doğurur. Fakat hakkın varlığının belirsiz olduğu bir yargılama sürecinde varlığının ispatı, gerekçeli karar hakkının gereklerinin yerine getirilmesi ile doğrudan bağlantılı ise, mülkiyet hakkının ayrıca ihlal edildiğinden söz edilemez. Fakat ne Anayasa Mahkemesi ve ne de AİHM, bu ayrıma gitmemekte, adil yargılanma hakkına yönelik ihlalin giderilmesini yeterli görmektedir. Oysa bu malikin ticari ya da kişisel itibarının zedelenmesi, yargılamada kaybedilen zaman sebebiyle yoksun kalınan kazançlar, gerekçeli karar hakkı ihlali ortadan kalksa da giderilemeyecek maddi zararlar ve benzeri durumlarda yeniden ihlaller doğuracaktır. Gerekçeli karar hakkının ihlalinin kaynaklanan mülkiyet hakkı ihlallerinde gerekçeli karar hakkı ihlali giderilse de mülkiyet hakkı ihlali devam ediyor olabilir. Bu durumda malike ayrıca dava açma külfeti yüklenerek mülkiyet hakkı ihlalinin ileri sürmek kalmaktadır. Bunun ayrıca bir dava ile ileri sürülüp sürülemeyeceği ise somut olayın özelliklerine ve usul kurallarına bağlı olarak değişkenlik gösterebilir.

Gerekçeli karar hakkının ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği durumlarda mülkiyet hakkının ihlali mahiyet bakımından değerlendirilmelidir. Mülkiyet hakkının varlığı, hakka yönelik ihlalin sürekliliği ve zaman bakımından ortaya çıkabilecek olası mali zararlar bu bağlamda değerlendirilmelidir. Gerekçeli karar hakkına yönelik ihlalin ortadan kalkması her durumda mülkiyet hakkına yönelik ihlali gidermez.

Anahtar Kelimeler: Gerekçeli karar hakkı, Mülkiyet hakkı, Anayasa yargısı, Adil yargılanma hakkı, Maddi zarar

Hakların Hakkı Olarak Vatandaşlığa Dair Güncel Bir Tartışma: Shamima Begüm Davası ve Vatandaşlık Hakkı

Kardelen KAMILOĞLU^[1]

Klasik vatandaşlık hukuku vatandaşlığı, gerçek kişileri devlete bağlayan siyasi ve hukuki bağ olarak tanımlama ve bir statü olarak kabul etmektedir. II. Dünya Savaşı'ndan sonra hazırlanan İHEB^[2] ise vatandaşlığa sahip olma hakkını düzenlemiş ve bağlayıcılığı olmasa da 1948'den sonra kabul edilen anayasalara yol göstermiştir.

İHEB, vatandaşlık hakkı ile bir yandan kişilere bir kimlik kazandırmayı bir yandan da vatansızlığın ve II. Dünya Savaşı öncesinde özellikle Nazi Almanyasında yaşanan keyfi vatandaşlık kaybettirmelerin önüne geçmeyi amaçlamıştır.

Nitekim İHEB'in hazırlık çalışmalarına bakıldığında ana çatışma noktasının vatandaşlığın bir hak olarak tanınıp tanınmaması ile sadece keyfi kaybettirmelere karşı kişilerin korunması arasında olduğunu söylemek mümkündür. Bahse konu tartışma, vatandaşlığın temel bir insan hakkına dönüştürülmesi ile devletin egemenlik alanında kalması temelinde şekillenmiştir. Bugün, devletler her ne kadar vatandaşlığın insan haklarının belli yönlerini içerdiğini kabul etse de hakkın kapsamı konusundaki görüş ayrılıkları devam etmektedir. Kaldı ki bu kavramın devlet tüzel kişiliğinin çok içinde olması ve farklı anlayışların devletlerin farklı tarihsel ve sosyolo-

[1] * Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, <https://orcid.org/0000-0002-8724-458X>.

[2] Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi.

jik gelişmelerinden kaynaklanması vatandaşlığı karmaşık bir hale getirmiş ve bir hak olarak evrilmesini yavaşlatmıştır.

Vatandaşlık hakkı bir insan hakkı olarak yorumlanırken, vatandaşlık meselesinin devletin mahfuz alanında olduğu ve bunun da devlet egemenliği kavramıyla açıklandığı göz önünde bulundurulacağı kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, vatandaşlık ulusal hukuk tarafından yönetilecektir ve bu görüş 19.yüzyılın sonlarında ortaya çıkmıştır. Bu kabul, uluslararası düzeyde tanınan vatandaşlık hakkının, uygulamada anlamsız kalmasına neden olma ihtimali taşımaktadır. Gerçekten de UAD^[3] da bu ihtimali göz önüne almış ve bir tavsiye kararında devletlerin vatandaşlığa ilişkin mahfuz yetkilerinin sınırsız olmadığını ve uluslararası gelişmelere tabi olduğunu belirtmiştir.

Tarihsel süreç içinde vatandaşlığın tüm insanların doğal hakkı olduğu olduğu görüşü en azından teorik anlamda kabul görmüştür. Arendt'in kavramsallaştırmasıyla "*haklara sahip olma hakkı*" olarak vatandaşlık, bugün, devletin sükelerine bahşettiği bir sıfat olmanın yanı sıra ve hatta bunun ötesinde temel bir insan hakkı olarak gelişimini sürdürmektedir. Özellikle dünyada krize dönüşen göçmenlik, sığınmacılar ve uluslararası terörizm vatandaşlığa dair tartışmaları çok yönlü olarak geliştirmiştir.

Shamima Begüm davası, vatandaşlık hakkı konusunda tartışmaların sürdüğü bir dönemde gerçekleşmiştir. Begüm davası, İngiltere'de doğup büyüyen ve 15 yaşındayken IŞİD'e katılan bir kadının vatandaşlık hakkı konusunda açılan bir davadır. 2019 yılında Birleşik Krallık vatandaşlığından çıkarılan; çıkarılma gerekçesi olarak terör faaliyeti gösterilen ve Bangladeş vatandaşı da olduğu için vatansız kalmayacağı savunulan, ve fakat Bangladeş'in de vatandaş olarak kabul etmediği Begüm'ün yargılamasında son karar mercii olan Yüksek Mahkeme, Parlamento'nun iç güvenliği sağ-

[3] Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI

Hukuk Yargılamasında Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması

Emel BADUR^{[1]*}

ÖZET

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun (KVKK) 28/1. maddesinde, beş bent halinde düzenlenen hallerde Kanun hükümlerinin anılan işleme faaliyetlerine uygulanmayacağı belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle sınırlı sayma ilkesine tabi olarak belirtilen istisnalardan birinin söz konusu olması durumunda, KVKK kapsamında bir işleme faaliyeti ve ilgili kişiye bu kapsamda sağlanan bir koruma bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu istisnalar Kanunun uygulanması açısından “*tam istisnalar*” olarak adlandırılabilir. Anılan maddenin ilk fıkrasının (d) bendinde, “*Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi*” halinin Kanun’un kapsamı dışında bırakıldığı görülür.

Aslında yargılama faaliyeti, gerek tarafların dava ve cevap dilekçeleri gerekse sundukları deliller nedeniyle hem davanın taraflarının hem de taraf olmayan (tanık, uzman veya bilirkişi vb.) kişilerin kişisel verilerinin işlenmesine neden olmaktadır. Bu istisnai hükümle, sadece yargı makamları (ve infaz mercileri) açısından ve yargılama işlemlerine ilişkin olarak işlenen kişisel veriler, genel veya özel nitelikli veri ayrımı yapılmaksızın, Kanun’un kapsamının dışına çıkarılmaktadır. Bu istisna gereğince, KVKK kapsamında bir işleme faaliyetinden söz edilemeyecek olsa bile mahkemeler, öncelikle davaya taraf olmayan kişiler, sonrasında da taraflar açısından kişisel verilerinin korunmasında, özel yaşamın gizliliğine saygı gösterilmesi

[1] * Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, badur@cankaya.edu.tr, Orcid Id: 0000-0002-5133-8541.

hakkına uygun davranmalıdırlar.

Özellikle ilgili kişinin çocuk olduğu durumlarda, bu çocuğun yargılama faaliyetinde taşıdığı sığa bakılmaksızın (davacı, davalı, sanık, mağdur, tanık vb.) kişisel verileriyle ilgili gerekli korumanın sağlanması Anayasal bir gereklilik olarak değeriendirilmelidir. Kurul tarafından hazırlanan “Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması” adlı yayında^[2] kişisel veri örneğı olarak “bir velayet davasında ailesine ilişkin çocuğa yaptırılan çizim” verilmiştir. Açıklama olarak da çocuğun ailesine karşı duygularını gösteren bu resmin, bu açıdan çocuk için; söz konusu çizim aracılığıyla anne ve babanın aile içindeki davranışlarının da anlaşılması nedeniyle de aynı zamanda anne ve baba için de kişisel verisi sayılacağı belirtilmiştir.^[3]

Aslında bu örnek bile getirilen yasal istisnanın kapsamının genişliğinin görülebilmesi açısından yeterlidir. Zira yasa koyucu tarafından kullanılan “Kişisel verilerin ... yargılama ... işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları ... tarafından işlenmesi” ifadesi gereğince, örnekteki çocuk tarafından çizilen resim, çocuk için de anne ve babası için de kişisel veri, değildir. Zira velayetin belirlenmesine ilişkin bir davada yargı makamı tarafından yapılan işlemler KVKK’nın kapsamında değildir.

Bu kadar geniş kapsamda bir işleme faaliyetinin tamamen Kanunun kapsamı dışına çıkarılmasının, amacı aşan bir düzenleme olduğu düşünülmektedir. Sadece yargılamanın taraflarının değil; yargılama faaliyetinin bütün aktörlerinin söz konusu kapsama dahil edilmesi yerinde değildir.

[2] <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcc0e667.PDF>, s. 2. (E. T. 30.10.2023)

[3] Aynı örnek Article 29 Çalışma Grubu tarafından hazırlanan bir rapor çerçevesinde de kişisel veri örneğı olarak verilmiştir. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 On The Concept of Personal Data, s. 8. https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf (E. T. 28.10.2022)

Ayrıca bu kapsamdaki işlemlerin tamamen Kanunun kapsamı dışına çıkarılması yerine; yapılacak bir yasal düzenlemeyle en azından kısmi istisnalar kısmına taşınması, kısa vadede bir çözüm oluşturabilecek niteliktedir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, kişisel veri, yargılama, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, KVKK.

Protection Of Personal Data Of The Child In Civil Proceedings

ABSTRACT

Article 28/1 of the Law on the Protection of Personal Data (LPPD) states that the provisions of this Law shall not apply to the aforementioned processing activities in cases regulated in five clauses. In other words, subject to the principle of limited counting, in the event of one of the specified exceptions, there is no processing activity within the scope of the LPPD and no protection provided to the data subject within this scope. Therefore, these exceptions can be called “*full exceptions*” in terms of the application of the Law. In subparagraph (d) of the first paragraph of the aforementioned article, it is seen that “*Processing of personal data by judicial authorities or enforcement authorities in relation to investigation, prosecution, trial or execution procedures*” is excluded from the scope of the Law.

In fact, the judicial activity leads to the processing of personal data of both parties and non-parties (such as witnesses or experts, etc.) due to the petitions of the parties and the evidence they submit. With this exceptional provision, personal data processed only for judicial authorities (and enforcement authorities) and in relation to judicial proceedings are excluded from the scope of the Law, without any distinction between general and special categories of data. Pursuant to this exception, the courts should act in accordance with the right to respect for the privacy of private life in the protection of personal data, firstly for the persons who are not parties to the case, and then for the parties, even if there is no processing activity within the scope of the LPPD.

Especially in cases where the person concerned is a child, it should be considered as a constitutional requirement to provide the necessary protection for the personal data of this child, regardless of his/her title in the judicial activity (plaintiff, defendant, victim, witness, etc.). In the publication titled “*Protection of Personal Data with Examples*”^[4] prepared by the

[4] <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcc0e667.PDF>, s. 2. (E. T. 30.10.2023)

Board, “*a drawing made by a child about his/her family in a custody case*” is given as an example of personal data. As an explanation, it is stated that this drawing, which shows the child’s feelings towards his/her parents, will be considered as personal data for the child in this respect, and for the mother and father at the same time, since the behavior of the mother and father in the family can be understood through the drawing in question.^[5]

In fact, even this example is sufficient to see the breadth of the scope of the legal exception. As per the expression “*Processing of personal data by ... judicial authorities ... in relation to ... judicial ... proceedings*” used by the legislator, the picture drawn by the child in the example is not personal data for either the child or his/her parents. This is because the processing carried out by the judicial authority in a case regarding the determination of custody is not within the scope of the LPPD.

It is considered that excluding such a wide range of processing activities completely from the scope of the Law is a regulation that exceeds its purpose. It is not appropriate to include not only the parties to the proceedings, but all actors of the proceedings within the scope of the Law. In addition, instead of completely excluding the transactions within this scope from the scope of the Law, moving them to at least partial exceptions with a legal regulation to be made may constitute a solution in the short term.

Keywords: Children, personal data, prosecution, Law of the Protection of Personal Data, LPPD.

[5] The same example is given as an example of personal data in a report prepared by the Article 29 Working Party. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 On The Concept of Personal Data, s. 8. https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf (E. T. 28.10.2022)

Çocuğun Üstün Yararı ve Velayetin Belirlenmesi

Şebnem AKİPEK ÖCAL^[1]

Velayet hakkı küçüklerin ve istisnai olarak da kısıtlı ancak ergin çocukların gerek şahıs gerekse malvarlıklarının bakımını ve korunmasını sağlamak amacıyla, malvarlıklarının kullanılması ve yönetilmesi ile temsil edilmesi bakımından kanun koruyucu tarafından, bu kişilerin anne ve babalarına yüklenen hak ve yükümlülükler olarak tanımlanabilir.

Velayet hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı mutlak haklar arasında yer almaktadır. Bu niteliği itibarıyla, başkasına devredilmesi mümkün olmadığı gibi, bu haktan feragat edilmesi de söz konusu değildir. Ana ile çocuk arasında soy bağı doğumla kendiliğinden kurulduğundan, ananın velayet hakkı da çocuğun evlilik birliği içinde doğup doğmamasına bağlı olmaksızın doğrudan kurulur. Buna karşılık babanın, çocuk üzerindeki velayet hakkı ise öncelikle baba ile çocuk arasında soy bağı ilişkisinin mevcudiyetine bağlıdır. Evlilik birliği içinde doğan çocuk bakımından hukukumuzda mevcut karine gereği bu belirleme herhangi bir zorluk teşkil etmezken evlilik birliği dışında baba'nın çocuğu tanıması veya babalık davası sonucunda soy bağının öncelikle kurulması gerekir. Velayet hakkının babaya ait olup olmayacağı ise ancak bundan sonra belirlenecektir.

Anne ve babanın evli olup boşanması halinde ise, boşanmanın hem çocuk hem anne-baba bakımından en önemli sonuçlarından biri velayet hakkının kime ait olacağına ilişkindir. TMK m.182'de açıkça düzenlendiği üzere; *“Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasiinin*

[1] Prof. Dr., TED Üniversitesi, İİBF, Medeni Hukuk Öğretim Üyesi

ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler. Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Hâkim, istem hâlinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.”

Anılan hüküm velayet hakkının belirlenmesinde hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bununla birlikte hâkim takdir yetkisini kullanırken tamamen serbest olmayıp “çocuğun üstün yararı ilkesi” kapsamında hareket etmekle yükümlüdür. 1995 yılında iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme gereğince, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idarî makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun üstün yararının esas alınmalıdır. Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinde, çocuk ile ilgili velayet hakkının kime verileceği değerlendirilirken de öncelikle ve mutlaka dikkate alınması gereken ilke, çocuğun üstün yararı ilkesidir. Bu çerçevede velayet hakkı anne ya da babadan birine verilebileceği gibi, son yıllarda giderek yaygınlaşan ortak velayete de karar verilmesi mümkündür. Ancak her durumda bu kararın temeli çocuğun üstün yararı olmalıdır.

Bu tebliğde özellikle son yıllarda verilen ortak velayet kararları da dikkate alınarak ve Yargıtay kararları da irdelenerek çocuğun üstün yararı kavramı ve velayetin belirlenmesindeki rolü tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çocuğun üstün yararı, velayet hakkı, velayetin belirlenmesi, ortak velayet, velayetin kaldırılması.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları Birinci Oturum

**YARGI BAĞIMSIZLIĞI AÇISINDAN
YARGICILIK**

Yargı Bağımsızlığı İçin Sıra Dışı Bir Seçenek: Yargıç Seçimleri

İsmail YÜKSEL

Yargı bağımsızlığının peri masalları arasındaki yerini aldığı ülkemizde kendisini ülkenin geleceğinden az da olsa sorumlu hisseden tüm hukukçuların temel mücadelesi yargı bağımsızlığını sağlamak haline gelmiştir. Anayasamızın mevcut hükümleriyle kurmuş olduğu HSK'nın bu görevi yerine getirmeyi başaramadığını söylemek için fazlaca delil göstermeye gerek yok, dahası aşırı merkezileşmiş bu sistem HSK'nın kontrolünü ele geçiren tarafın ülkenin tamamındaki yargı örgütünü belirlemesini sağlamakta. Yargıçların merkezdeki bir kurul tarafından atandığı modelin belki de tam zıttı yargıçların yerelde halk tarafından seçilmesidir. Halk adına karar veren yargıçların doğrudan halk tarafından seçildiği bu yöntem Amerika Birleşik Devletleri'nde halen uygulanmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde birçok eyalette yargıçlar atama ile değil seçimle göreve gelmektedirler. Kullanılan seçim sistemlerini üç ana grup halinde ele alabiliriz. Bunlardan ilki yargıçların siyasi partiler tarafından aday gösterildiği ve yargıçları destekleyen siyasi partilerin açıkça seçim pusulalarında listelendiği “Partizan Seçimler”, ikincisini yargıçların seçim pusulasında siyasi partilerle ilişki kurulmadan listelendiği “Partisiz Seçimler”, üçüncüsünü ise yargıçların bir komisyon tarafından atanmakla beraber görevde kalmak için düzenli olarak halktan onay almalarını gerektiren “Göreve Devam Seçimleri” olarak adlandırmamız mümkündür.

Bu üç genel tipi uygulayan eyaletlerin her biri farklı sistemler kullanmaktadır. Partizan seçimleri kullanan eyaletlerde parti içi önseçim ya da

tüm adayların katıldığı iki türlü mutlak çoğunluk sistemi uygulanmaktadır. Partisiz Seçim yöntemini kullanan eyaletlerde ise aralarında nüanslar olmakla beraber iki türlü mutlak çoğunluk sistemi uygulanır. Göreve Devam Seçimleri kullanılan eyaletlerde görevdeki yargıç, geri çağırma benzeri biçimde, yeterli oy oranına ulaşamazsa yerine yeni bir yargıcın seçilmesi için süreç başlayacaktır.

Yargıçların seçimle göreve gelmesi elbette birçok eleştiriyi beraberinde getirmiştir. Partizan Seçim sistemini uygulandığı bölgelerde yargıçların sadece seçim sırasında değil görevdeyken de bir siyasi partinin etkisinde kalabilecekleri ya da en azından halk tarafından siyasi partinin temsilcisi gibi görülebilecekleri iddia edilmiştir. Partisiz Seçimlerin uygulandığı eyaletlerde dahi yargıçların kendi vicdani kanaatleri yerine kamuoyu baskısıyla karar verebilecekleri, seçim kampanyaları nedeniyle siyasetçilerden farklı görülmeyecekleri ileri sürülmüştür. Göreve Devam Seçimlerinde ise halkın oy tercihlerini belirleyecek bilgiden yoksun olması nedeniyle neredeyse her zaman görevdeki yargıcın halk tarafından onaylandığı görülmüştür.

Yargıçların seçilmesini destekleyen gerekçelerin başında seçimle göreve gelen yargıçlarla atanan yargıçlar arasında tarafsızlık açısından bir fark gözlemlenemediği gelmektedir. Buna ek olarak seçimle göreve gelen yargıçların kendilerini halka karşı daha fazla sorumlu hissettiği iddia edilmiştir.

Ülkemizde yargı sistemini içinde bulunduğu durum karşısında yargıçların seçimle göreve gelmesinin, partiler tarafından aday gösterilseler dahi, yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına bir darbe vurmayacağını kabul etmek gerekir. Buna karşın özellikle büyük şehirlerimizde görev yapan yargıçların sayısı göz önüne alındığında tüm yargıçlar için seçim yapılmasının uygulamada imkânsız olmasa dahi çok zor olacağını söylememiz mümkündür. Tüm bunlara rağmen yargı örgütünün tek merkezden kontrol edilmesi yerine, HSK'nın yetkilerinin seçilmiş bölgesel kurullar ile paylaşılması bir seçenek olarak tartışmaya açılmalıdır. Hem adaylık şartlarının dikkatli biçimde belirlenmesi ile uzmanlığından şüphe duyulmayacak üyelerden

Yargı Bağımsızlığı İçin Sıra Dışı Bir Seçenek: Yargıç Seçimleri

oluşan ve çoğulcu bir seçim sistemi ile her bir üyesinin ayrı ayrı tarafsızlığı garanti edilemese de kurulun bir bütün halinde tarafsız olacağı, seçim sürecinde baroların, hukuk fakültelerinin daha aktif bir biçimde rol oynadığı, doğrudan bulundukları bölgedeki halka hesap veren yargı kurulları her ne kadar alışılmadık olsa da yargı bağımsızlığı için çözüm olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yargı Bağımsızlığı, Demokrasi, Yargıç Seçimleri, ABD, Hesap Verebilirlik

Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Yargıç Bağımsızlığını Sağlamaya Yönelik Düzenlemeler/Mekanizmalar

Nermin SOMAN SATIR

Bildirinin içeriğine ilişkin 5 anahtar kelime:

- 1- Yargı/Yargıç bağımsızlığı
- 2- Yargıçların Atanması
- 3- Yargıçların Denetlenmesi
- 4- Yargıçların mesleki faaliyetleri ile ilgili disiplin soruşturmaları
- 5- Yargıç bağımsızlığı Mahkemeleri ve diğer koruyucu mekanizmalar

Ankara Barosu XIII. Uluslararası Hukuk Kurultayında, Berlin Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yapmış olduğum doktora çalışmamın konusu olan „Türkiye ve Almanya’da yargı/yargıç bağımsızlığı“ karşılaştırmasını sunmak isterim.

Doktora çalışmamda yargı bağımsızlığını iki ana bölümde ele aldım.

Birinci bölümde:

Yargı ve yargıç bağımsızlığı (Almanya’da savcılar devlet memurları kanununa tabidirler) ilkesinin;

- temel anayasal prensip olmasına gelen tarihi süreç,
- bu çerçevede teorik tartışmalar ve zemini
- demokrasi ilkesi ile olan ilişkisi
- yargıcın yasa ile bağlı olması nedeniyle yargıcın gerçekte ne kadar bağımsız olabileceği tartışmaları

İkinci bölümde:

Yargı ve yargıç bağımsızlığını,

Almanya Federal Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti devletlerinde bu konuda var olan yasal düzenlemeler ve uygulamalar çerçevesinde karşılaştırdım.

Bu karşılaştırmada her iki devletteki

- Hukuk eğitimi
- Yargıçların atanması
- İlk derece mahkemelerinde görevli yargıç sayısı
- Görev ve yetkilerinin belirlenmesi
- Denetlenmesi
- Disiplin vb. soruşturmalarının yürütülmesi
- Yargıç bağımsızlığının ihlalinin önleyici mekanizmalar

Yargı bağımsızlığı günümüzde hemen hemen tüm anayasalarda düzenlenen temel prensiplerden birisidir. Kolay kolay hic bir devlet, ne kadar anti demokratik yönetiliyor olsada, günümüzde bu prensibin demokratik bir temel hak olduğunu inkar etmez.

Ancak bakılması gereken önemli husus anayasalarda yer verilen bu prensip, anayasalarda soyut olan düzenlemelerden ne kadar somut düzenlemelere yansımıştır. Bundan daha önemlisi, bu prensibin ihlalinin engelleyen güvencelere yer verilmişmidir, asıl önem arzeden husu budur.

Federal Almanya da bazı eyaletlerdeki yasal düzenlemeler, somut tek tek ele alındığında, yargı bağımsızlığını zayıflatabilecek düzenlemeler olsalarda, bu düzenlemeler herhangi bir şekilde bağımsızlığa aykırı uygulandığında, sistemin getirmiş olduğu koruyucu mekanizmalar mevcuttur.

Örneğin bazı eyaletlerde yargıçların atanmasında doğrudan eyalet adalet bakanı yetkilidir. Bu ilk bakışta yürütmenin kendine yakın kişileri yargıç olarak atayacağı kaygısı yaratmaktadır ki bu haklı bir kaygıdır. Diğer taraftan hangi adayların nasıl yargıç olarak atanabileceği incelendiğinde; hukuk fakültesi eğitiminin 4 yıl sonrasında merkezi yazılı ve sözlü sınavı geçemeyenlerin hiç bir şekilde hukukçu yani hakim/savcı ve avukat olamayacağı düzenlenmiştir. Hakimlik için başvuranlar arasından bu merkezi sınavlarda sırasıyla en yüksek not alanların atanacağı düzenlenmiştir. Buna aykırı bir atamda atanamayan adayın dava açma hakkı olup adalet bakanlığının bu adayı neden atamadığını, örneğin adayın belli yükseklikte hapis cezası almış olması gibi somut gerekçelere dayandırması gerekmektedir.

Yine bu mekanizmalardan biri de; Yargıcın görev yerinin ve mahkemesinin yani yetkisinin kendisi istemediği veya cezai bir eylemde bulunmadığı sürece asla değiştirilemeyecek olmasıdır. Yine meslekte yükselmenin ancak liyakat esasına göre olabileceğidir.

Bence en önemli koruyucu mekanizma ise, yargıcın kendi bağımsızlığının ihlal edildiğini düşündüğü her durumda bu hususta özel görev ve yetkili mahkemelerde dava açabilmesidir.

Bu korumanın ne anlama geldiğini gösteren bir örnek vermek gerekirse;

Yargıca mahkeme/komisyon başkanının veya Türkiyede'ki müfettiş konumunda görev yapan adliye başkanının, yargıca davaları inceleme, bitirme veya adliyeye gelip gitme, yani mesai saatleri ile ilgili bir uyarıda bulunması bile bu mahkemelerde yargılama konusu olabilmektedir.

Yukarıda kısaca değindiğim husulardan da anlaşılacağı üzere, anayasa ve yasalarda yargı bağımsızlığının düzenlenmiş olması bağımsızlığın korunması için gerekli ilk unsurdur, ancak tek başına asla yeterli değildir. Bu düzenlemelerin doğrudan veya dolaylı ihlalinde devreye girecek koruyucu mekanizmalar olmadan yargı/yargıç bağımsızlığının sağlanması mümkün görülmemektedir.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları İkinci Oturum

**İNSAN HAKLARI
MEKANİZMALARINA DİRENÇ**

AYM ve AİHM Kararlarının Uygulanmasına Direnç Pratiği: Teşhis ve Acı Reçete

Bülent ALGAN

Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan 2010 yılında yapılan değişik-
lik sonrası Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu 2012 yılında
açılmıştır. AİHM'nin bireysel başvuruları kabul etme yetkisi ise, Türkiye
tarafından, 1987'den beri tanınmaktadır. Dolayısıyla Türkiye, hem ulusal
düzeyde, hem de uluslararası düzeyde, "ortak koruma alanı" kapsamında
kaldığı söylenebilecek hak ve özgürlükler açısından bireysel başvuru prati-
ğine sahiptir.

Her ikisi farklı düzeyde koruma mekanizmaları olsalar da, gerek Ana-
yasa Mahkemesinin gerek AİHM'nin Türkiye'ye ilişkin verdiği kararların
uygulanması konusunda yürütme ve özellikle de yargı organlarının ihlal
kararlarının yerine getirilmesi konusundaki "direnşi" bir olgu haline gel-
miştir. Bunun, ikisi başvuru yollarına ilişkin, ikisi de insan haklarının ko-
runmasına ilişkin olmak üzere üç tehlikesi vardır.

Birincisi, AYM'nin giderek etkili bir başvuru yolu olmaktan çıkması ve
bunun bir noktada AİHM tarafından da tespit edilmesi tehlikesidir.

İkincisi, Türkiye'nin AİHM kararlarını uygulamayan taraf devlet duru-
muna düşmesidir.

Üçüncü tehlike, bu uygulamaların yeni hak ihlallerini doğurmasının
önünü açması ve ihlali adeta normalleştirilmesi tehlikesidir.

Dördüncü tehlike ise, bu sürecin, bütünüyle ulusal insana haklarını ko-
ruma mekanizmalarının giderek etkisizleşmesi, böylece Anayasa ve Sözleş-
mede korunan hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerin kısmen veya tama-
men işlevlerini yitirmesidir.

Bildiride her iki bireysel başvuru yolu için ortak olan bu sorunun ortaya koyulması, yargı yerlerinin tutumunun analizini amaçlayan güncel örnekler verilmesi, bu yaklaşımın mevcut ve olası sonuçlarının ortaya koyulması, özellikle yukarıda sözü edilen dört tehlikenin açıklanması ve çözüm önerilerinde bulunulması amaçlanmaktadır.

Doç. Dr. Bülent ALGAN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Avukat

‘Anayasal Demokrasi’ Gerekleri Işığında ve ‘Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı’ Yönünden Yargıtay - Anayasa Mahkemesi Çatışması

Ozan ERGÜL

ÖZET

Anayasal demokrasi, demokratik yönetim tarzının ve karar alma süreçlerinin başta Anayasa olmak üzere hukuk kuralları ile çerçevelendiği bir yönetim tarzına karşılık gelir. Bu gereksinimin en önemli nedeni, demokrasinin bir yöntem olarak hak ve özgürlükleri hukuken tanımayı ve güvence altına almayı garanti edememesidir. Liberalizm ile demokrasi arasında olagelen gerginlikle de örtüşen bu tasarım, demokrasiyi salt bir yöntem (çoğunluk yönetimi) olmaktan çıkarıp ona bir içerik yüklerken, hak ve özgürlüklerin de güvence altına alınmasını sağlamayı amaçlar. Bu amacın gerçekleşmesi üstün anayasa kurallarını gerektirdiği kadar, bu kurallarla tanınan içeriğin ve bu arada hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayacak kurumsal bir tasarıma ve çeşitli mekanizmalara da ihtiyaç duyar. Kuvvetler ayrılığı, sınırlı yönetim için elzem ve belli denge ve denetim araçlarını gerektiren bir tasarım öngörür. Bunun yanında, yargısal denetimin bu amaçları sağlamaya dönük ve en temel ilke olan hukuk devleti ile bağdaşır bir yapıya ve işleve sahip olması gerekir. Bunların gerçekleşmesi ise, yargının bağımsız, tarafsız ve şeffaf bir yapıya sahip olmasına bağlıdır. Şeffaflığı sağlayacak olan ise, yargısal kararların gerekçeli olması ve bu gerekçelerin de hukuki dayanaklara sahip olması ile sağlanabilir.

2023 yılı Kasım ayında Yargıtay 3. Ceza Dairesinin Hatay Milletvekili Can Atalay hakkında verilmiş Anayasa Mahkemesi kararını uygulamayacağını ilan etmesi, üstelik hak ihlali kararı vermiş olan Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunmuş olması, ayrıca

TBMM’ni daha önce vermiş olduğu mahkumiyet kararını yerine getirmemiş olmakla itham etmesi sadece Türk Hukuk Tarihi değil aynı zamanda Dünya Hukuk Tarihi açısından da emsalsiz bir olay olarak kayıtlara geçmiştir. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin kararı ve onu destekleyen siyasal figürlerin açıklamaları yargının giderek anayasal demokrasi tasarımından uzaklaşan Türkiye’deki yönetim tarzının yargı ayağındaki aksamaları da bir kez daha ve en şiddetli şekilde teyit etmiştir. Bu bildiride, bu hadisenin Türk anayasal düzeni içinde öngörülen anayasal demokrasi açısından yarattığı tahribat da ele alınacaktır.

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığının Güçlendirilmesinde Kararların İcrası: Karşılaştırmalı Hukuktan Örnekler

Zeynep ÖZKAN GÜNEŞ^[1]

Türk hukukunda, anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin pozitif temellendirmenin Anayasa'nın 138 ve 153. maddeleri ile Anayasa Mahkemesinin 6216 sayılı Kuruluş Kanunu'nun 66. maddesinde yapıldığı görülmektedir.

Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı, Anayasa'nın 138. maddesindeki *“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”*(f.4.) hükmü ile düzenlenmiştir. Anayasa'nın 153. maddesindeki *“Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir.* (f.1), *“Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.”* (f.6) hükmü ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesindeki *“Mahkeme kararları kesindir. Mahkeme kararları Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.”* (f.1) hükmü, Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliğini ve bağlayıcılığını vurgulamaktadır. Bu düzenlemeler, mahkeme kararlarının bağlayıcılığı konusunda, kararların kesinliğine; bir başka ifade ile değiştirilmeden ve gecikmeden uygulanması zorunluluğuna işaret etmektedir. Zira yargı kararlarının icrası hem hukuk devleti ilkesinin gereğidir hem de diğer organ-

[1] * Dr. Öğr. Üyesi, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı,
e-posta: ozkan.zynp@gmail.com

lar açısından anayasal bir yükümlülüktür.

Anayasa'nın "üstünlüğü ve bağlayıcılığı" ilkelerinin yer aldığı bir anayasal düzende, anayasa hükümlerinin bağlayıcılığının güvencesi; anayasayı yorumlayan Anayasa Mahkemesi kararlarının da bağlayıcı olması sonucunu doğurmaktadır. Kararların bağlayıcılığı, esasen kararların icrasına; bir başka ifadeyle, diğer anayasal organlar tarafından kararların dikkate alınmasına, gereklerinin yerine getirilmesine dayanmaktadır. Zira kararların icrası ile bağlayıcılığının kabulü arasındaki bu sıkı ilişki, Anayasa Mahkemesi kararlarına uygun davranılması yoluyla gelecekte benzer nitelikte ihlallerin/aykırılıkların ortaya çıkmasını önleme amacından kaynaklanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı konusundaki açık düzenlemeler karşısında, Türk pozitif hukukunda kararların icrası bakımından herhangi açık düzenleme bulunmamaktadır. Buradan hareketle, kararların icrasının kim tarafından ve nasıl takip edileceği sorusu, kararların icra edilmemesi durumunda önem taşımaktadır. Örneğin; Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarında, yasama organının yeniden yasalaştırma yasağına uymaması veya bireysel başvuru sonucunda verilen ihlal kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi durumunda başvurulacak bir yol veya bunu sağlama-ya yönelik hukuki araç var mıdır?

Kararların icrası bakımından karşılaştırmalı hukuktaki örneklerin, Türk hukukunda da ortaya çıkan sorunların giderilmesinde örnek alınıp alınmayacağı düşünülebilir. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukukta kararların icrası bakımından farklı yöntemler benimsendiği söylenebilir. Bunlardan birincisi, görece "yerleşik" (*older*) demokrasilerde, kararların yerine getirilmemesine ilişkin birkaç münferit durum açığa çıkmasından dolayı bu

konuda açık kuralların olmaması;^[2] ikincisi, anayasa mahkemesi kararlarının icrasında yürütme organının yetkilendirilmesi (Avusturya, Hırvatistan, Sırbistan)^[3]; üçüncüsü, kararların icrasını takip etmekle Anayasa Mahkemesinin görevlendirilmesi (Makedonya ve Karadağ)^[4]; dördüncüsü, Rusya Federasyonu'nda olduğu gibi farklı karar türleri bakımından kararların icrasında farklı organların açıkça yetkilendirilmesidir.^[5] Ayrıca, Rusya Federasyonu ve Moldova'da Anayasa Mahkemesinin, kararların icrasını etkilemeye yönelik araçlara sahip olduğu ve icra edilmeyen kararlara yönelik mekanizmalar benimsendiği görülmektedir.

Bu bağlamda, çalışmanın amacı, karşılaştırmalı hukuktaki her bir yön-temin olumlu/olumsuz sonuçlarını ve Türk hukuku bakımından ortaya çıkan sorunlarda uygulanabilirliğini tartışmaya açmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, Anayasa Mahkemesi kararlarının icrası, karşılaştırmalı hukuk.

[2] Venice Comission Opinion 827/2015, on the Amendments of the Organic Law of the Constitutional Court of Spain, prg. 24.

[3] Venice Comission Opinion 827/2015, prg. 21.

[4] Venice Comission Opinion 827/2015, prg. 20.

[5] Bkz. Zeynep ÖZKAN, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Karahan Kitabevi, Adana, 2019, s. 234.

Anayasa Mahkemesi: Hukukun Son Kalesi?

Konuşmacılar:

**Doç. Dr. Murat Sevinç, Dr. Hülya Dinçer, Dr. Dinçer Demirkent,
Dr. Kerem Altıparmak**

Çok yakın dönemde yaşanan Yargıtay-Anayasa Mahkemesi çekişmesi hükümetin açıkça Yargıtay'ın, hukuk örgütleri ve hukukçuların ise büyük bir çoğunlukla Anayasa Mahkemesi'nin yanında yer almasıyla yeni bir kutuplaşmaya neden oldu. Öyle ki birçok hukukçu Anayasa Mahkemesi'nin de kaybedilmesini hukukun son kalesinin fethedilmesi olarak görüyor. Bu saptama salt bu son krizle ortaya çıkmış bir değerlendirme değil aslında. Uzunca bir süredir Türkiye'de ve yurtdışında çok sayıda gözlemci yargının bağımsız ve tarafsızlığına ilişkin kaygılarını dile getirirken Anayasa Mahkemesi'ne olumlu bir parantez açıyorlar. Genel olarak bu iddianın tartışılması, yargı reformunun konuşulduğu bir uluslararası konferansta çok önemli bir anlam taşıyor.

Türkiye yargı sistemi içerisinde Anayasa Mahkemesi'nin konumu sorunu özellikle bireysel başvuru yolunun açılmasından sonra çok temel iki eksenle önem kazandı. Bunlardan birincisi, anayasaya uygunluk denetiminin sınırları genişledi. Anayasada güvence altına alınan temel haklardan AİHS kapsamında olanların herhangi bir kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasının olduğu durumunda Mahkemeye verilen yetki anayasaya uygunluk denetimini güçlendiren bir konum sağladı. Fakat bununla birlikte dünyanın farklı bölgelerinde benzer yöntem ve tekniklerle yürütme gücünü tek elde toplayarak otoriterleşen rejimlerde olduğu gibi Türkiye'de de Mahkeme'nin konumu, hem siyasal iktidar bileşenlerince hem de Mahkeme'nin anayasal demokrasinin krizine ilişkin kimi anlarda verdiği kritik kararlar nedeniyle muhalefetçe sert biçimde eleştirildi. Örneğin

AYM, hükümetin 33 KHK ile tüm hukuka müdahale ettiği, yüzbinlerce insanın hayatını etkilediği dönemde, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri konusunda içtihadını değiştirerek maddi olarak olağanüstü hal kararnamesi midir değil midir sorusuna yanıt vermeden kararnameleri denetleme yetkisi olmadığına hükmetti., Geniş OHAL yetkileri kapsamında kamu gücü kullananlar, temel hakları sınırlandırıcı tedbirlere hükmedenler lehine KHK'lerle inşa edilen sorumsuzluk rejimini anayasaya uygun buldu. Bu kararlar bir yandan kalıcı bir olağanüstü halin zeminini hazırlarken, diğer yandan OHAL yetkileri etrafında ördüğü dokunulmazlık zırhıyla, mutlak ve hesap sorulmaz bir yürütme gücünün inşasını pekiştirdi.

Aynı şekilde, AYM'nin verdiği, vermediği ve uzun yıllardır beklettiği kararlar da Türkiye'nin siyasal ve hukuki rejim üzerindeki etkileri bakımından birçok spekülasyonun konusu oldu. AYM, birçok siyasi davada, daha sonra AİHM'in ihlal bulacağı dosyalarda, başvuruları reddederken, az sayıda vakada özgürlükçü kararlarıyla hem Avrupa'nın takdirini topladı hem de hükümete ciddi bir vakit kazandırdı. Özellikle AİHM ile ilişkileri bakımından geçerli olan bu içtihat çizgisi AYM'nin işlevinin bir yandan Avrupa Konseyi ile ilişkilerdeki sorunları gevşeten ve erteleyen bir yandan da Türkiye'de bir hukuk devleti varmış görüntüsü yaratan konumunu vurguluyor. Nihayet, AYM'ye bireysel başvuru yolunun açılması ile "eski-yeni" Türkiye tartışmaları arasında da bir paralellik bulunuyor. Ancak AYM'nin eski Türkiye'nin en önemli mirası olan gözaltında kayıp, yargısız infaz, işkence gibi ağır insan hakları ihlallerine ilişkin cezasızlığı güçlendiren içtihadı da tartışmaya çok açık.

Tüm bu sorunların tartışılacağı bu oturumda, AYM'nin kuruluşundan bu yana işlevlerindeki dönüşümü; olağanüstü hal gibi egemenliğin kullanılışında yürütmeye tehlikeli biçimde yetki devrinin yaşandığı durumlarda anayasanın üstünlüğünün korunması bağlamındaki konumu; ağır insan

Anayasa Mahkemesi:
Hukukun Son Kalesi?

hakları ihlallerinin yaşandığı dönemleri düşünerek temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamındaki konumu ve AİHM ile ilişkiler bağlamındaki konumu ele alınacaktır.

OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri ve Anayasa Yargısı

Dinçer DEMİRKENT

Anayasa Mahkemesi'nin 20 Temmuz 2016'da ilan edilen ve iki yıl süren olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan 33 OHAL Kanun Hükmünde Kararnamesi hakkında kararları kritik bir anayasa tartışmasının konusu olmuştur. Bu tartışmanın özünde olağanüstü halin statüsü vardır: OHAL düzeni anayasal sınırları olan bir düzen midir? Yoksa yürütmenin OHAL kapsamında elde ettiği yetkilerin bir sınırı yok mudur? Anayasa Mahkemesi, Kararnameler önüne geldiğinde 1990'larda verdiği kararların aksine bir karar verdi. OHAL KHK'si adında çıkarılmış kuralların anayasada çerçevesi çizildiği biçimiyle, yani maddi olarak OHAL KHK'si olup olmadığına bakmak yerine, isimlerinin OHAL KHK'si olmasının Anayasa'daki denetleme yasağı bağlamında yeterli olduğuna hükmetti. Böylece iki yıl boyunca yalnızca TBMM denetimini varsayan bir istisna rejiminin kurulmasının yolunu açtı. OHAL KHK'leri Anayasa ve İçtüzük'teki süreler içinde TBMM önüne de gelmediği için ne yargısal ne de siyasi denetimin şeklen dahi olmadığı fiili bir rejim içinde yürütmenin sınırsız ve denetimsiz yetki kullanmasının önü açılmış oldu. OHAL KHK'lerinin TBMM onayına sunularak yasalaşmasının ardından (ki yasalaşma sorununa tebliğ içinde ayrıca değinilecektir) ilgili yasaların AYM önüne getirilmesiyle başlayan denetimde uygulanan yöntem ise olağanüstü halin kalıcı hale gelmesi bakımından yeni bir gündemi yarattı. Tebliğde esas olarak AYM'nin OHAL KHK'si adıyla çıkarılan kararnamelerinin denetlenemeyeceğine ilişkin kararların yol verdiği fiili rejim ile ortaya çıkan ve olağan düzeni altüst eden OHAL mevzuatının OHAL ortadan kalktıktan sonra da AYM'nin denetleme yöntemi nedeniyle olağan düzene dönmeyi imkânsız kıldığıdır.

Tek sebebi, olağan düzeni korumak olan OHAL ilanı sonrası kalıcı bir olağanüstü düzen yaratılmasında AYM'nin sorumluluğu olduğu iddiasının ileri sürüleceği tebliğ çerçevesinde iddianın kanıtlanması için ilgili kararlar incelenecektir.

Hesap Verebilirliğin Daraltılması: Anayasa Mahkemesi ve Cezasızlık

Hülya DİNÇER

Bu tebliğ Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye'nin yakın tarihinde işlenmiş ağır insan hakları ihlalleri ile 15 Temmuz 2016 sonrası OHAL yetkilerinin hukuki denetimine ilişkin içtihadını tartışmayı amaçlamaktadır. Bireysel başvuru yolunun kabulünün ardından Anayasa Mahkemesi'ne 80'ler ve 90'larda devlet güdümünde işlenmiş zorla kaybetme, yasadışı infaz, işkence gibi ağır insan hakları ihlallerine dair çok sayıda başvuru yapılmıştır. Bireysel başvuru yolunun, hukuki ve toplumsal anlamda yüzleşilmemiş bu ağır suçların mağdurları için hakikat ve adalet taleplerinin karşılık bulabileceği yeni bir başvuru yolu olabileceği umudu doğmuştur. Fakat Mahkeme ağır insan hakları ihlallerine ilişkin mevcut uluslararası ilkeleri ve normları yok sayan içtihadı ile bu umudu çok kısa bir süre içinde boşa düşürmüştür. Mahkeme 1980 darbesi döneminde işlenen ve zamanaşımı nedeniyle kapatılan işkence ve zorla kaybetme vakalarıyla ilgili başvuruları zaman bakımından yetkisizlik gerekçesiyle reddetmiştir. 90'lı yıllarda OHAL sırasında yaşanan zorla kaybetme ve yasadışı infazlarla ilgili önüne gelen başvurularda ise, yaşama hakkının maddi yönden ihlali iddialarını reddederken, başvuruların bir kısmında usûl yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varmış; fakat ceza kanununda düzenlenen zamanaşımı sürelerini yeniden soruşturma açılması önünde mutlak bir engel olarak görerek ihlalin giderilmesi noktasında hareketsiz kalmıştır. AYM, daha yakın dönem içtihadında ise, bu noktadan daha da geriye giderek, zorla kaybetme ve faili meçhul cinayetlerle ilgili başvuruları, hiç esas incelemesine girmeksizin, “özen yükümlülüğüne aykırılık” gerekçesiyle süre aşımından kabul edilemez bulmaya başlamıştır. AYM'nin 90'larda işlenen devlet suç-

larına dair hakikatin açığa çıkarılması mücadelesi önüne çektiği bu hukuki set, bireysel başvuru yolunun ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda hesap verebilirliği değil, cezasızlık politikasını yerleşikleştiren bir aygıta dönüştüğünü göstermektedir.

Kamu gücü kullananların hesap verebilirliğini büyük ölçüde aşındıran bir başka gelişme, 15 Temmuz 2016 sonrasında kabul edilen ve daha sonra yasalaşan bir dizi KHK ile, OHAL yetkileri etrafında inşa edilen sorumsuzluk zırhıdır. Bu KHK'ler, darbe teşebbüsünün bastırılması sürecinde karar alan ve bu kararları icra eden kişilerin görev ve fiilleri nedeniyle sorumluluklarına gidilemeyeceğini hükme bağlamıştır. OHAL KHK'leriyle - sadece OHAL boyunca değil, sonrasında ve hâlen - kamu gücünü kullananlara, siyasi/idari karar vericilere ve uygulayıcılara tanınan sorumsuzluğun kapsamı, hem konu hem de zaman bakımından ülke tarihinde görülmemiş ölçüde geniştir. "Sorumsuzluk rejimi"nin kapsamına, darbe teşebbüsünün bastırılmasına katılan siviller de dahil edilmiştir. 2018'de ve 2021'de ise, kamu görevinden ihraç yetkisi de dahil olmak üzere, OHAL yetkilerinin kullanılması yasa eliyle uzatılmıştır. Başta OHAL KHK'leri ile düzenlenen sorumsuzluk kayıtları, OHAL sona erdikten sonra bu kez olağan dönem kanunlarına atıf yoluyla "sızdırılarak" olağan hukuk düzeninin tamamına sirayet etmiştir. Anayasal hak arama özgürlüğünü sınırlandıran, olağan sorumluluk rejiminde kara delikler açarak OHAL uygulamalarını hukuki denetimden muaf tutmayı amaçlayan bu düzenlemeleri AYM çok tartışmalı bir biçimde anayasaya uygun bulmuştur. Böylece 2016'dan bu yana devam eden ve yerleşik hale gelen OHAL uygulamaları için örülen cezasızlık duvarı, yürütme elindeki istisnai yetkilerin rutin hale gelmesinin zeminini hazırlamıştır. Bu tebliğde, yukarıda özetlenen iki hat üzerinden, AYM içtihadının Türkiye'de hesap verebilirlik alanının daraltılmasında, denetimsiz ve keyfi kamu gücü kullanımının yerleşik hale gelmesinde üstlendiği işlevin tartışmaya açılması amaçlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin AİHM Karnesi: Etkili Hukuk Yolu?

Kerem ALTIPARMAK

Eylül 2012'de Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliği uyarınca bireysel başvuru almaya başladı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de çok kısa bir süre sonra, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu etkili bir hukuk yolu olarak tanıdı ve bu yol kullanılmadan yapılan başvuruları iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına aykırılıktan kabul edilemez buldu. AİHM'in bu tutumu o tarihten beri değişmiş değil. Hatta öyle ki AİHM, yıllardır Anayasa Mahkemesi'nde derdest olan tutukluluk dosyalarına ilişkin bile Anayasa Mahkemesi karar vermeden önce karar vermiyor. Böylece Anayasa Mahkemesi'nde sonuçlanmayan kimi dosyalar adalete erişimde de ciddi sorunlar yaşıyor. Ancak Anayasa Mahkemesi gerçekten AİHM'in sağladığı standartta bir hak koruma işlevi sağlıyor mu? Bu soruya cevap aramak için tebliğde Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal bulunmayıp daha sonra AİHM'de ihlal kararı verilen başvurularla, Anayasa Mahkemesinin özgürlükçü sayılan kararlarının kısa bir karşılaştırmasını yapacağız. Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin çok sayıda kritik konuda ihlal vermediği başvurular daha sonra AİHM'de ihlal kararıyla sonuçlanıyor. Bu ihlal kararlarının önemli bir kısmı Strazburg içtihadı açısından çok açık olan konulara ilişkin; Demirtaş, Kavala ve Yüksekdağ ve Diğerleri kararlarında buna ek olarak AİHM'in aynı zamanda hak ihlallerinin Sözleşme'nin 18. maddesinde öngörülen şekilde siyasi amaçlarla yapıldığını tespit ettiğini de görüyoruz. Bu tebliğde bu arka plan ışığında, uçuruma doğru giden Türkiye-Avrupa Konseyi ilişkilerinde Anayasa Mahkemesi'nin rolü ve AİHM içtihatlarında bu rolün ne şekilde değerlendirildiğini tartışmaya çalışacağız.

Türkiye’de Anayasa Yargısının Tarihsel Anlamı

Murat SEVİNÇ

Türkiye’de anayasa yargısı, ilk örnek olan ABD’den yaklaşık yüz elli yıl sonra başlar. Yasaların anayasaya uygun olup olmadığını denetleyecek olan Anayasa Mahkemesi, anayasacılığımıza 1961 Anayasası ile girmiştir. 1961 Anayasasını yapanlar Batı demokrasilerine öykünmüş, oradaki medenî kurumları, denetim mekanizmalarını ülkeye kazandırmak istemiştir. Ancak bunun basit bir öykünme olmadığı söylenmelidir. Anayasa yargısı, bir ihtiyacın sonucudur. 1950-1960 arasında DP ile CHP arasında yaşanan çatışmanın anayasal gerekçelerinden biri, DP parlamento çoğunluğunun çıkardığı yasaların anayasa aykırı olup olmadığını denetleyecek bir yargı organı olmayışıydı. DP’nin ‘çoğunlukçu’ egemenlik yorumu, söz konusu denetimsizlikle birleşince, kendisini herhangi bir ‘kayıt’ ve ‘şart’ altında hissetmeyen bir yönetim anlayışı hâkim olmuş, ilk çok partili demokrasi denemesi askerî darbe ile sona ermiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasasını yapanlar bakımından siyasal demokrasinin inşasında ‘olmazsa olmaz’ nitelikte bir kurum olarak düşünülmüştür. Ancak, bir kuruluş anayasası olan 1924 Anayasasından farklı olarak, siyasal demokrasi ve klasik parlamenter sistem yaratmayı hedefleyen 1961 Anayasası, kendisini doğuran koşulların yükünü, yürürlükte kaldığı yıllar boyunca taşımıştır. Gerek Anayasa, gerekse bağımsız yargı ile özerk kurumlar, 1965’ten itibaren iktidar olan sağ parti ve koalisyonların hedefindedir ve muhtelif istikrarsızlıkların müsebbibi olarak değerlendirilmiştir. Celal Bayarcı söylemle, söz konusu kurumlar milletin egemenliğine getirilmiş ortaklardır. ‘Milli iradecilik’ kavramında vücut bulan bu dünya görüşünün, yaklaşık yarım asır boyunca, hemen her zaman iktidar olan sağ partiler/hükümetler ile anayasal denetim mekanizmaları arasındaki gerilimi ifade ettiğini

söylemek yanlış olmaz. Anayasa Mahkemesi, bir yandan yargısal aktivizm eleştirilerine muhatap olurken, diğer yandan müesses nizamın sözcülüğüne soyunmuş, hemen her zaman tartışmalı, buna mukabil vazgeçilmez bir kurum olarak varlığını sürdürmüştür.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

**2. GÜN
12 OCAK 2024**



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Birinci Oturum

**ANAYASA VE İNSAN HAKLARI
HUKUKUNUN KRİZİ**

İnsan Haklarının Korunmasında Hukuksal Mekanizmaların Krizi: *Yerel ve Dönemsel mi Yoksa Yapısal Bir Krizle mi Karşı Karşıyayız?*

Oya AYDIN

Özet

İnsan hakları ihlallerinin ulusal ve uluslararası boyutlardaki artışı, haklar ve özgürlükler alanında yaşanan büyük gerilemeye işaret etmektedir.

Milyonlarca insanın öldüğü, sakatlandığı, işkence ve göçlere maruz kaldığı iki büyük dünya savaşının acılarının ardından, sömürge ülkelerin bağımsızlık ilanlarına, yeni uluslararası kurumların oluşturulmasına, insan haklarının ulusal ve uluslararası düzeyde evrensel ilkeler olarak kabul edildiği 20. yüzyıl geride kaldı. Yeni yüzyıla girerken 11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'ne yönelik yüzlerce insanın ölümüne, binlerce insanın yaralanmasına neden olan bombalı saldırılar sonrasında Batı demokrasilerinde yaşananlar, tarihin sonu söyleminin bir ahir zaman eskatolojisi olduğunu göstermişti; demokratik hukuk devletini içselleştirmiş çağdaş Batı medeniyeti olarak belirleyenler açısından hayal kırıklığıyla başlayan 21. yüzyıl, ulusal güvenlik kavramının yeni yorumu eşliğinde^[1] insan haklarını koruma olanaklarının gerilediği, ihlallerinin yoğunlaştığı bir başlangıçla, insanlığa, hak ve özgürlüklerinin hala büyük tehdit altında olduğunu göstermişti.^[2] Bu tehdit, bugünlerde Hamas'ın 7 Ekim 2023'de

[1] Neocleous, M, Güvenlik, Şiddet ve Savaş, Çev.: Ersin Embel, Gül Çorbacıoğlu, 2012, Dipnot Yay., Ankara.

[2] Don, E. Scheid, "National security, Indefinite Detention for Mega Terrorists?", Coercion and the State içinde, Edited by David A. Reidy and Walter J. Riker, Springer, 2010 s. 147

yaptığı saldırı sonrasında İsrail'in Filistin halkına yönelik sürdürdüğü topyekûn saldırı ile birlikte katlanarak arttı. Serbest düşüncüyü toplumun ve devlet düzeninin temeli sayan liberal Avrupa ülkelerinde ifade özgürlüğüne, gösteri yürüyüşü hakkına yönelik kısıtlamalar insan hakları alanında yaşanan gerilemenin çok daha ileriye taşınacağıının ilk işaretleri olarak okunabilir.

Gerilemenin tek nedeni, devletlerin savaş, çatışma ve/veya iç iktidar gerilimleri nedeniyle gerçekleştirdikleri ihlallerin sürekli artan boyutu değil, bu ihlallere karşı güvence olarak sunulan hukuksal mekanizmaların giderek zayıflaması hatta çöküşü olarak da görülebilir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de dahil olmak üzere uluslararası mekanizmaların etkililiği azalmakta hatta meşruluğu tartışılmaktadır. Örneğin, Birleşik Krallık hükümeti, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, Birleşik Krallık'ın mültecileri Ruanda'ya gönderme kararına yönelik verdiği tedbir kararına karşı, bu kararı fiilen ortadan kaldıracak yasa çıkarma çabasına girişmiş,^[3] neyse ki İngiliz temyiz mahkemesi olan Court of Appeal Haziran 2023 tarihinde hükümetin kararının insan hakları hukukuna aykırı olduğunu tespit etmiştir.^[4]

İnsan hakları ihlallerine karşı hukuksal koruma olanaklarının giderek zayıflaması olgusu Türkiye örneğinde, özellikle son birkaç yılda çok daha yıkıcı biçimde gözlemlenmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının sadece hükümet değil, Yargıtay ve Danıştay da dahil olmak üzere yüksek mahkeme organları tarafından tanınmadığı, dahası Anayasa Mahkemesi kararlarının ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay tarafından dikkate

[3] <https://www.theguardian.com/law/2022/dec/08/watchdog-criticises-uk-ministers-antagonism-towards-human-rights> Erişim T. 30.10.2022.

[4] <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2023-0093.html>. Erişim T. 30.10.2022.

alınmayıp uygulanmadığı, ağır bir hukuksal-siyasal krizle karşı kaldığımız bu süreç pek çok akademisyen ve hukukçu tarafından *anayasasızlık* olarak tanımlanmaktadır.^[5]

Bu noktada, bugün Türkiye’de karşı karşıya kaldığımız *anayasasızlık* olarak nitelenen bu krizde yüksek yargı organlarının ne derece rol oynadığı, insan haklarının devlete karşı koruyucusu olarak kurgulanan Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin işlevsizleştirilmesinin hukuk devleti açısından yapısal ve genel bir krize mi, yoksa geçici ve bize özgü yerel bir sapmaya mı işaret ettiği tartışılacaktır.

Sorunun cevabı, tartışmanın teorik zemininde bulunmaya çalışılacaktır: İnsan haklarının korunması ve merkezi gücün sınırlanmasının en önemli araçlarından biri olarak sunulan kuvvetler ayrılığı ilkesinin, *iddia edildiğinin aksine modern devlette gücün merkezileşmesi ile beraber tamamen bir özleme dönüştüğü* eleştirilerine katılmamak olanaksız görünmektedir. Modern devletin temel açmazı olan devletin hukukuyla bağlılığı sorununun, farklı dönemler ve farklı siyasal kültürlerle göre büründüğü formun, büyük değişiklikler gösterse bile özünde, hukukun, hem devletin insan haklarının koruyuculuğunun simgesi, hem de devletin ihlal eyleminin kökeninde yer alan egemenliğin kaynağı olması dilemması bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Hukuk Devleti, Yargı, Güçler Ayrılığı, Kriz

Dr. Avukat Oya Aydın

[5] Özlem Kaygusuz, Oya Aydın, “*Deconstitutionalization and the state crisis in Turkey: What role for the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights?*”, “**Turkey’s New State in the Making : Transformations In legality , Economy Coercion** içinde, 2020,

Anayasa Mahkemesi'nin "Pilot Karar" Usulünün Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu: "Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü"nün Hukuksal Niteliği ve Normatif Değeri Bağlamında Bir Analiz

Serdar YILMAZ

ÖZET

Anayasa Mahkemesi, "bireysel başvuru"ları ("*anayasa şikâyeti*") inceleme görevi kapsamında, "pilot karar"^[1] usulünü uygulayabilmektedir.¹Bu bağlamda, "pilot karar" usulü; aynı "yapısal sorun"dan kaynaklanan çok sayıdaki benzer "bireysel başvuru"nın münferiden ve müstakilen karara bağlanması yerine, saptanan "yapısal sorun"un çözümü için ilgili mercilerce alınması gereken tedbirlerin de belirtilmesi suretiyle ihlalin kaynağının ortadan kaldırılmasını ve "yapısal sorun"un düzeltilmesini teminen, benzer başvurular arasından seçilen birinin Anayasa Mahkemesi'nce öncelikle incelenmesine yönelik yargısal bir müessesedir. Bu "yargılama usulü"nün; benzer başvuruların temelinde yatan "yapısal sorun"un düzeltilmesi suretiyle, sistematik ve kronik ihlallerin yol açtığı mağduriyetlerin köklü ve etkili biçimde giderilmesinin yanı sıra, Mahkeme'nin iş yükünün azaltıl-

[1] Ülkemizde "bireysel başvuru" yolunun yürürlüğe ve uygulamaya girmesinden sonraki uzun bir süre boyunca Anayasa Mahkemesi'nce hiç işletilmemiş olan "pilot karar" usulünün, ilk kez 2019 yılında, "sınır dışı etme kararı"na karşı "*etkili başvuru hakkı*"nın ihlal edildiği iddiasıyla yapılan "*Y.T. Başvurusu*"nda uygulandığı görülmektedir. [Bkz. AYM: B.N.2016/22418 <"*Y.T. Başvurusu*" (GK)>, T.30/05/2019 (RG: T.09/07/2019, S.30826)]. Mahkeme'nin, bu usulü daha sonra da uygulamaya devam ettiği; "*makul sürede yargılanma hakkı*" bağlamındaki "pilot karar" uygulamasının ise özellikle dikkat çektiği gözlemlenmektedir. [Bilhassa bkz. AYM: B.N.2021/58970 <"*Nevriye Kuruş Başvurusu*" (GK)>, T.05/07/2022 (RG: T.22/07/2022, S.31900). Ayrıca bkz. AYM: B.N.2023/18536 <"*Keser Altıntaş Başvurusu*" (GK)>, T.25/07/2023 (RG: T.10/10/2023, S.32335)].

masına da hizmet eden bir işleve sahip olduğu öne sürülmektedir.

Lakin, aslında “bireysel başvuru” yolundan beklenen “yargısal koruma” işlevini sekteye uğrattığı söylenebilecek olan mezkûr usulün; *-ilk etapta-* “adil yargılanma” hakkı ve “hukuk devleti” ilkesinin yanısıra “kuvvetler ayrılığı” prensibi yönünden de tartışmaya açık olduğu anlaşılmaktadır. Öyle ki, “pilot karar”da, Mahkeme’ce tespit edilen “yapısal sorun”un çözümü, esasen yargı organı dışındaki mercilere bırakılırken; daha sonra yapılan benzer konudaki başvuruların incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediği için bu başvuruların düşmesine karar verme cihetine gidilmesi, pek çok hukuksal sorunu beraberinde getiren bir uygulamadır. Dahası, bu uygulamanın hukuki temeli de sorgulanmaya muhtaçtır. Nitekim “pilot karar”; Anayasa veya Kanun’da değil, doğrudan “Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü”nde öngörülen bir “yargılama usulü” olduğundan, *-bünyesinde barındırdığı diğer tüm hukuksal sorunlara ilaveten-* ciddi bir Anayasallık problemine de sebebiyet vermektedir.

Açıkçası, Anayasa’nın, Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşu ve işleyişine ilişkin temel ilke ve kuralları içeren 146 ila 153. maddelerinde, “pilot karar” usulünden hiç bahsedilmemiş; m.149/5 hükmünde, “*Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.*” denilmek suretiyle bu hususta “Kanun” ile “İçtüzük” arasında “konu itibarıyla yetki” ayrımı yapılırken, “yargılama usulleri”, “Kanun”la düzenlenecek konular arasında sayılmıştır.^[2] 30/03/2011 tarih ve 6216

[2] Anayasa Mahkemesi’nin “*yargılama usulleri*”nin “*kanun*”la düzenlenmesini emreden işbu hüküm; Anayasa’nın, “*yargı*”ya ilişkin “*genel hükümler*” kapsamında yer verdiği, “*(m)ahkemelerin kuruluşu, görev yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*” şeklindeki m.142/1 hükmü ile paralellik göstermektedir.

sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un^[3] ("Kanun") m.5/1-(c) hükmünde ise, "*Mahkemenin çalışma, yargılamausul ve esasları*"nın, Genel Kurulca kabul edilecek ve Resmî Gazete'de yayımlanacak "İçtüzük"le düzenleneceği öngörülmüştür. Anayasa'nın 149.maddesi ile adı geçen Kanun'un 5. maddesine dayanılarak çıkarılan "Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü"nün^[4] ("İçtüzük") 75. maddesinde ise, "*pilot karar usulü*" hüküm altına alınmıştır.

Ne var ki, doğrudan "İçtüzük" ile yeni bir "yargılama usulü" kuralı ihdas edilmesinin Anayasa'ya uygunluğu son derece şüphelidir. Zira Anayasa'da, "*yargılama usulleri*"ni düzenlenme yetkisi "kanun koyucu"ya tanınmışken; 6216 sayılı Kanun'da, bu yetkinin, *-hiçbir çerçeve de belirlenmeksizin-* Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'na çıkarılacak "İçtüzüğü" bırakılmış olmasını, Anayasa'nın aktarılan m.149/5 hükmüyle bağdaştırmak oldukça güçtür. Bu noktada, "Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü"nün hukuksal niteliğini ve normatif değerini saptayarak, mezkûr sorunu tahlil etmek gerekliliği doğmaktadır. İşte bu çalışmanın/bildirinin amacı da, anılan "İçtüzüğün" hukuksal niteliği ve normatif değerinden hareketle, "pilot karar" usulünün doğrudan "İçtüzük"le getirilmesine imkân bulunup bulunmadığının irdelenmesi ve neticede saptanan Anayasa'ya aykırılık sorununun giderilmesinin yöntemine dair çözüm önerilerinde bulunulmasıdır.

Bu bağlamda, çalışmada; ilkin, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu ve işleyişine ilişkin mevzuat hükümlerinden inceleme konumuzu ilgilendirenler kategorize edilerek aktarılacak suretiyle, "bireyselbaşvuru" yolu için öngörülen bir " özel yargılama usulü " olan "pilot karar"ın pozitif dayanakları açıklığa kavuşturulduktan sonra; Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin düzenlemelerin hukuki vasıtaları bakımından, "Kanun"ile"İçtüzük" arasında "konu itibarıyla yetki" ayrımı öngören Anayasa m.149/5 hükmüne odaklanılmakta ve 6216 sayılı Kanun'un m.5/1-(c) hükmünde yer alan ve esasen bir tür "yetki devri" niteliği taşıyan düzenlemenin, "yargılama

[3] Bkz.RG:T.03/04/2011,S.27894.

[4] Bkz.RG:T.12/07/2012,S.28351.

usulleri”nin “Kanun” yerine “İçtüzük”le düzenlenmesinde doğan “konu itibarıyla yetkisizlik” sorununu bertaraf edip edemeyeceği tartışılmaktadır.

Bu tartışmadaki argümantasyon açısından ise; bir yönüyle “asli” düzenleme yetkisinin tezahürlerinden sayılabilecek olan “Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü”nün, Devlet fonksiyonları bağlamında, özellikle “*yargı fonksiyonu – idari fonksiyon*” ayrımı ekseninde tasnif ve tavsifi cihetine gidilmekte ve maddi anlamda “kural koyma” faaliyeti kapsamında tesis edilen mezkûr “İçtüzüğün”, esasen “düzenleyici idari işlem” vasfı taşıyıp taşımadığı meselesi üzerinde durulmaktadır. Böylece, -hukuki niteliği ve normatif değeri “Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi”nde^[5] dahi tereddüt uyandıracak şekilde “*tüzükler*” kategorisinde sınıflandırılan- mezkûr “İçtüzüğün”, idari işlem kuramı açısından nitelendirilmesiyle birlikte, “normlar hiyerarşisi”ndeki konumu da belirginleştirilmektedir. “İçtüzüğün” tabi olduğu hukuki rejimin bu şekilde billurlaştırılmasının akabinde ise, “pilot karar” usulüne ilişkin “İçtüzük” hükmü (m.75) bağlamında karşımıza çıkan Anayasa’ya aykırılık sorununun giderilmesi için ne yapılabileceği sorusuna yanıt aranmaktadır. Bu minvalde, “İçtüzüğün”, “idari yargı” denetimine tabi olup olmadığı^[6] ve şayet tabi ise, sorunun yargı organının önüne nasıl götürülebileceğine dair alternatifler, muhtemel sonuçlarıyla birlikte ortaya konulmaktadır. Bu suretle, “Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü” için yar-

[5] “Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi”nin resmî internet sitesinde “mevzuat türü”ne göre yapılan tasnifi için bkz. “www.mevzuat.gov.tr”

[6] “Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü”, Anayasa’da tahdidî biçimde öngörülen konularda, yani sınırlı bir alanda, Anayasa Mahkemesi tarafından “asli” düzenleme yetkisi kullanılmak suretiyle tesis edilen bir “düzenleyici idari işlem” olarak nitelendirildiği takdirde; mezkûr “İçtüzüğün”, “idari yargı” kolu tarafından denetlenebileceği de kabul edilmiş olacaktır. Bu noktada ise, “İçtüzüğün” yargısal denetimini gerçekleştirme görev ve yetkisinin; ilk derece mahkemesi sıfatıyla *Danıştay’a* mı, yoksa *Ankara İdare Mahkemesi’ne* mi ait olduğunun belirlenmesi gerekecektir. Bu bağlamda, çalışmada; “İçtüzüğün”, 06/01/1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun (RG: T.20/01/1982, S.17580), “*ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görülecek davalar*”ın belirtildiği m.24/1-(c) hükmünde yer alan, “ülkeçapında uygulanacak düzenleyici işlemler” ibaresinin kapsamına girip girmediğinin değerlendirilmesi icap etmektedir.

gısal denetim yolubulunmadığı, dolayısıyla "İçtüzüğün" yaptırıma tabi tutulmasının mümkün olmadığına ilişkin genel kabulün çürütülebileceğine dikkat çekilmektedir.

Ezcümle, bu çalışmada; "Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü"nün, Anayasa Mahkemesi'nin "idari fonksiyon" kapsamında tesis ettiği bir "düzenleyici idari işlem" niteliği taşıyıp taşımadığı ve Anayasa'nın m.149/5 hükmünde "Kanun" ile "İçtüzük" arasında öngörülen "konu itibarıyla yetki" ayrımının, "İçtüzüğün" "normlar hiyerarşisi"ndeki yerinin belirlenmesini etkileyip etkilemediği meselelerinin etraflıca irdelenmesi sonucunda; "İçtüzüğün", "pilot karar" usulünü öngören 75. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu; 6216 sayılı Kanun'un m.5/1-(c) hükmünün de, anılan aykırılığı gidermek bir yana, bizatihi bir Anayasa'ya aykırılık sorunu oluşturduğu kanaatine varılmakta ve nihayet, saptanan sorunlara ilişkin çözüm önerileri getirilmektedir. Neticede, karşılaştırmalı hukukta yaygın biçimde benimsendiği görülen "pilot karar" usulünün, ülkemizde de temel hak ve hürriyetlerin korunmasını güçlendirici bir fonksiyon ifa etmek amacıyla getirilmiş olmakla birlikte, "getirilme vasıtası" bakımından hukuka uyarlılık taşımadığının ve "konu itibarıyla yetkisizlik"ten ötürü "İçtüzüğün" 75. maddesinin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiğinin vurgulandığı işbu çalışmada; söz konusu "özel yargılama usulü"nün, pratikte anılan amaçlane denli bağdaşır biçimde kullanıldığının da sorgulanmaya muhtaç olduğu hatırlatılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, Bireysel Başvuru, Pilot Karar, Yargılama Usulü, Devlet Fonksiyonları.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları İkinci Oturum

**KURUMSAL YARGI
BAĞIMSIZLIĞI**

Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Üzerine Düşünceler

İbrahim ŞAHBAZ^[1]

ÖZET

Bu çalışmada; yargı organının bağımsızlık ve tarafsızlığı çeşitli boyutları ile ele alınmaktadır. Yargıya bu güvenceler, bizzat kendi kişiliklerinin korunması için değil, insan haklarının korunması için tanınmaktadır.

Yargının bu güvenceleri; Anayasa, Uluslararası insan hakları metinleri, Bangalor ve diğer yargı etiği ilkelerinde düzenlenmiştir.

Bu güvenceler, adil yargılanma hakkıyla ilgilidir. Yargı bağımsızlığı; yargının, herhangi bir kişi veya makamdan (organdan) emir almamak, özellikle davanın taraflarının veya yasama ve yürütme organlarının veya diğer dış etkilerin (ekonomik ve sosyal gruplar) baskı alanları dışında olması demektir. Yargının yasama ve yürütmeye karşı bağımsızlığı ve dolayısıyla tarafsızlığının güvenceye alınması en önemli adımdır. Bu nedenle yargı bağımsızlığının sağlanmasında kuvvetler/erkler ayrılığının mutlaka sağlanması gerekir.

Yargının tarafsızlığı daha çok, davanın tarafları ile ilgili bir sorun olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu kavram, yargının davanın taraflarına karşı objektif/nesnel olmasını ifade etmektedir.

Ancak bağımsızlık ve tarafsızlık AİHM tarafından, yakın bağlantı nedeniyle, birlikte kullanılmaktadır. Gerçekte bağımsız olmayan yargının tarafsız olamayacağı tartışmasızdır. Bir başka açıdan, bağımsız olmakla beraber, çeşitli nedenlerle tarafsız olunmayabilir. Yine değişik nedenlerle tarafsız olamayan yargının bağımsızlığı da tehlikeye girebilir.

[1] Yargıtay Onursal Daire Başkanı ve Maltepe Üniversitesi Öğretim Üyesi

Yargıç'ın bu güvencelere sahip olup olmadığında kimi ölçütlere işaret etmek gerekir: atanmasının kim veya hangi organ tarafından gerçekleştirildiği (AİHM); görevden alınmasında objektif ölçütlerin olup olmadığı; emir verilebilir verilemediği; görüntüsünün bağımsız ve tarafsız olup olmaması; görev süresinin nasıl işletildiği; terfi güvencesi gibi.

Devlet'in temel organlarında görevli olanların, yargının önüne gelmesi muhtemel olaylarla ilgili olarak açıklama yapmaları, dava taraflarının "lekelenmeme hakkı" ile yargıda aranan bu güvencelere zarar verir ve adil yargılanma hakkının ihlali oluşturur.

Yargıç'ın hak dağıtması nedeniyle, kişinin devletten, davasına bakacak yargının bu güvencelere sahip olmasını isteme hakkı vardır. İnsan haklarının adalete uygun olarak sağlanmasının, ancak yargının bu güvencelere tartışmasız biçimde sahip olmasıyla mümkün olacağı insanlığın en son buluşları arasındadır.

Yargının diğer güç odaklarının baskı ve tehditlerine karşı da aynı güvencelere sahip olmasının sağlanması gerekir.

Yargının; bizzat yargı organlarına/meslektaşlarına, kendisine, ailesine, yakınlarına karşı da güvencede olması gerekir. Gerçekte yargının yasa yolu incelemesi hariç, kararlarının diğer yargı organları tarafından etkisiz hale getirilmemesi gerekir.

Anayasa ve yasalarla görevli mahkemenin verdiği kararın, bu karara uyması gereken diğer yargı organının bağlayıcı karar doğrultusunda işlem yapmaması, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığını tartışmaya açar. Bu durum tüm yargının bu güvencelerinin olmadığı konusunda yaygın kanaat oluşmasına sebebiyet verir.

Yargının, egemenin memuru gibi kabul edilmemesi de gerekir. Çünkü yargı diğer kamu görevlilerinden farklı bir konumdadır.

Siyasal partilerde görev almış kimselerin yargıç olarak atanmaları, atanan

kimsenin bu güvencelerini tartışmalı hale getirir. Ancak genel seçimlerde aday olan yargıcın mesleğe dönüşüne izin verilmemesine karşın, bir parti üyesi olduğu halde kendisine yargıçlık görevi verilmesi bu güvenceler yönünden hukuki sorun yaratır.

Yargının siyasiler ve ekonomik güç çevreleri ile çok yakın ilişki içerisinde olmaması gerekir.

Yargıç için aranan bu güvenceler, kimi farklılıklara karşın savcılar için de vardır.

Mesleğinin temel ilkelerinin korunması için, bizzat yargıç ve savcının kendisinin de özenli davranması gerekir.

Eş olan yargıç ve savcının aynı mahkemede birlikte görev almaları veya birinin açtığı davaya diğerinin bakması, yargıda aranan bu güvenceleri tartışmalı hale getirir.

Anahtar Kelimeler: Yargı, Bağımsızlık, Tarafsızlık, Hak, Etik

Bir Anayasal Organ olarak HSK'nın Yapısı ve Verdiği Disiplin Kararları Özelinde Türkiye'de Yargı Bağımsızlığının Yargı Mensupları Açısından İncelenmesi

Rumeysa BUDAK

Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK/Kurul), Türkiye'de yargı mensuplarının mesleğe kabulleri, terfileri ve disiplin işlemlerinden sorumlu olan ve bu prosedürlerle ilgili itirazları inceleyen anayasal organdır. Avrupa'daki emsallarına göre daha merkezi ve nispeten katı bir idari organ olarak tanımlanan Kurul, 2010 ve 2017 yılında gerçekleşen Anayasa reformları sonucu gerek yapısal oluşum şekli olarak gerekse yetkilerini aldığı mevzuatlar açısından Avrupa kurumları tarafından Türkiye'de yargı bağımsızlığı başlığı altında incelenen organlar arasında odak noktası olmuştur.

Türk hukuk sistemine girdiğinden bu yana Kurul üzerinde ilk köklü değişiklik 2010 yılında gerçekleştirilmiştir. İlgili tarihteki adıyla Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK), 2010 yılında tamamen değiştirilen Anayasa'nın 159. maddesi uyarınca, üye sayısı arttırılarak çoğulcu bir temsil amaçlanmış ve meslekten ihraç kararlarına karşı yargısal denetim yolu getirilmiştir. Bu değişikliğe dair Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) 2010 yılında yayınladığı ara görüşünde^[1] HSYK'nın Avrupa standartlarına ulaşma yolunda olumlu bir gelişme olduğunu ancak hala HSYK'nın tam anlamıyla yürütme-

[1] Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş, 27 Eylül 2010, CDL-AD(2010)042

den bağımsız bir organ olması için yapılması lazım gelen değişikliklerin olduğunu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra Venedik Komisyonu, 2011 yılında, yargı mensuplarının mesleğe kabulü, terfileri ve disiplin işlemlerini düzenleyen 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na istinaden bir başka görüş^[2] yayınlamış, söz konusu kanun hükümlerinin muğlak ifadeler içerdiğini belirterek, halihazırda yapısal olarak yürütmenin etkilerinden tamamen bağımsız olduğu söylenemeyecek olan HSYK'nın meslekten çıkarma kararları haricinde yargısal denetimin kapalı olduğu diğer kararları açısından keyfi uygulamaların tam anlamıyla önleyeceği konusunda şüphelerinin olduğunu ifade etmiştir.

2014 yılında Hükümet'e yönelik gerçekleştirilen soruşturmalar sonucunda HSYK üzerinde yürütme kontrolü artmış, 2016 yılında gerçekleşen darbe girişimi ve akabinde yargı mensuplarının toplu bir şekilde gerekçesiz olarak meslekten ihraç edilmesi sonucu, HSYK'nın yürütme erkinden tarafsız ve bağımsızlığı uluslararası kurumlar nezdinde sorgulanır hale gelmiş ve 8 Aralık 2016 tarihinde Avrupa Yargı Konseyleri Ağı(ENCJ) tarafından geline nokta itibarıyla yürütme ve yasamadan bağımsız bir kurul olmadığı belirtilerek gözlemci statüsü askıya alınmıştır.

2017 yılında, OHAL döneminde yapılan Anayasa değişikliği ile HSYK'nın yapısında ikinci bir köklü değişikliğe gidilmiş, Kurul'un adı HSK olarak değiştirilmiş, üye sayısı düşürülerek üyelerin seçimi tamamen yürütme ve yasamanın takdirine bırakılmıştır. Bu değişikliğe istinaden

[2] Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Hâkimler ve Savcılar Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş, 29 Mart 2011, CDL-AD(2011)004

Venedik Komisyonu tarafından yayınlanan ara görüşte^[3] halihazırda Avrupa standartları ile büyük oranda uyumlu olan HSYK üzerinde yapılacak değişikliklerle, Kurul'un yargı mensuplarıyla ilgili yapacakları disiplin işlemlerinde özellikle Cumhurbaşkanı'nın kontrolüne tamamen açık hale geldiği ifade edilerek yargı bağımsızlığının büyük oranda zayıflatıldığının altı çizilmiştir.

Türkiye'de yargı bağımsızlığını tehlikeye düşürecek şekilde yargı mensuplarının görevlerini yerine getirirken HSK tarafından bir baskı aracı olarak kullanılma potansiyeline sahip olduğu belirtilen bu disiplin işlemleri, AİHM kararlarına da konu olmuş ve farklı yargı yerleri ve derecelerinde görev yapan yargı mensuplarının AİHM nezdindeki şikayetleri neticesinde başvuruya konu yaptırımlarla başvuru sahiplerinin adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim haklarının, ifade özgürlüklerinin ve etkili başvuru haklarının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

Bu bildiriye HSK'nın 2010 ve 2017 Anayasal reformları sonucu geçirdiği yapısal değişikliklere yer verilerek uluslararası raporların tespitleri üzerinden yargı bağımsızlığı açısından HSK'nın kurumsal yapısı incelenecek, bu kapsamda yürüttüğü disiplin soruşturmalarında yetkilerini kullandığı mevzuatların nitelikleri de dikkate alınarak AİHM önünde görülen bireysel başvurular özelinde verilen ihlal kararları ile somut bir şekilde Türkiye'de yargı bağımsızlığının yargı mensuplarına bakan yönü incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Hakimler ve Savcılar Kurulu, yargı bağımsızlığı,

[3] Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Türkiye Büyük Millet Meclisi Tarafından 21 Ocak 2017 Tarihinde Kabul Edilen 16 Nisan 2017 Tarihinde Referanduma Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Görüş, 13 Mart 2017, CDL-AD(2017)005

Hâkimler ve Savcılar Kurulu Ekseninde Türkiye’de Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Üzerine Bir İnceleme

Semih Batur KAYA

Özet

Yargı bağımsızlığına yönelik veriler anayasal konumundan çıkarılabilir. Yargı bağımsızlığı özellikle yürütme ve ardından yasama tarafından geliştirilmiş ayrılığında ve bunlardan gelebilecek baskı ve müdahalelerden ayrışık olmasında belirir. Gerçekten de yasama kolay bir şekilde yargıya yönelik düzenlemeler geliştirebilirse, yürütme de bu ortamda anayasal kurguyu zorlama pahasına uygulamalar gerçekleştirebilirse yargı bağımsızlığından söz edilemez. Dolayısıyla yasama ve yürütmenin tasarrufundan ve eylemlerinden yargının bağışık tutulması gerekir.

Öte yandan yargı erkinin gücü dünya çapında benzeri görülmemiş bir hızla artmaktadır. Aynı zamanda, yargı özyönetiminde de benzer bir artış olmuştur. Bu husus Avrupa’da, hem ulusal hem de uluslararası düzeylerde gerçekleşmiştir. Gerçekten de ulusal düzeyde, birçok Avrupa ülkesi ya gönüllü olarak (Fransa, İtalya, Hollanda, Portekiz, İspanya ve Türkiye) ya da katılım sürecinde Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyinin baskısı altında (tümü komünizm sonrası) yargı konseyleri kurmuştur. Diğer ülkeler, genellikle adli atamalar için özel bir kurumla birleştirilen Mahkeme Hizmeti (Court Service) sistemlerini tercih etmiştir (Danimarka, İrlanda ve İskoçya). Siyasi şubelerin hala büyük söz sahibi olduğu ülkelerde bile (Avusturya, Çekya ve Almanya), yargı yönetiminde yargıçların gücü giderek artmıştır.

Mahkemelerin karar verme yetkisinin benzeri görülmemiş yükselişi literatürde kapsamlı bir şekilde ele alınırken, yargıçların meslektaşlarını seçme ve daha genel olarak mahkeme idaresindeki artan gücü şimdiye kadar çok

daha az dikkat çekmiştir. Bu, yargı konseylerinin ve diğer yargısal özyönetim organlarının yükselişini gözden kaçırmanın zor olduğu gerçeğine rağmen böyledir. Bu alanda yer alan çok sayıda Avrupa politika oluşturma organının -yalnızca Avrupa Yargı Konseyleri Ağı ve Avrupa Yargıçlar Danışma Konseyi değil, aynı zamanda Venedik Komisyonu ve Avrupa Komisyonu ayrıca çok sayıda kılavuz yayınlamış ve yargı kurullarına ilişkin iyi uygulamalar geliştirmiştir.

Yargı konseyleri, yargıçların atama, terfi ve disiplin işlevlerini partizan siyasi süreçten izole etmek ve bir yandan da hesap verebilirliği sağlamak için tasarlanmış organlardır. Yargı konseyleri, yargıçların kendi işlerini yönetmelerine izin verme ile atamaların, terfilerin ve disiplinin tam siyasi kontrolünün alternatifi arasında bir yerde bulunur. Adli özyönetimin ilk modeli, tartışmaya açık bir şekilde, bağımsızlıktan yana çok fazla hata yapmaktayken, saf siyasi kontrol, belirli davalara karar verirken siyasi elitlerin tercihlerini göz önünde bulunduracakları anlamında, paradoks bir şekilde yargıçları fazla hesap verebilir hale getirebilir. Hesap verebilirlik ve bağımsızlık talepleri arasında denge kuran, bileşimi ve yetkilerinin belirli bir bağlamda yargıya ilişkin kaygıyı yansıttığı çok çeşitli kurul modelleri söz konusudur.

Burada hemen belirtelim ki yargı üst kurullarına ilişkin pek çok model; bu bağlamda da gerekçe ve etki söz konusu olabilmektedir. En önemlisi, yargı özyönetimi bağlamında geliştirilen üst kurulların akışkan doğasını ve siyasi, sosyal ve kültürel bağlı olduğunu belirtmemiz gerekir. Nitekim standart fotoğrafın aksine, çoğu Avrupa ülkesinde yargı özyönetimi bağlamında geliştirilen kurulların uygulanması yeknesak değildir ve siyasi ve sosyal değişimlere yanıt verilecek şekilde anayasal kurguya kavuşturulmuştur. Ancak önemli olan, siyasi olarak sorumlu ancak güçlü yargı kavram ve kurumların inşa edilmesidir. Birçok yönden, bu ideal tip, yargı bağımsız-

lığının koşulsuz bir iyilik olduğu şeklindeki geleneksel görüşten daha arzu edilir. Yargı bağımsızlığını çok sık vurgulayanlar, madalyonun can alıcı diğ er yüzünü sağlayan hesap verebilirlik ihtiyacını dile getirmezler. Oysaki güçlü ve etkin bir yargıda bu ikisinin birlikte gerçekleştirilmesi gerekir.

Ülkemize gelirse Cumhuriyet Dönemi anayasalarımızda yargı bağımsızlığına yönelik hükümlerin yer aldığı söylenmelidir. Ne var ki yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanmasında buna ilişkin ilke ve kurumların tanınması yetmemektedir. Dolayısıyla yargı bağımsızlığına yönelik “de jure”, yani hukuki bağımsızlık ile “de facto”, yani fiili bağımsızlık olarak ikiye ayrılıp incelenmesi gerekir. Hukuki bağımsızlık, yargı cın baskı ve müdahalelerden ari olması için geliştirilmiş anayasal ve yasal önlemlerin alınmasını ortaya koyarken, fiili bağımsızlık, yargı bağımsızlığının topluma yansımalarına, yani toplumsal algıda buna güven duyulmasına işaret eder. Gerçekten de toplumun bu noktadaki algısının önemi ne değ inmek gerekir. Günümüzde gerçekleştirilen çalışmalarda, yargının toplum tarafından bağımsız ve tarafsız olduğ una “inanılmasının”, yargının “gerçekten” bağımsız ve tarafsız olması kadar önem arz ettiğine işaret edilmektedir.

İşte aşağıda, tüm bu açıklamalar ekseninde Hâkimler ve Savcılar Kurulu ekseninde Türkiye’de yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı değ erlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yargı, Yargı Üst Kurulları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Yargının Bağımsızlığı, Yargının Tarafsızlığı

An Examination on the Independence and Impartiality of the Judiciary in Turkey on the Axis of the Council of Judges and Prosecutors

Abstract

Data on judicial independence can be removed from its constitutional position. The independence of the judiciary is particularly evident in its separation from the executive and then the legislature, and from the pressure and interference that may come from them. Indeed, if the legislature can easily develop regulations for the judiciary and the executive implements practices at the expense of challenging the constitutional fiction in this environment, there can be no question of judicial independence. Therefore, the judiciary must be kept immune from the actions and actions of the legislature and executive.

On the other hand, the power of the judiciary is increasing at an unprecedented pace around the world. At the same time, there has been a similar increase in judicial self-government. This has occurred in Europe at both national and supranational levels. Indeed, at the national level, many European countries have established judicial councils either voluntarily (France, Italy, the Netherlands, Portugal, Spain and Turkey) or under pressure from the European Union and the Council of Europe during the accession process (all post-communist). Other countries have opted for Court Service systems (Denmark, Ireland and Scotland), often combined with a dedicated body for judicial appointments. Even in countries where political branches still have a large say (Austria, the Czech Republic and Germany), the power of judges in judicial governance has gradually increased.

While the unprecedented rise of the courts' decision-making power has been covered extensively in the literature, the increasing power of judges in selecting their colleagues and more generally in court administration has so far received much less attention. This is despite the fact that the rise of judicial councils and other bodies of judicial self-government is difficult to miss. A number of European policy-making bodies involved in this field

– not only the European Network of Councils for the Judiciary and the European Advisory Council of Judges, but also the Venice Commission and the European Commission have also published numerous guidelines and developed good practices for judicial panels.

Judicial councils are bodies designed to insulate the appointment, promotion, and discipline functions of judges from the partisan political process while ensuring accountability. Judicial councils sit somewhere between allowing judges to manage their own affairs and the alternative of full political control of appointments, promotions, and discipline. While the early model of judicial self-government arguably erred too much in favor of independence, pure political control could paradoxically make judges too accountable, in the sense that they would take into account the preferences of political elites when deciding particular cases. There are a variety of board models that balance demands for accountability and independence, and whose composition and powers reflect judicial concern in a particular context.

Let us immediately point out that there are many models of supreme judicial councils; In this context, justification and effect may be relevant. Most importantly, we need to note the fluid nature and political, social and cultural dependence of the higher boards developed in the context of judicial self-governance. As a matter of fact, contrary to the standard picture, the implementation of the boards developed in the context of judicial self-government in most European countries is not uniform and has been constitutionally structured to respond to political and social changes. However, what is important is the construction of politically responsible but strong judicial concepts and institutions. In many ways, this ideal type is more desirable than the traditional view that judicial independence is an unconditional good. Those who too often emphasize judicial independence fail to address the need for accountability, which provides the crucial other side of the coin. However, in a strong and effective judiciary, these two must be realized together.

As for our country, it should be said that our Republic Era constitutions contain provisions regarding the independence of the judiciary. However, recognition of the relevant principles and institutions is not sufficient to ensure the independence and impartiality of the judiciary. Therefore, the independence of the judiciary should be divided into two: “de jure”, that is, legal independence, and “de facto”, that is, actual independence. While legal independence reveals the taking of constitutional and legal measures to ensure that the judge is free from pressure and interference, actual independence indicates the reflection of judicial independence on society, that is, the trust in it in social perception. Indeed, it is necessary to mention the importance of society’s perception at this point. Studies conducted today point out that the fact that the judiciary is “believed” by the society to be independent and impartial is as important as the judiciary being “really” independent and impartial.

Below, on the axis of all these statements, the independence and impartiality of the judiciary in Turkey will be evaluated in the context of the Council of Judges and Prosecutors.

Keywords: Judiciary, Supreme Judicial Councils, Council of Judges and Prosecutors, Independence of the Judiciary, Impartiality of the Judiciary



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

HUKUK EĞİTİMİ

Yargı Reformu Kapsamında Karşılaştırmalı Bir Perspektiften Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Hukuk Eğitimi ve Hukuk Mesleğine Giriş

Ayşe Tuğba ÖZKARSLIGİL

Hukuk devleti ilkesi, bir devletin hukuk kuralları içerisinde hareket etmesi ve hukuk kuralları ile bağlı olması demektir. Hukuk kurallarının doğru bir şekilde oluşturulması ve uygulanması için şüphesiz iyi yetişmiş hukukçulara ihtiyaç vardır. Bu da ancak nitelikli bir hukuk eğitimi ile mümkündür. Bu durumun önemini, Harvard Hukuk Fakültesi (HLS) Profesörü ve Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) Yüksek Mahkeme yargıcı olarak görev yapmış olan Felix Frankfurter, bir ülkede “hukuk, hukukçular ne ise o'dur. Hukuk ve hukukçular da hukuk fakülteleri ne ise o'dur”^[1] şeklinde ifade etmiştir. Kuşkusuz, hukuk eğitimi bir ülkenin yargı sisteminin temelini oluşturur. Son yıllarda, ülkemizdeki yargı reformu kapsamında, en önemli konulardan biri hukuk eğitiminde ve mesleğe giriş sürecinde yapılması gereken reform çalışmalarıdır. Her ne kadar reformun gerekli olduğu hususunda birçok hukukçu hemfikir ise de nasıl bir reform yapılması gerektiği konusunda tam bir uzlaşma söz konusu değildir. Bu nedenle, hukuk eğitiminde gelişmiş ülkelerdeki benzerlikler ve farklılıklar, hukuk sistemlerinin işleyişini anlamamız için önem arz etmektedir. Bu bağlamda, bu bildiri, Türkiye ve ABD'deki hukuk eğitimi ve mesleğe giriş

[1] Stephen Wizner, “The Law School Clinic: Legal Education in the Interests of Justice” (2002) 70 (5) Fordham Law Review 1. Felix Frankfurter'in “The law is what the lawyers are. And the law and lawyers are what the law schools make them.” sözünden serbest çeviri yapılmıştır.

süreçlerini karşılaştırmalı bir perspektiften değerlendirmeyi ve ülkemizdeki hukuk eğitimi alanında yapılacak reform çalışmalarına katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Türkiye ve ABD’de hukuk eğitimi ve mesleğe giriş süreçleri ciddi farklılıklar göstermektedir. ABD’deki hukuk eğitiminin amacı, süresi, eğitim kalitesi ve uzmanlaşmaya imkân vermesi gibi özellikleri ile Türkiye’deki hukuk eğitiminden ayrılmaktadır. Türkiye’de hukuk eğitimi daha teorik ve lisans seviyesinde iken ABD’de uygulama ağırlıklı ve lisans sonrası seviyededir. Aslında, ABD’deki hukuk eğitiminin temel amacı, öğrencilere bir hukukçu gibi düşünmeyi ve hukuki muhakeme gücünü geliştirmeyi hedefleyerek onları profesyonel hayata hazırlamaktır. ABD’de uygulanan hukuk eğitimi anlayışı, HLS’nin ilk dekanı olan Christopher Langdell’in hukuk eğitiminde devrim niteliğinde “case method” (vaka incelemesi) yöntemini getirmesi ile başlamıştır.^[2] Böylelikle, Sokratik yöntem ile vaka incelemesi yaklaşımı başlamış ve bu model ABD’deki hukuk fakültelerinde etkili olmuştur. Dekan Langdell öncesinde ABD’deki hukuk eğitimi Türkiye’deki hukuk eğitimine benzer şekilde, mevzuat ve teorik bilgilerin ezberlenmesi üzerine kurulu bir sistemdi. Langdell ile birlikte, hukukun bir bilimsel disiplin olduğu ve hukuk eğitiminde, ancak somut davaların bilimsel olarak incelenmesi ile objektif hukuk kurallarının ortaya çıkacağı kabul edilmektedir.

Farklı hukuk sistemleri incelendiğinde, ülkemizdeki yargı sistemi reform çalışmalarının, hukuk eğitimini ve hukuk mesleklerine giriş süreçlerini de içerecek kapsamda yeniden tasarlanması gerekmektedir. Bu reform

[2] Russel L. Weaver, “Langdell’s Legacy: Living with the Case Method” (1991) 36 Vill. Law Review 517; Charles W. Eliot, “Langdell and the Law School” (1920) 33 (4) Harvard Law Review 518-522.

çalışmaları, hukuk fakültelerine giriş şartlarını, hukuk fakültelerinde ders işleme metotlarını, hukuk fakülteleri arasında nitelik bakımından bir standardın sağlanması ve mezuniyet sonrası hukuk mesleklerine giriş süreçlerini içerecek kapsamda olmalıdır. Bu bildiri, ABD'de hukuk eğitiminin evrimleşme sürecini inceleyerek, hukuk eğitiminin nasıl bir süreçten geçtiği ve bu sürecin ülkemizin yüzleşmekte olduğu hukuk eğitimindeki yargı reformuna ilişkin çözüm önerileri ve bir bakış açısı üretebilmek amacıyla kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Eğitimi, Hukuk Mesleklerine Giriş, Amerika Birleşik Devletleri'nde Hukuk Eğitimi, Hukuk Fakültesi, Yargı Reformu



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Dördüncü Oturum

KAMU AVUKATLIĞI

Kamu Avukatlarının İdari Hiyerarşideki Konumu (Sorunlar ve Çözüm Önerileri)

Onur ZEKİ

Kamuda çalışan avukatlar, kamu kurum ve kuruluşlarının her türlü hukuki ilişkilerinde danışmanlık görevini ifa eden ve meydana gelen hukuki uyuşmazlıklarda, görev aldıkları kurumu temsil eden meslek mensuplarıdır. Kamu kurum ve kuruluşlarının bünyelerinde avukat istihdam etmelerinin temel amacı, önleyici hukuk hizmetleri kapsamında, idari işlem henüz tesis edilmeden, avukatlara danışılarak tesis edilecek idari işlemin hukuka uygun olmasını güvence altına almak ve hukuki uyuşmazlıklara meydan vermemektir. Bunun yanında, idareden kaynaklanan veya kaynaklanmayan bir sebeple bir hukuki uyuşmazlık çıkması halinde devletin hukuki ve mali menfaatleri, yargı mercileri önünde, kamuda istihdam edilen avukatlarca savunulmaktadır. Görüldüğü üzere kamuda avukat istihdam edilmesi, önleyici hukuk metodu açısından bir fırsat ve aynı zamanda bir gerekliliktir. Zira devlet ve vatandaş arasında meydana gelecek bir hukuki uyuşmazlık hem adalet teşkilatını önlenebilir bir dava yükü ile karşı karşıya bırakacak hem de vatandaşın devlete olan bakışını olumsuz yönde etkileyebilecek, güven ilişkisini zedeleyebilecektir.

Ülkemizde kamu avukatları, genel bütçeye dâhil kuruluşlarda, özel bütçeli idarelerde, belediyelerde ve kamu iktisadi teşebbüslerinde istihdam edilmektedir. Atanma yöntemleri aynı/benzer olmasına rağmen, görev yaptıkları kamu kurumlarının farklı uygulamaları sebebiyle kamu avukatlarının idari hiyerarşideki konumları ve yetkileri yeknesak bir görünüm arz etmemektedir. Bu durum uygulamada birtakım haksızlıklara ve avukatlık mesleğinin önemi ve itibarı ile bağdaşmayacak sorunlara se-

bep olmaktadır. Örneğin bazı kurumlarda avukatlar görevlerini, hukukçu olmayan idarecilerin gözetimi altında sürdürmekte, avukatlarca hazırlanan ve yargı mercilerine sunulacak olan dilekçeler bu idarecilerin denetiminden geçmektedir. Yine bazı kamu kurum ve kuruluşları, bünyelerinde istihdam ettikleri avukatlara, görevleri ile doğrudan ilişkisi olmayan birtakım yükümlülükler getirmektedir. Bu sorunların çözülmesi, kamu kurum ve kuruluşlarının muhakemat hizmetlerini sağlıklı ve verimli şekilde yürütebilmeleri açısından elzemdir.

Bu çalışma avukat istihdam eden kamu kurum ve kuruluşlarının hukuk birimlerinin iç mevzuatlarına ve bu kurumların imza yetkileri yönetmeliklerine odaklanacak, bu düzenlemeler arasındaki farklı noktalar ortaya konacak, kamuda çalışan avukatların çalışma usul ve esasları konusunda yeknesaklığın sağlanması yönünde hangi tedbirlerin alınabileceği, kamu avukatlarının Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlığın mahiyeti" başlıklı birinci maddesinde öngörüldüğü üzere görev aldıkları kurumları tabi oldukları hiyerarşiden bağımsız olarak "serbestçe" temsil edebilmelerini sağlayacak şekilde kamuda çalışan tüm avukatların disiplin açısından, görev yaptıkları kurumlardan soyutlanarak, Hâkimler Savcılar Kurulu benzeri bir üst kurulun altında teşkilatlandırılabilmesi hususu tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: kamu avukatları, idari hiyerarşi, disiplin, üst kurul, önleyici hukuk

Koruyucu Avukatlık Ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Bağlamında Kamuda Çalışan Avukatlar

Tülay ÇOKAN

ÖZET

Kamuda koruyucu avukatlık pratiğinin artırılması ve kamunun taraf olduğu ihtilafların alternatif uyuşmazlık çözüm yolları marifetiyle çözümünün sağlanmasına yönelik olarak, kurum hafızası, işleyişi ve mevzuatına hakim, daha da önemlisi uyuşmazlığın art etkilerini öngörebilecek nitelikteki kamu avukatlarının meslekî özerkliğinin sağlanması, kamunun taraf olduğu yüz binlerce dosyanın yargıya intikalini önleyeceği gibi Hukuk Devleti İlkesinin gerçekleştirilmesine büyük katkı sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kamu avukatlığı, koruyucu avukatlık, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, meslekî özerklik, yargı reformu

Public Sector Lawyers In The Context Of Preventive Advocacy And Alternative Dispute Resolution Methods

ABSTRACT

In order to increase the practice of protective advocacy in the public sector and to ensure the resolution of disputes in which the public is a party through alternative dispute resolution methods, to ensure the professional autonomy of public lawyers who are well-versed in the memory of the institution, its functioning and legislation, and more importantly, who can foresee the after-effects of the dispute, to ensure the transfer of hundreds of thousands of files to which the public is a party to the judiciary. It will prevent and contribute greatly to the realization of the Rule of Law Principle.

Keywords: Public sector lawyers, preventive advocacy, alternative dispute resolution methods, autonomy, judicial reform

“Devletin Avukatı” olarak tanımlayabileceğimiz kamu avukatları, Prof. Dr. Ejder YILMAZ’ın deyişiyle “kamu gücü kullanan kurum ve kuruluşların her türlü hukukî ilişkilerine yön veren ve ortaya çıkan uyuşmazlıklarda da onları temsil eden meslek mensuplarıdır.”^[1] Kamu avukatları, dava takibi, hukukî görüş, mevzuat taslağı hazırlanması ile hukukla irtibatlandırılacak hemen tüm işlemlerin muhatabı ve çözümleyicisi konumundadır.

Genel ve Özel bütçeli kamu idarelerinde hukuk hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin temel metin 659 sayılı KHK’dır. Öyle ki, KHK’nın kapsamına almadığı kamu idarelerinde dahi uygulama 659 sayılı KHK’nın çizdiği çerçevede yürütülmektedir. 659 sayılı KHK incelendiğinde, bir kamu avukatının, ihtarname çekmekten uluslararası tahkimde temsile kadar çok geniş bir yetkiyi haiz olduğu görülecektir. Kurum işleyişi, kültürü ve mevzuatına hakim olan, böylece somut ihtilafın olası art etkilerini öngörebilme yeteneğine sahip kamu avukatlarının, mevzuatında yer alan “davanın yargıya intikal etmezden evvel sulh ile çözümlenmesi” tavsiyesine uymasına somut koşullarda imkan bulunmamaktadır.

Kamusal hiyerarşide hukuk birimleri birer destek birimi olarak teşekkül ettirilmiştir. İcracı birimler tarafından tesis edilecek işlemlerde düşülen tereddütleri gidermek maksadıyla hukuk birimlerinden görüş istenilmektedir. Görüşler, kesin ve yürütülebilir olmayan, tavsiye niteliğinde idari işlem niteliği taşımakla birlikte uygulamada etkisi talimat hükmündedir. Fiilî durum kamu avukatınca bilindiğinden bu hususta ihtiyatlı davranılmakta; bilhassa malî hususlara müstenit görüşlerde kesin bir yargıya varmaktan imtina edilmektedir.

Aynı çekince evleviyetle dava takibi sürecinde etkisini göstermekte; eksik yahut geç gelen belgeler kamu avukatının tahmin ve kotarma beceresi çerçevesinde savunma yahut dava dilekçesine dönüşmektedir. Kamu bürokrasisinde mevcut bu atalet, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri aşamasında avukatın elini kolunu bağlamakta; bu aşamalar meslektaşları-

[1] E. YILMAZ, Kamuda Çalışan Avukatlar, AÜHF Dergisi Yıl 2008, s.738, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/626995> (çevirimiçi)

mız açısından hadisenin bir an evvel hakim tarafından çözüme kavuşturulması için aşılması gereken bir engelden öteye geçememektedir.

Günümüzde yargıda iş yükünün azaltılması ve hukukî ihtilafların tarafların iradelerine uygun biçimde çözümlenebilmesi ve kalıcı bir sulh halinin temini bakımından gittikçe önem kazanan arabuluculuk ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, kamunun taraf olduğu binlerce dosya bakımından işlerlik kazanabilmesi ancak kamu avukatlığının görev tanımının memurluktan avukatlığa yaklaştırılması, diğer bir deyişle idari ve mali anlamda özerkleştirilmesi ile mümkün olabilecektir. Memur yanı güçlenirken meslekî özerkliği bulunmayan, kendisine tevdi edilen işi reddetme özgürlüğünden yoksun kamu avukatı, müvekkilinin hiyerarşisi altında çalışmaktadır. İroniktir, hiyerarşisi altındaki müvekkilinin suç kabilinden bir eylemini bildirmemesi dahi suç olarak tanımlanmıştır.^[2] Kamu avukatlığı bu haliyle ne memurluk ne avukatlık kılıfına sığmaktadır. Nimet külfet dengesinin hep aleyhine büküldüğü kamu avukatlığının, vereceği mütalaa ile hukuka aykırı işlemi kaynağında önleyebilmesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında aktif rol oynayabilmesi, tecrübe ve bilgisi ile bir ihtilafı sulh prosedürü ile çözümleyebilmesinin yargıda iş yükünü ciddi biçimde azaltacağı açıktır.

Kamunun taraf olduğu uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözümü ile halinde özellikle gözetilmesi gereken bir diğer husus, Devlet'in eşitlik ilkesine uygun hareket etmesinin teminidir. Her ne kadar bu yöntemlerin gizlilik prensibine göre yürütülmesi esas ise de, bir tarafının Devlet olduğu benzer uyuşmazlıkların birbirinden tamamen farklı neticelenmesi kamu vicdanını zedeleyici neticeler doğurabilecektir.

Kamuda gerek koruyucu avukatlığın gerekse alternatif çözüm yollarının işlerlik kazanabilmesi günümüz koşullarında mümkün değildir. Kamu avukatlarının meslekî özerkliğin münhasır bir meslek kanunu ile güvence altına alınması gerekmektedir.

[2] Bkz.5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, “Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi” başlıklı 279 uncu maddesi



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları Birinci Oturum

**HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ
BIRAKILMASI**

Kovuşturmayaya (Kamu Davasına) Alternatif Yöntemler Bağlamında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu

Hakan A. YAVUZ

Adil yargılanma hakkına ilişkin uluslararası insan hakları belgeleriyle şekillenen teminatların, ülkemizin de dâhil olduğu birçok ülkede yapılan düzenlemelere konu olmasıyla birlikte, işlenen tüm suçlar bakımından geleneksel *ceza muhakemesi* yöntemlerinin eksiksiz bir şekilde uygulanması ve tamamlanması artık zaman ve kaynak bakımından mümkün görünmemektedir. Suç tiplerinin çeşitliliğı ve işlenen suç sayılarındaki artış ile adil yargılanma ilkesi dolayısıyla ihdas edilen düzenlemelerin gerekli kıldığı daha fazla maliyet ve daha yoğun emek gerektiren yöntemler nedeniyle, günümüzde birçok ülkede *usul ekonomisi ilkesine* öncelik verilmektedir. Karşılaştırmalı hukuk örneklerine bakıldığında, bunun bir yansıması olarak, özellikle *haksızlık içeriğı az olan suçlar* bakımından aşırı dosya yükü ile baş edebilmek için *yargılamasız ceza olmaz ilkesinden (nulla poena sine iudicio/no punishment without trial)* bütünüyle veya belirli ölçülerde ayrılmak suretiyle vücut bulan; genel olarak “kovuşturmayaya/kamu davasına alternatif yöntemler (*alternatives to prosecution*)” olarak kabul edilen *diversiyon/ceza yargılaması yolundan çıkarma (diversion)* ve “alternatif kovuşturma yöntemleri” olarak kabul edilen *kısaltma/sadeleştirme/basitleştirme/ hızlandırma(shortcut/abbreviated/expedited/summary proceeding)* gibi ifadelerle anılan iki temel yöntem bağlamında uygulama yapılmaktadır.

Kovuşturmayaya alternatif yöntemler, suç niteliğindeki bir fiil hakkında kamu davası açılmasına yetecek ölçüde şüpheye ulaşılmasına ve kamu davası açılmasının önünde hukuki veya fiili bir engel de bulunmamasına

rağmen meselenin kovuşturma evresine taşınmaksızın savcılık süjesinin kontrolünde ve/veya takdirinde, doğrudan veya mahkeme/hâkim onayına tabi olarak bir karar verilmesi suretiyle soruşturma evresini sonuçlandıran yöntemlerdir.

Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki kovuşturmaya alternatif yöntemler; Kovuşturma yapılmasından feragat olarak isimlendirdiğimiz, *takdir yetkisinin kullanılması suretiyle kamu yararı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (CMK m. 171), kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK m. 171/2 vd), önödeme (TCK m. 75) ve uzlaştırma (CMK m. 253) ile bir ceza kararnamesi formu olarak kabul ettiğimiz seri muhakeme usulü (CMK m. 250) olarak sınıflandırılabilir.*

Anayasa Mahkemesi, “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” kurumuna ilişkin olarak çok yakın bir tarihte **üç** farklı karar vererek, kuruma ilişkin çok önemli bir tartışma başlatmıştır. Bireysel başvuru kapsamında verilen ilk karar (05.07.2022 tarihli Atilla Yazar ve diğerleri kararı, başvuru no: 2016/1635) ile bir bütün kurumun başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin sürekli ihlallerine yol açan yapısal sorunlar ihtiva ettiği ve söz konusu sorunların kanun koyucunun düzenlemesi dışında bir yolla ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşıldığı belirtilerek, söz konusu başvurular bakımından ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu kararın hemen akabinde bu kez norm denetimi kapsamında verilen bir kararla (20.07.2022 tarih ve 2021/121 **Esas sayılı karar**) Mahkeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına yönelik olarak CMK’nın 231. maddesinin 12. fıkrasındaki itiraz kanun yoluna ilişkin düzenlemeyi, etkili bir başvuru yolu olmadığı ve bu nedenle Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Son karar (01.06.2023 tarih ve 2022/120 Esas sayılı karar) ise kurumu bir bütün olarak ortadan kaldır-

maya yönelik olmuştur. Kararla kurumun düzenlendiğı CMK'nın 231. maddesinin 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 ve 14. fıkralarını iptal edilmiştir. Kararda, düzenlemede öngörölen itiraz kanun yolunun etkinliğı, müsadere sorunu, mağdur bakımından etkili bir giderim sağlamaması ve cezasızlık algısı yaratılması gibi nedenlerle kurum Anayasaya aykırı bulunmuştur.

Sözü edilen kararlar, doktrinde öteden beri çok ağır eleştirilere ve uygulamacılar tarafından da yakınmalara konu edilen kurumu tartışmaya açmıştır. Karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinden çok temel bazı yönleri bakımından farklılıklar taşıyan ve daha önemlisi ceza mahkemelerince verilen mahkûmiyet kararları arasındaki oranı (2020 yılı için yaklaşık yüzde 25) nedeniyle yoğun bir uygulaması bulunan kurum, Mahkeme kararındaki tabirle uygulamada “*usul istismarına*” konu olmaktadır. Uygulamada bir tür cezasızlık algısına neden olan, sistemin daha zahmetli ve uzun olan kovuşturma evresinde biriken yoğunluğun azaltılmasından ziyade artmasına yol açan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna kanaatimizce artık ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira mevcut durumda esasen kuruma atfedilen amaç ve fonksiyon, seri muhakeme usulünün ihdas edilmesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve **önödeme yöntemlerinin uygulama alanının genişletilmesi sonrasında gerçekteşmektedir.** Gerçekten de, sözü edilen kovuşturmayaya alternatif yöntemlerle sürecin hemen başında, soruşturma evresinde bir filtreleme gerçekteşmekte, hem kamu yararı bakımından hem de fail ve mağdur bakımından, kovuşturma evresinin, infaz edilemeyen bir karar için tamamlanması adına yapılacak işlemlere gerek kalmamaktadır. Bu itibarla, söz konusu kurum **bütünöyle ortadan kaldırılmalı, bir koşullu feragat türü** olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması için hâlihazırda **öngörölen içerik ve koşullarla, belirlenen süre içerisinde yeni bir** suçun işlenmemesinin yanı sıra faile aktif ya da pasif yükümlölükler yüklenebilen bir formatta kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu bağlamında bir düzenleme yapılmalıdır.

Bildiride, sözü edilen yöntemler karşılaştırmalı hukuk bağlamında kısaca anlatıldıktan sonra Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararları ve

bunların genel olarak sisteme ve uygulamaya yansımaları, getirilecek **önerilerle birlikte** ayrıntılı bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kovuşturmaya (Kamu Davasına) Alternatif Yöntemler, Seri Muhakeme Usulü, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Anayasa Mahkemesi

Ceza Muhakemesi Hukukunda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) ve İtiraz Kanun Yolunun Etkinliği Sorunu

Köroğlu KAYA^[1]

Suç siyaseti ve ceza felsefesinin temel hedeflerinden birisi, suçun faille-rini topluma yeniden kazandırmaktır. Suç işlemiş ve dolayısıyla toplum-sal düzene muhalefet etmiş olan kimseleri topluma yeniden kazandırma amacı güden onarıcı adalet anlayışının bir tezahürü ve gereği olarak, al-ternatif yaptırım ve infaz yöntemleri tanzim edildiği görülmektedir. Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet kararının belirli bir süre askıya alınmasını ifade eden ve erteleme kurumunun bir görünümü olarak karşımıza çıkan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu mezkur yöntemlere ör-nek olarak verilebilir. 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu m.231`de dü-zenlenmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, cezanın bireysel-leştirilmesine ve birey ile devlet arasındaki menfaatler dengesinin yeniden tesisine hizmet eden bir mahiyeti haizdir.

Kurulan hükmün sanık hakkında belirli bir denetim süresi içerisinde ve/veya sonrasında mahkûmiyete bağlı bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu; niteliği, ön-görülen kanun yolu ve temel haklarla (bilhassa masumiyet prensibi ve adil yargılanma hakkıyla) ilişkisi bakımından önemli sorun alanlarına da ev sahipliği yapmaktadır. Nitekim hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ve mezkur kurumun işleyişinin masumiyet prensibi, adil yar-

[1] Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, k.kaya@aybu.edu.tr – mecelle.law@gmail.com

gılanma hakkı, mülkiyet hakkı, yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili sorunlara neden olduğu Anayasa Mahkemesi'nin muhtelif bireysel başvuru kararlarıyla da ortaya konulmuştur.

5271 s. CMK m.231/12 uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, itiraz kanun yoluna tabi kararlardandır. Bununla birlikte, yargısal bir karara karşı itiraz kanun yoluna başvurma imkânının tanınmış olması, tek başına yeterli olmayıp bu yolun aynı zamanda uygulamada da başarı şansı sunması, etkin ve etkili olması elzemdir. Ne var ki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz kanun yolunun açık olduğunu düzenleyen hüküm; bu yasal yola başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu ortaya koyamadığı açıktır.

Nitekim hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz üzerine, şekli şartların oluşup oluşmadığı hususlarında sınırlı bir inceleme yapılması ve suçun sübutuna yani esasa ilişkin bir inceleme yapılmaması gerektiği yönünde kararlar veren Yargıtay, daha sonra söz konusu kurumun şekli şartlarının yanı sıra esas yönünden de bir inceleme yapması gerektiği yönünde kararlar vererek pratik bir belirsizliğe ve hukuki istikrarsızlığa yol açan bir tutum sergilemiştir. O kadar ki Yargıtay'ın kendi daireleri arasında dahi farklı uygulamalara gidildiği vakidir.

Her ne kadar, Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.2022 tarihli iptal kararı üzerine, ilgili hüküm 28.03.2023 tarihinde yeniden düzenlenerek itiraz mercinin incelemesini usul ve esas yönünden yapabileceği hüküm altına alınmış ise de HAGB kurumunun mahiyeti ve itiraz kanun yolunun etkinliği etrafında temerküz eden tartışmalar, Anayasa Mahkemesi'nin 01.06.2023 tarihli iptal kararına kadar giden yolu hazırlamıştır. Kaldı ki,

ceza muhakemesi kanununda, hüküm çeşitleri olarak “*beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi*” kararları tahdidi bir biçimde sayıldığından, HAGB kararına itirazın mahiyeti itibariyle teknik anlamda bir itiraz kanun yolu teşkil edip etmediği de tartışmalı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

HAGB kurumunun, kabulünden bugüne kadar muhtelif yasal düzenleme ve değişikliğe konu edilmesi, itiraz kanun yoluna ilişkin düzenlemenin mahiyeti ve pratik tezahürünün farklı şekillerde anlaşılması ve uygulanması, kurum ve kavramla ilgili sağlıklı teorik bir zeminin ve dolayısıyla bir içtihat birliğinin sağlanamamasına yol açmıştır. Bu durumun doğal ve kaçınılmaz bir sonucu olarak, HAGB kurumu ve HAGB kararlarına karşı öngörülen itiraz kanun yolunun etkinliği, üzerinde durulması gereken önemli bir soru(n) olarak karşımızda durmaktadır.

Bu bağlamda, onarıcı adalet düşüncesiyle ihdas edilen ve fakat pratikte ödetici ve cezalandırıcı bir enstrümana dönüşen veya dönüştürülen HAGB kurumunun, kendisinden beklenen etkinliği ve faydayı gösterebilmesi için nasıl bir yaklaşım ortaya konulması gerektiği hususu; teorik izahlar, bilhassa Anayasa Mahkemesi’nin mezkur iptal kararları ile yargısal içtihatlar çerçevesinde ve mukayeseli hukuktaki örneklerle birlikte ele alınacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) Düzenlemesini İptal Kararı Üzerine İnceleme

Süleyman ÖZAR

Hukuk kuralları ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaçları gibi ölçütlerle şekillenen bir hukuk politikasına göre yasa koyucu tarafından yapılır. Hukuk devletinde Anayasa'nın çizdiği çerçeve yasa yapımında esastır, temel belirleyicidir. Bu sınırın denetimi de Anayasa Mahkemesindedir.

Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin itiraz başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi; 1/6/2023 tarih, E.2022/120, K.2023/107 sayılı kararıyla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 5 ila 14. fıkralarında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kurumunun iptaline oyçokluğu ile karar vermiştir. İptal kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak 1 yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. 1 Ağustos 2023 tarihinde yayınlanan karar doğrultusunda yasa koyucu başkaca bir düzenleme yapmazsa uygulamada 1 Ağustos 2024 tarihine kadar HAGB kararı verilmesi mümkündür.

HAGB kurumu, ceza adalet sistemimize girdiği günden beri tartışmaların odağında olmuştur. Bu usul mevzuatımıza ilk olarak 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile girmiştir. 2006 yılında CMK'da yapılan değişiklikten sonra yetişkinler için de uygulanabilir hale gelmiş ve hatta Çocuk Koruma Kanunu'ndaki HAGB usulü de CMK'daki hükümlere tabi kılınmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 231. maddesinde düzenlenmiş olan HAGB, sanık hakkındaki mahkumiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eder. Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlen-

mediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülöklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

Bu bağlamda Yerel Mahkeme, HAGB kararı verilmesinin mağdurlar açısından yeterli giderim sağlamadığı, faillerin cezadan muaf tutulmasına yol açtığı ve devletin kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme şeklindeki yükümlülüğünü yerine getiremediği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, CMK'nın 231. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın 13., 17., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bu iptal nedeniyle uygulanma imkanı kalmayan diğer kuralları da Mahkeme tamamen iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararını özetle şu gerekçelere dayandırmaktadır:

- Sanığın geçerli bir feragat iradesine dayanmaksızın karara karşı istinaf kanun yoluna başvuru imkânından mahrum bırakılmasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkını sınırlaması.
- Sanığa HAGB'yi kabul edip etmediğine yönelik sorunun mahkûmiyet hükmünün ardından sorulmasına yönelik bir usule ilişkin güvencenin bulunmaması nedeniyle kuralın kanunilik şartını sağlamaması, ayrıca sanığa aşırı bir külfet yükleyerek ölçölülükten uzaklaşılması.
- Müsaderenin HAGB kararı verilmesi durumunda hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin olarak açık bir kanun hükmünün bulunmaması.
- Kmu görevlisinin işlediği iddia olunan işkence, eziyet ve kötü muamele gibi fiiller yönünden HAGB kurumunun uygulanmasının, sanığın infaz edilebilir bir ceza almaması sonucunu doğurması.

Bu kapsamda oluşacak bildirimizde, Mahkemenin gerekçeleri uygulamadaki yansımaları da dikkate alınarak incelenecektir. Belirtmek gerekir

ki, Anayasa Mahkemesi hukuk boşluğunun oluşmaması için iptal kararının yürürlüğünü ertelediğinde, yasama organına düşen, iptal kararına uygun bir düzenlemeyi bir an önce çıkarmaktır. Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen bir konuda aynı veya benzer içerikte bir yasal düzenlemede ısrar edilmemesi anayasal bir yükümlülüktür.

Dr. Süleyman ÖZAR

Ankara Batı C. Başsavcı Vekili, ozarsuleyman@gmail.com



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları İkinci Oturum

ADALETE ERİŞİM

Kadınların Adalete Erişiminde Bir Engel Olarak Toplumsal Cinsiyet Kalıp Yargıları

Damla ALVER

İnsan haklarını ve hukuk tarafından tanınan diğer hakları korumanın ve bu hakların gereklerinin yerine getirilmesinin temel bir koşulu olan adalete erişim, hakların bilinmesiyle başlamakta, ilgili kurumlara başvurabilme-yi, adil bir karar verilmesini ve bu kararın uygulanmasını içermektedir. Adalete erişimi bu kadar geniş bir kavram olarak ele almak, adalete erişebilmenin aslında bir adaletsizlikle karşılaşana kadar, diğer haklara sahip olunmasını da, örneğin eğitim hakkına erişilebiliyor olunmasını, gerektirir görünmektedir. Bunun yanı sıra, toplumdaki yapısal adaletsizliklerin de giderilmesinin önemli olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle, adalete erişimi yalnızca hukukla ilgisinde değil, genel olarak bir kişinin insan onuruna uygun bir şekilde ve insan haklarının gereklerinin yerine getirildiği şekilde yaşıyor olmasıyla ilgisinde de düşünmek gerekmektedir. Adalete erişimde karşımıza çıkan engelleri de bu çerçeveden ele almak mümkün görünmektedir. Adalete erişimde yaşanan engellerle ilgili pek çok sınıflandırma olmakla birlikte, Avrupa Konseyi'nin yaptığı ayrım da, diğer ayrımlar gibi, bu çerçeveyi kapsamaya uygun görünmektedir. Buna göre, adalete erişimde karşılaşılan engeller hukuki-kurumsal ve sosyo-ekonomik- kültürel şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulur. Bu yazıda, toplumsal cinsiyet eşitsizliği sebebiyle hem adaletsizliklerle karşılaşma hem de bu adaletsizliklerin adil bir şekilde giderilmesi konusunda engellerle karşılaşan kadınların adalete erişimi ele alınacaktır. Hukuki-kurumsal ve sosyo-ekonomik ve kültürel engeller, toplumsal cinsiyet kalıp yargılarıyla ilişkisinde, örneklerle incelenecektir. Örneğin bir sosyo-ekonomik ve kültürel engel olarak karşımıza çıkan, kadınların bakım hizmetlerini gerçekleştiriyor olmaları

sebebiyle kurumlara başvurmak için evden çıkamıyor olmalarının, kadının evin sorumluluğunu üstlenen, çocuklara bakan olması gerektiğine ilişkin toplumsal cinsiyet normuyla ilişkili olduğunu söylemek mümkündür.

Anahtar kelimeler: toplumsal cinsiyet, adalete erişim, engel

Türkiye’de Kadınların Adalet Erişiminin Ölçülmesi: Medeni Hukuk Davaları İçin Önerilen Göstergeler

Seher KIRBAŞ CANIKOĞLU, Çağla ŞAHİN

Adalet erişim ve dolayısıyla Kadınların Adalet Erişimi hakkında yapılan veri toplama faaliyetlerinin ceza hukuku ekseninde yapıldığı gözlemlenmektedir. Fakat Medeni Hukuk, İdare Hukuku, Anayasa Hukuku, İcra Hukuku gibi hukukun diğer alanlarında veri toplamak, ölçme, izleme ve değerlendirme yapmak bir tarafa; hangi verilerin toplanması gerektiği konusunda yeterince düşünülmediğini ve sorunsallaştırılmadığını, göstergeler olmadığını dahi söylemek mümkündür. Bu konuda uluslararası düzeydeki az sayıda kaynakta yer alan göstergelerin önemli bir kısmının ise, ülkemiz açısından anlamlı olmadığı görülmektedir. Hukukun diğer alanlarında Kadınların Adalet Erişimi hakkında ölçme, değerlendirme ve izleme çalışmalarının yapılabilmesi için; öncelikle bu alanlar özelinde kadınların durumu üzerinde düşünmek ve göstergeler üzerinde konuşmak gerekmektedir.

Birleşmiş Milletler nezdinde 2015 yılında yürürlüğe giren Sürdürülebilir Kalkınma Ajandası kapsamında adalet erişim, sürdürülebilir kalkınmanın temel unsurlarından biri ve “herkes için adalet”^[1] kavramı, öncelikli bir hedef olarak ön plana çıkmaktadır.^[2] Aynı yıl içinde kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Komitesi 33 Numaralı Tavsiye Kararı ile, herkes için adalet kavramının artan öne-

[1] Küresel Amaçlar UNDP Türkiye, *Barış, Adalet ve Güçlü Kurumlar* (2023), [Link](#)

[2] Birleşmiş Milletler Kadın Birimi (UN Women) ve Avrupa Konseyi (Nisan, 2022), *Kadınların Karşılaştığı Özel Zorluklar Dahil Adalet Erişimin Ölçülmesine Yönelik Çerçeve*, s 10.

mine paralel olarak, kadınların adalete erişiminin önemine odaklanılmış ve adalete erişimin temel unsurları belirlenmiştir.^[3] Komite'nin kadınların adalete erişimini arttırmak amacıyla önerdiği tedbirler arasında verilerin toplanması ve göstergelerin kullanılması da bulunmaktadır.^[4] Bu göstergeler üzerinde düşünürken, dikkate alınması gereken önemli hususlar; ölçülebilir olması, hem uygulayıcılar hem de kamuoyu nezdinde anlamlı olması ve kadınların bu alanlara ilişkin adalete erişimindeki zorlukları ortaya koyabilir olmasıdır. Bu son husus için temel unsur ise, toplumsal cinsiyete duyarlı olmasıdır.

Bu bildiride, Kadınların Adalete Erişiminin ölçülmesi ve izlenmesinde ihmal edilen hukuk alanlarından bahsedilecek ve hangi göstergeler hakkında veri toplanması gerektiği, izleme ve ölçme faaliyetleri yapılması gerektiği konusunda fikirler ve uluslararası iyi örnekler paylaşılacaktır.

Bu alanların çoğunun ve kadınların hukukun bu alanlarında adalete erişimindeki engellerin azaltılmasının; kadınların maddi güçleri ve maddi bağımsızlıklarıyla, mal varlıklarının dağılımında kadınlar aleyhine olan durumla da doğrudan ilişkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu alanlarda kadınların adalete erişimindeki engellerin azaltılmasının, cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik çabaların güçlendirilmesine olumlu bir etkisi vardır.

Kadınların adalete erişiminin artırılması, erişimi önündeki engellerin/zorlukların en azından azaltılması, uzun soluklu çabalar sonunda hayata geçebilir. Bu bakımdan da bu bildiride bahsedilen ve önerilen aracılığıyla ilgili paydaşlar tarafından ölçümlerin yapılması, ölçümler sırasında ortaya

[3] *Kadınların Karşılaştığı Özel Zorluklar Dahil Adalete Erişimin Ölçülmesine Yönelik Çerçeve*, s 11.

[4] *Kadınların Karşılaştığı Özel Zorluklar Dahil Adalete Erişimin Ölçülmesine Yönelik Çerçeve*, s 12.

Türkiye’de Kadınların Adalete Erişiminin Ölçülmesi:
Medeni Hukuk Davaları İçin Önerilen Göstergeler

çıkacak verilerin analiz edilerek iyileşme alanları ve adımlarının belirlenerek uygulanması, izlemenin yapılması, iyileştirici adımlarının etkilerinin tespiti ve yeni aksiyonların belirlenmesi yoluyla tüm bu faaliyetlerin süreklilik kazanacak şekilde devam etmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Adalete erişim, adalete erişimin temel unsurları, kadınların adalete erişimi, hukuk davalarında kadınların adalete erişiminin ölçülmesi, toplumsal cinsiyete duyarlı gösterge.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

**İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ
PERSPEKTİFİNDEN ANAYASA
DEĞİŞİKLİĞİ SORUNUNUN ANAYASAL
YORUMDA GÖRÜNÜR OLDUĞU
KONULAR**

Serbest Seçim Hakkına İlişkin Bir Değişiklik Gerekli Mi?

Furkan YILMAZ^[1]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), vermiş olduğu kararlarda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) Başlangıç kısmına ithafen “etkili bir siyasal demokratik rejim” ile Sözleşme arasında sıkı bir bağ bulunduğuna dikkat çekmektedir.^[2] Bu bağlamda Ek Protokol 1'in 3. maddesi yalnızca yasama organının seçimini kapsamına alsada en azından bu bakımdan serbest seçim hakkı İHAM'ın içtihadında demokrasinin karakteristik bir ilkesi olarak ele alınmaktadır.^[3] Sözleşmeciler devletlerin serbest seçim hakkının zımni sınırlandırılması konusunda takdir marjı vardır fakat sınırlamaların hakkın özünü ve etkili kullanımını zedelememesi, meşru bir amaç taşıması, orantılı olması ve yasama organının seçiminde halkın fikirlerini özgürce ifade etmesini engellememesi gerekmektedir.^[4]

Serbest seçim hakkı Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenmektedir ve maddenin 5. fıkrası serbest seçim hakkına ilişkin kısıtlamalar getirmekte-

[1] Arş. Gör. Furkan Yılmaz, furkan.yilmaz@ogu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5015-9309.

2019 yılında Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans programını 2023 yılında tamamlamıştır. Doktora çalışmalarını Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde sürdürmektedir. Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Anayasa Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisidir.

[2] TBKP/Türkiye, B. No: 133/1996/752/951, 30/01/1998. Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika, B. No: 9267/81 02.03.1987.

[3] Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika, p. 47.

[4] Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika, p. 52.

dir: “Silah altında bulunan er ve erbaşılar ile askeri öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar”. Fıkranın ilk hâli “silah altında bulunan er ve erbaşılarla, askeri öğrenciler, ceza ve tevkif evlerinde bulunan tutuklular ve hükümlüler oy kullanamazlar” şeklindedir. 1995 değişikliği ile tutuklular ve taksirli suçlardan hüküm giyenler seçim hakkına ilişkin sınırlamanın kapsamından çıkarılmış, ceza infaz kurumlarında bulunan diğer hükümlüler sınırlama kapsamında bırakılmıştır. Sınırlama alanını daraltan bu değişikliğe rağmen İHAM kararları incelendiğinde bu değişikliğin serbest seçim hakkı bakımından yetersiz kaldığı anlaşılmaktadır. *Hirst/Birleşik Krallık (no.2)* davasında Mahkeme, orantılılık ölçütüne dayanarak suç ve cezaların niteliklerine ilişkin hiçbir ayırım yapılmaksızın hükümlülerin kategorik olarak oy kullanma hakkından yoksun bırakılmasını hak ihlali şeklinde hükme bağlamıştır. Aynı konuda açılan davalarda verdiği kararlar Mahkeme’nin bu konudaki içtihadının büyük ölçüde yerleşiklik kazandığını göstermektedir. Mahkeme, *Söyler/Türkiye* davasında da hiçbir ayırım gözetmeksizin her kasıtlı suç mahkûmuna oy hakkı bakımından kısıtlama getirilmesini devletin takdir yetkisi dışında görerek ihlal kararı vermiştir. Sorun, ihlalin doğrudan Anayasa’daki hükmün kendisinden kaynaklanmasıdır.

Anayasa Mahkemesi (AYM), *Sevim Akat Ekşi* kararında Anayasa’nın (mad. 90/5) “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmünü hatırlatmış ve doğrudan andlaşma hükmü ile değil hükmün İHAM içtihadında ele alınışı ile çatışma hâlinde de İHAM içtihadını kanuna öncelemiştir. Doğrudan Anayasa hükmü ile İHAM içtihadının çatışması durumunda ne olacaktır? AYM, *Musa Kaya* davasında Anayasa’nın açık hükmüne göre kasıtlı bir suçtan

cezaevinde mahkûm bulunan başvurucunun oy kullanma hakkına yönelik başvurusunun Anayasa’da korunmayan bir hakka yönelik olduğuna ve konu bakımından yetkisizliğe karar vermiştir. AYM, “bireysel başvuru incelemelerinde ölçü norm Anayasa’nın bizzat kendisidir” diyerek İHAM içtihadı karşısında Anayasa’nın açık hükmünü esas almaktadır. Anayasa ile İHAM içtihadının çatıştığı serbest seçim hakkı hususunda çatışmanın yorum yoluyla aşılamayacağını ve bu nedenle serbest seçim hakkına ilişkin Anayasa’da bir değişikliğe ihtiyaç olduğunu söylemek mümkündür.

Anahtar Kelimeler: serbest seçim hakkı, mahkûmların oy kullanma hakkı, demokrasi, orantılılık ölçütü, anayasa değişikliği.

Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanma Ölçütlerinde Bir Değişiklik Gerekli mi?

Necdet Umut ORCAN^[1]

Anayasa'nın 13'üncü maddesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmalarına yönelik çok sayıda ölçüt içermektedir. Bu ölçütlerden bazılarının kapsamaları önemli ölçüde kesişmektedir. Bu kesişim teoride benzer içeriklere sahip ve karşılaştırmalı hukukta genellikle birbirlerinden türetilen "hakkın özüne dokunmama" ("hakkın özü"), "demokratik toplum düzeyinin gereklerine aykırı olmama" ("demokratik toplumda gereklilik") ve "ölçülülük ilkesine aykırı olmama" ("ölçülülük") ölçütleri için özellikle geçerlidir. Anayasa Mahkemesi ("AYM") de bu ölçütler arasındaki ilişkiyi netleştirebilmiş değildir. Tebliğin amacı Anayasa'nın 13'üncü maddesinde düzenlenen sınırlamanın sınırları arasındaki içeriksel karmaşayı ortaya koymak ve bu karmaşanın çözümü için bir anayasa değişikliği gerekip gerekmediği sorusunu incelemektir.

Birinci bölümün ilk kısmı ölçütlerin teorideki ve karşılaştırmalı hukuktaki anlamları araştırılacak, karmaşanın AYM uygulamasında değil metinde başladığı ortaya koyulacaktır. Gerçekten de ölçülülük, demok-

[1] * ORCID: 0000-0002-9161-1928, necdetumutorcan@gmail.com

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Anabilim Dalında öğretim elemanıdır. Lisans ve yüksek lisans öğrenimini Marmara Üniversitesinde, doktora öğrenimini Galatasaray Üniversitesinde görmüştür. Lisans öğrenimi sırasında Erasmus öğrenci değişim programı kapsamında bir akademik yılı Siena Üniversitesinde geçirmiştir. Doktora öğrenimi sırasında Fulbright Doktora Tezi Araştırma Bursu kapsamında Wisconsin Üniversitesinde Prof. David S Schwartz'ın danışmanlığında çalışmalar yürütmüştür. Çok iyi derecede İtalyanca ve İngilizce, orta seviyede Fransızca bilmektedir. Çalışmaları temel haklar hukuku ve anayasa hukukuna yoğunlaşmaktadır.

ratik toplumda gereklilik ve hakkın özü ölçütleri başka hiçbir anayasada bir arada düzenlenmemektedir. Dolayısıyla metnin en azından ilk bakışta sorun yaratmaya elverişli olduğu görülmektedir. Birinci bölümün ikinci kısmında karmaşanın AYM içtihadındaki yansımaları ortaya koyulacaktır. Anayasa Mahkemesi, özellikle demokratik toplum hakları bakımından geçerli olmak üzere ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinden mülhem inceleme yöntemi nedeniyle bu üç ölçüt arasındaki ilişkiyi netleştirebilmiş değildir. İçtihatla (bunlarla sınırlı kalmamakla birlikte) bu üç ölçütlerin aynı içeriğe sahipmişçesine tanımlandıkları, birbirlerinin bazen alt bazen üst ölçütüymüş gibi tarif edildikleri, birbirlerinden türetildikleri, birinin diğerinin daha ağır ihlallerinde gündeme geleceğinin belirlendiği sorunlu tanımlara rastlanmaktadır. Anayasa metninin sorunlarının içtihadla yansımalarını ortaya koyan birinci bölümün çıktısı, metinde başlayan sorunun içtihatla giderilemediğidir.

İkinci bölüm, sorunun çözüm olasılıklarına odaklanacaktır. Anayasa metninin sorun yaratmaya elverişli olması, kendi başına anayasa değişikliğinin gerekli olduğu anlamına gelmez. Bazı sorunlar pekâlâ uygulamada yapılacak yorumla düzeltilebilir. Anayasa hukukumuzda bunun örnekleri vardır. Dolayısıyla birinci bölümde yer verilen Anayasa metninin sorun yaratmaya elverişli olduğu ve bu sorunların uygulamaya yansıdığı tespiti, doğrudan anayasa değişikliği gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu düşünceden hareketle tebliğde sorunun yorum değişikliğiyle giderilebilme olasılıkları tartışılacaktır. Bize göre üç ölçütün yarattığı karmaşa, her birine özgün alan ve anlamlar verilerek yorum yoluyla giderilebilir. Ölçütler buna elverişlidir. Dahası, bu özgün anlamlar aslında içtihadla yeni de olmayacaktır. Başka bir deyişle tebliğde bu ölçütlere verilmesi gerektiği savunulan özgün anlamlara zaten AYM kararlarında zaman zaman rastlayabiliyoruz.

AYM'nin henüz istisnai kalan bu kararlardaki anlamları yerleşik tanımları hâline getirmesi yeterli olacaktır. Tebliğde karmaşanın giderilebilmesi için ek bir unsur olarak AYM'nin yakın dönem içtihadında gözlemlenen daha az başlıkla ve ölçütler arasında net geçişler yapmadan incelemeler yapma eğiliminden kaçınılması gereği de savunulacaktır.

Sonuç bölümünde tebliğin bulguları özetlenerek konu edilen karmaşanın giderilmesi için yorum değişikliğinin ne denli yeterli olacağı, tek başına çözüm oluşturup oluşturamayacağı sorusu yanıtlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ölçülülük, Hakkın Özü, Demokratik Toplumda Gereklik, Hakların Sınırlanması, Sınırlama Ölçütleri

Etkili Başvuru Hakkına İlişkin Bir Değişiklik Gerekli Mi?

Ömer E. EGELİĞİ^[1]

Bildirinin ilk bölümünde etkili başvuru hakkının anayasal düzeyde kavramsal bir değişikliğe ihtiyacı olup olmadığı tartışılacaktır:

Bu tartışmanın gerekliliği, etkili başvuru hakkının Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde farklı kapsam ve işlevsel amaca yönelik düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Etkili başvuru hakkı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde diğer usuli haklardan ayrı bir şekilde düzenlenmiştir. Bilhassa İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde adil yargılanma hakkının yanı sıra ayrı bir maddede düzenlenmiş olması bu hakkın özgün bir işlevi olduğunu göstermektedir. Ne var ki bu ayrım 1982 Anayasasında Sözleşme'deki kadar belirgin değildir. Etkili başvuru hakkı yargı kararlarında uzun bir süre Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesi içerisinde mütalaa edilmiştir. Ancak bireysel başvuru usulüyle birlikte Anayasa Mahkemesinin perspektifi dönüşmüş ve Mahkeme de Sözleşme'ye uyum sağlamak adına temel hakların korunmasına ilişkin 40. maddeye atıfta bulunmaya başlamıştır.

Bölümde bu ayrımın avantaj ve dezavantajlarına değinilecektir. Sözleşme sistemindekine benzer kavramsal ayrım bireysel başvuruda konu bakımından yetkinin belirlenmesi adına bazı kolaylıklar sağlamaktadır. Ancak

[1] Dr. Ömer E. Egeligi, egelig@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2742-8456.

2010 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Yüksek lisansını da Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü Avrupa Birliği Hukuku programında tamamlamıştır. Doktorasını aynı Üniversitenin Sosyal Bilimler Enstitüsünde Kamu Hukuku alanında yapmıştır.

adil yargılanma hakkına görece daha esnek birtakım kurumsal ve usuli güvenceler sunan etkili başvuru hakkının öne çıkarılması Anayasa'nın Sözleşme'nin ilerisindeki düzenlemelerinin sessizleşmesi riskini de barındırmaktadır.

İkinci bölüm, ilk bölüme nazaran daha spesifik bazı tartışmaları içerecektir. Bu bölüm Anayasa hukukundaki sorunlu alanların tespiti ve bu alanların iyileştirilmesine yönelik önerilerden oluşacaktır.

Uzun süredir Türk hukuk literatürünün gündemini meşgul eden yargı yoluna kapalı işlemler sorunu farklı disiplinlerin konusu olmuştur. Bunlardan bazılarıyla ilgili çeşitli iyileştirmeler yapılsa da yeterli değildir. Olağanüstü Hal işlemleri bu alandaki sorunlardan birisidir. OHAL işlemlerinin denetlenmesine dair bazı mekanizmalar kurulmuştur. Ancak bu mekanizmaların kurgusundaki yanlışlıklar Anayasa Mahkemesi içtihadına dahi konu olmuştur. Spor tahkimi, Yüksek Askerî Şûra, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Yüksek Seçim Kurulu gibi kurumların bazı kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması, bu alanlardaki kararların denetlenmesinde geçirilecek sürelerin bir gecikmeye yol açacağı savına dayanmaktadır. Bu gecikmenin de bazı sakıncaları olacağı öne sürülmektedir. Bildiride bu sakıncaları aşmanın da yolları olabileceği alternatiflerle ortaya konacaktır.

Uzun yargılamalarla ilgili şikayetler karşısında başvurulacak tazminat komisyonunun kurulması da olumlu bir adım olarak nitelendirilebilir. Ancak bu yeni yolun da uzun yargılamaları içeren her hak ihlali iddiasında etkili olup olmadığı kesin değildir. Bazı durumlarda uzun yargılamanın kendisi başka bir hak ihlaline yol açabilir. Tazminat komisyonunun etkili bir yol haline gelmesi işte bu başka hak ihlali iddialarını da kapsayan bir koruma ağının varlığıyla mümkündür. Bildiride Anayasa Mahkemesinin bu gerekliliği gözetip gözetmediğine ilişkin tespitlere yer verilecektir.

Etkili başvuru hakkına ilişkin bir diğer sorunlu alan da yargısal ba-

ğışıklıklar (özellikle Anayasa md. 129/son ve ona bağlı olarak 4483 sayılı Kanun) konusudur. Yargısal bağışıklıkların gerekli olduğu yönündeki görüş özetle kamu görevi yapan kimselerin, yaptıkları faaliyetten dolayı sürekli olarak soruşturulma riskiyle karşı karşıya olmamaları gerektiğine hükmetmiştir. İlk bakışta anlaşılabilir bulunma riski taşıyan bu sav tüm bir ceza hukuku sistemindeki araçları yok sayan bir kabule dayanmaktadır. Bu riskin kabulü olasılığında dahi soruşturma makamlarının gerekli gereksiz her şikâyet ya da ihbar ile ilgili soruşturma yapma yükümlülüğü olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Oysaki soruşturma makamları kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebilir. Aynı zamanda adli güvenceleri haiz olan cumhuriyet savcılarının yapması gereken bu filtrelemeyi, yürütme organına teslim etmek ciddi bazı sorunlar doğurmaktadır.

Son bölümde ise yukarıda değindiğimiz hususlarla sınırlı tutularak, etkili başvuru hakkına yönelik Anayasal ve yasal düzeydeki değişiklik önerilerimiz derlenecektir.

Anahtar Kelimeler: Etkili Başvuru Hakkı, Hak Arama Özgürlüğü, Yargı Kısıtları, Uzun Yargılama, Adil Yargılanma Hakkı

Suç ve Cezalara İlişkin Esaslarda Bir Değişiklik Gerekli mi?

Tolga ŞİRİN^[1]

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Türk Anayasası açısından büyük önem arz eder. Öyle ki bu metin, Roma Statüsü (md. 38/son) ile birlikte Anayasa’da (md. 148/3) adı açıkça zikredilerek özel bir konuma taşınmıştır. Herkesin “*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceği*” söylenerek bireysel başvurunun konu sınırını belirleyen bu metin ve bu metinden türeyen mahkeme kararlarının normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde olduğunda kuşku yoktur.^[2] Fakat Sözleşme ile Anayasa arasındaki ilişki konusunda mevcut içtihat, Anayasa’nın bu metinden ve kararlardan da üstün olduğu yönündedir.^[3] Dolayısıyla, bunların arasında bir çatışmanın olduğu durumlarda Türkiye’nin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri tehlikeye girmektedir.^[4] Bu tehlikeleri aşmanın bir yolu, Anayasa hükümlerini uluslararası hukuka uygun yorum

[1] Doç. Dr. Tolga Şirin, tolga.sirin@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0002-7172-5426. 2022 yılında lisans öğrencisi olarak girdiği Marmara Üniversitesi’nde lisans üstü eğitimlerini tamamlamıştır 2008’den beri Hukuk Fakültesi’nde Anayasa Hukuku Anabilim Dalı’nda öğretim elemanı olarak çalışmaktadır. TÜBİTAK ve Raoul Wallenberg Enstitüsü bursiyeri olarak Köln Üniversitesi’nde misafir araştırmacı olmuştur. Almanca ve İngilizce bilmektedir.

[2] Bkz. *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.

[3] Bkz. *Musa Kaya*, B. No: 2014/19397, 25/3/2015.

[4] Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (md. 27) uyarınca “Bir taraf bir sözleşmeyi icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz.”

yaparak yeniden anlamlandırmaktır. Fakat bazı durumlarda lafız buna izin vermemektedir. Böylesi durumlarda Anayasa değişikliği bir zorunluluktur. Tebliğ, Anayasa'nın 38'inci maddesi özelinde böyle bir zorunluluğun olup olmadığının sorgulamasına dayanacaktır.

Sunumun üç bölümden oluşması tasarlanmıştır. İlk bölüm, değişiklik gerekliliğine dikkat çekme; ikinci bölüm, çelişkilerin giderilmesi gerekliliğini vurgulama; üçüncü bölüm ise tartışma açma amacına matuftur.

Birinci Bölüm: Bu bağlamda öncelikli odak, Anayasa md. 38'de yer alan “zamanaşımı” kuralı olacaktır. Bu madde uyarınca, suç ve ceza zamanaşımı konusunda aleyhe geriye yürüme yasağı vardır. Bizce, maddi ceza hukukuna ilişkin bir ilkeyi usul hukukuna uyarlayan ve/veya uygulamacıların takdirini sınırlayan bu kural, özellikle “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” (md. 17) ile ilgili usuli ihlallerin giderilmesine engel yaratmaktadır. Şöyle ki; yaşam hakkı veya işkence yasağı bağlamında etkili bir soruşturma yapılmayabilmekte ve sürüncemede kalan yargılamanın sonucunda şüpheli veya sanıklar zamanaşımından yararlanabilmektedir.

Bu “cezasızlık” sorunu, Anayasa Mahkemesi tarafından çoğu kez tespit edilmektedir. Fakat bu defa da zamanaşımından yararlanan kişilerin yeniden yargılanması sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira bir tarafta yaşam hakkı ve işkence yasağı dururken, diğer tarafta hukuki güvenlik ve/veya suç ve cezada kanunilik ilkeleri tezahür etmektedir. Bu çatışma, çoğu kez içtihat yoluyla çözülecek olmasına rağmen Anayasa'nın, (uluslararası hukukun hilafına) zamanaşımına dönük geriye yürüme yasağını açıkça zikretmesi, ihlalin tespit edilip gereğinin icra edilememesi gibi bir soruna yol açmaktadır. Söz konusu sorun bazen (örneğin 2013 yılında işkence suçunda olduğu gibi) yasama organının zamanaşımını kaldırdığı hâllerde derinleşmekte ve işkence sanıklarının yargılanması gerekliliği, zamanaşımının geriye yürümezliği ilkesi nedeniyle karşılanamamaktadır.

Tebliğde, Anayasa'nın böylesi sorunlar karşısında cezasızlığı besleyen bu kuralının farklı yorumlanmasının mümkün olup olmadığı, insan hakları hukuku perspektifiyle sorgulanacak, süregelen içtihatlar karşısında değişikliğin gerekliliğine dair bir yanıt üretilecektir.

İkinci Bölüm: Sunumun ikinci bölümünde, anılan maddeye ilişkin olarak uygulamayla bağlantılı sorunlara değinilecektir. Bu bağlamda üç sorun başlığı tespit edilmiştir. Bunlardan ilki (i) *“kanuna aykırı elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilememesi”* (md. 38/6) kuralının mutlak dilinin Strazburg'un esnek içtihadı ile uyumsuzluk yarattığıdır. Öte yandan (ii) *“yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulma yasağı”* (md. 38/8) kuralının İHAS'a ek 4 no.lu Protokol'e taraf olunamamasından ötürü, (ii) Türkiye'nin “Uluslararası Ceza Divanına taraf olma”sına gönderme yapılan kuralın (md. 38/son) ise Roma Statüsü'ne taraf olunmamasından dolayı etkisinin azaldığı bulgulanmıştır. Bu bölümde sorunun Anayasa'dan değil, çelişkili uygulamadan kaynaklandığının altı çizilecektir.

Üçüncü Bölüm: Sunumun son kısmında, insan hakları mevzuatında Anayasa'ya koşut biçimde, lehe geriye yürümenin bir zorunluluk sayılması sorunu tartışmaya açılmaya çalışılacak ve sunum başlığındaki “suç ve cezalara ilişkin esaslarda bir değişiklik gerekli mi?” sorusuna, bu üç bölümdeki değerlendirmeler ışığında yanıt verilerek sunum tamamlanacaktır.

Anahtar kelimeler:

Suçta ve cezada kanunilik, geriye yürüme yasağı, cezasızlık, ortak koruma alanı, hukuka aykırı deliller

Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkına İlişkin Bir Değişiklik İhtiyacı Var Mı ?

Ali BULUT^[1]

Çevre hakkı 1982 Anayasası'nda “*Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması*” başlıklı 56'ncı maddesinde; “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir...*” şeklindeki ifadelerle düzenlenmiştir. Bahse konu madde başlığından da anlaşıldığı üzere, anayasa koyucu çevreyi başlı başına müstakil bir hak olarak değil sağlık hakkı ile birlikte ele almıştır. Ayrıca çevreye ilişkin belirli unsurların Anayasa'nın farklı bölümlerindeki çeşitli maddelerde düzenleme konusu edildiği dikkati çekmektedir. Anayasa'nın 43'üncü maddesinde kıyılar, 44'üncü maddesinde toprağın korunması, 45'inci maddesinde tarım ve hayvancılık, 63'üncü maddesinde tabiat varlıklarının korunması, 168'inci maddede doğal varlıklar ve nihayet 169'uncu madde bağlamında ormanlar bu nitelikteki düzenlemelerdir. Bu maddelerin ortak özelliği önce çevrenin korunmasına ilişkin kurallar getirirken, yazımın devamında anılan kurallara geniş ve ucu açık istisnalar belirleyerek çevresel bozulmaya yol açmış olmasıdır.

Bildirinin ilk bölümünde Türkiye'de mevcut anayasal düzenlemeler bağlamında çevre hakkının niteliği değerlendirme konusu yapılacaktır. Hukuk tekniği açısından bir maddenin değerlendirilmesi, maddenin açık, anlaşılır, uygulanabilir ve tutarlı olup olmadığına bağlıdır. 56. maddeyi

[1] ORCID: 0009-0009-9205-6813 bulutali315@gmail.com

Lisans öğrenimini On Dokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuat Başgil Hukuk Fakültesi, yüksek lisansını Marmara Üniversitesi'nde tamamlamıştır. Marmara Üniversitesi bünyesinde doktora öğretimine devam etmektedir. 2015-2018 yılları arasında Dış İşleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliği'nde Hukuk Uzmanı olarak görev yapmıştır. Halihazırda Marmara Üniversitesi bünyesinde araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

bu kriterler doğrultusunda değerlendirdiğimizde, maddenin dilinin genel olarak anlaşılır olduğu söylenebilecektir. Ancak “*sağlıklı ve dengeli bir çevre*” ifadesi sübjektif niteliği tartışmaya açık görünmektedir. Bu tanımın ne olduğu ve hangi ölçütlerle belirleneceği konusunda daha detaylı bir açıklamaya ihtiyaç duyulmaktadır. Maddenin “*çevreyi geliştirmek*” ve “*çevre sağlığını korumak*” gibi ifadeleri, geniş bir yorum alanına sahiptir. Bu durum uygulamada neyin kastedildiği konusunda belirsizlik yaratmaktadır. Her ne kadar, 56’ncı maddenin genel yapısı, çevrenin korunması konusundaki temel prensipleri yansıtsa da Anayasa’nın ruhunda çevre hakkının vücut bulabilmesi için söz konusu düzenlemenin diğer maddelerle uyumlu olması gerekmektedir. Bu itibarla, gerek 56’ncı maddenin yazımı gerekse Anayasa’da benimsenen sistematik çerçevesinde 1982 Anayasası’nın çevre kavramını daha en baştan insan çevresi ve yaşamı ile sınırlı tuttuğu, bu durumun bilinçli bir tercihin eseri olarak yalnızca teknik bir problemi değil hukuki ve ideolojik sonuçları olan bir yaklaşımı ifade ettiği söylenebilecektir.

Bildirinin ikinci bölümünde, 1982 Anayasası’nın çevreyi ele alış biçiminin pratikteki sonuçları ve olası bir değişiklikte benimsenmesi gereken yaklaşım üzerinde durulacaktır. Bu noktada Anayasa metninde yer verilen sözcüklerin dilbilimsel anlamının ötesine geçerek bazı hukuki sonuçlar doğurduğunu ifade etmek gerekmektedir. Ayrıca Anayasa’da çevre hakkına ilişkin usuli güvencelere yer verilmemesi durumunda çevre hakkının gerçek anlamda bir normdan çok yürütmeye ve diğer devlet organlarına yol gösterme amacı güden program hüküm niteliğine dönüşme tehlikesinin altı çizilmelidir. Bu noktada Dünya genelinde farklı hukuk sistemlerinde çevre hakkının farklı şekillerde ele alındığı gözlemlenmektedir. Farklı örneklerin bir ucunda çevre hakkı bireysel mülkiyet haklarının bir uzantısı olarak ele alınmakta, müstakil bir hak olarak dahi düzenlenmemektedir. Diğer bir

uçta ise bazı ülkeler ve yerel yönetimlerde doğanın kendi başına hak sahibi olduğunu kabul eden anayasaların benimsemeye başladığı görülmektedir. Bu farklı yaklaşımların, farklı kültürel, tarihsel ve siyasi bağlamlara dayandığı ifade edilmelidir. Her halükârda altı çizilmesi gereken koşul devletin çevre hakkına ilişkin siyasi iradesidir. Samimi bir şekilde çevreye saygı duyan ve onu korumayı hedefleyen bir devlet modelinin, çevresel korumanın başarısında kritik bir role sahip olduğu ifade edilebilecektir. Dahası artık bir noktada, çevresel refahı ve sürdürülebilirliği garanti altına almanın devletin ana görevlerinden biri olarak tanımlandığı, geleneksel devlet rolleri olan refah devleti veya hukuk devleti kavramlarına benzer bir şekilde çevre devletinden bahsetmenin mümkün olduğu söylenilebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Çevre Hakkı, Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevre, Çevre Devleti, Sürdürülebilirlik

Kanun Önünde Eşitlik İlkesine İlişkin Bir Değişiklik Gerekli Mi?

Ceren Hilal GÜNAYDIN^[1]

Anayasal düzlemde çeşitli şekillerde formüle edilebilen eşitlik ilkesi Anayasa'nın 10'uncu maddesinde "kanun önünde eşitlik" formülüyle normlaştırılmıştır. Hükmün ilk fıkrasında herkesin dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu düzenlenmiştir. Bu kapsamda belirli bazı yasak ayrımcılık temelleri sayılmışsa da "*ve benzeri sebeplerle*" ifadesine yer verildiğinden açık uçlu bir yaklaşım benimsenmiştir. 10. madde ayrımcılığı açıkça yasaklamamaktadır. Ancak düzenlemenin üçüncü fıkrasında kişilere ve topluluklara imtiyaz tanıma yasağı ve dördüncü fıkrasında eşit işlem güvencesi öngörmektedir.

Anayasa'da kanun önünde eşitlik ilkesi düzenlemesinin herhangi bir değişikliği gerektirip gerektirmediği sorusunu yanıtlamayı amaçlayan bu tebliğ üç bölümde sunulacaktır:

Sunumun ilk bölümünde, eşitlik ilkesinin daha ayrıntılı ve kapsamlı formüllerle düzenlenmesinin gerekliliği incelenecektir. Bu kapsamda kanun önünde eşitlik ilkesinden ne anlaşılması gerektiği incelenecek ve bu ilke ile ayrımcılık yasağı arasındaki kavram karmaşası ortadan kaldırılmaya çalışılacaktır. Nihayetinde Anayasa'da ayrımcılığı açıkça yasaklayan bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı tartışılacaktır.

[1] Ar. Gör. Ceren Hilal Günaydin, cerenhilalgunaydin@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6111-4894.

2020 yılında Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, yüksek lisans öğrenimini Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku programında sürdürmektedir.

İkinci bölümde ilgili düzenlemenin genel nitelikli bir maddi eşitlik yükümlülüğü öngörmemesi ve bu yönüyle şeklî eşitlik anlayışını yansıtması sorunu incelenecektir. 10. madde kapsamında öngörülen tek genel nitelikte yükümlülük, ayrımcılıktan kaçınma negatif yükümlülüğüdür. Hükmün ikinci fıkrasında kadın-erkek eşitliğinin hayata geçirilmesiyle sınırlı bir pozitif yükümlülük öngörülmüştür. Üçüncü fıkradaysa sınırlı sayıda sayılan kişi grupları bakımından özel önlemler alınmasına yalnızca izin verilmiş, bu konuda herhangi bir yükümlülük öngörülmemiştir. 2010 değişikliğiyle her iki fıkra kapsamında alınan önlemlerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağına düzenlenmesi, özel önlemlerin eşitlik ilkesinin istisnası olarak görüldüğüne işaret etmektedir. İkinci fıkrada kadın ve erkeğin verili koşullarıyla eşit olduğu yaklaşımından hareket edilmesi geçmişten gelen eşitsizliklerin tanınmaması ve dolayısıyla hüküm kapsamında Devlete yüklenen yükümlülüğün bir geçmişten gelen eşitsizlikleri ortadan kaldırma yükümlülüğü olarak öngörülmemesi de şeklî eşitlik anlayışını yansıtmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası insan hakları hukukunda ayrımcılık yasağının gelişim çizgisi düşünüldüğünde düzenlemenin bu gelişmelerin gerisinde kaldığı söylenebilir. Bu bölümde üçüncü fıkrada özel önlemlerin alınmasına izin verilen kişi gruplarının “çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri” olarak belirlenmesi ve birinci fıkrada sayılan şüpheli yasak ayrımcılık temelleri listesinin genişletilmesi gerekip gerekmediği de tartışmaya konu edilecektir.

Üçüncü ve sonuç bölümünde kanun önünde eşitlik düzenlemesine ilişkin sorunlar özetlenerek bu sorunlarının aşılmasının Anayasa değişikliğini gerektirip gerektirmediği sorusu karşılaştırmalı hukuk ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatları ışığında açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık Yasağı, Özel Önlemler, Şeklî Eşitlik, Maddi Eşitlik

Din ve Vicdan Hürriyetine İlişkin Bir Değişiklik Gerekli mi?

Pınar DİKMEN^[1]

Din ve vicdan hürriyeti, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS; Sözleşme)’nin 9. maddesinde koruma altına alınmıştır. Sözleşme’nin koruyucusu ve yorumlayıcısı olarak görev yapan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatlarında söz konusu hürriyet; belirli bir dine ait olma/olmama hakkının yanı sıra ait olduğu dinin gereklerine uygun yaşayabilme, ibadet edebilme ve dini inancını açıklama/açıklamama ve vicdani nedenlerle kamusal bir sorumluluktan muaf tutulabilmeyi talep etme hakkını da içerir şekilde yorumlanmaktadır. Bu hürriyetin “din eğitimi” ile temas ettiği noktalara ilişkin Sözleşme’ye Ek 1 Numaralı Protokol’ün 2. maddesi özgül bir koruma getirmektedir. 1982 Anayasası’nda ise açıkça 24. maddede koruma altına alınan bu hürriyetin, “laiklik” ilkesinin temel anayasal ilkelerden biri olduğu bir hukuk sisteminde nasıl yorumlandığı özel bir önem arz etmektedir. Bu önemi not ederek Bildiri’de söz konusu

[1] Dr. Öğretim Üyesi, ORCID No. 0000-0001-7123-3109, dikmenpnar@gmail.com

Lisans eğitimini Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde tamamladı. Yüksek lisans derecesini İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Programında, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. Maddesi Bağlamında Mahpusların Sağlık Hakkı” konulu tez çalışması ile doktora derecesini ise Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Programında “Uluslararası Andlaşmaların Anayasaya Uygunluk Denetimi” konulu tez çalışması ile tamamladı. Sorbonne Üniversitesi Anayasa Hukuku Araştırmaları Merkezi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde araştırmacı olarak çalışmalar yürüttü. Hâlen Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalında doktor öğretim üyesi olarak görev yapmakta olan Dikmen’in başlıca çalışma alanları; anayasa hukuku, anayasa yargısı ve insan haklarıdır.

hürriyetin teoride – bilhassa Anayasa Mahkemesinin kararları ışığında- ve pratikte getirdiği korumanın, İHAS perspektifinden bir anayasa değişikliği gerektirip gerektirmediği sorunsalı cevaplanmaya çalışılacaktır.

Bildiride bu sorunsal, üç ana eksen üzerinden tartışılacaktır.

İlk eksen “zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersi” ne ilişkindir. Dayanağını doğrudan Anayasa’nın 24. maddesinden alan bu zorunluluğun anayasal serüvenine ve 1982 Anayasası’nda kabul ediliş gerekçelerine ilişkin genel bir giriş yapıldıktan sonra ilgili İHAM içtihatları ışığında bir analiz yapılacaktır. İHAM 2007 tarihli *Hasan ve Eylem Zengin- Türkiye* kararında, anayasanın bizzat kendisinden kaynaklanan zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin prensip olarak Sözleşme’yi ihlal etmediği tespiti de bulunmuş olsa da, gerek müfredatın gerekli nesnellik ve çoğulculuk ölçütünü karşılamadığı gerekse bu derslere ilişkin muafiyet usulünün yetersizliği nedeniyle Türkiye aleyhinde ihlal kararı vermiştir. Zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersinden muafiyetin bu sorunlu veçhesi, Anayasa Mahkemesinin 2022 tarihli *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El* kararında da teyit edilmiş durumdadır. Söz konusu derslerden kaynaklı hak ihlalleri İHAS nezdinde uygulamadan ileri gelse de, Bildiri’de, teori ve pratikteki bu farklılaşmanın yarattığı sorunların, söz konusu derslerin ilk kez 1982 Anayasası’nda tanınmış olmasından kaynaklanmış olabileceği tezine yaslanarak, Anayasa’nın 24. maddesinin hak ihlallerini önleyecek şekilde güncellenmesi yönündeki bir değişiklik tartışma konusu edilecektir.

İkinci eksen, “cemevlerinin hukuki statüsü” ne ilişkindir. İHAM’ın 2014 tarihli *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı -Türkiye* ile 2016 tarihli *İzzettin Doğan ve Diğerleri – Türkiye* kararlarında vurgulandığı üzere, Alevi inancına sahip bireylerin ibadetlerini gerçekleştirdikleri bir mekân olan cemevlerine, “ibadethane statüsüne” kazandırılmaması ve bu cihetle bilhassa söz konusu mekânların kamu yardımından yararlanamamasının

yol açtığı sorunlar, Alevi bireylerin, din ve vicdan hürriyetlerini etkin bir şekilde kullanımını engellemektedir. Bildiri’de bu sorundan kaynaklı hak ihlallerinin anayasanın lafzından kaynaklı olmadığı; yasal düzeydeki mevzuatın yetersizliği ve uygulamadan kaynaklı olduğu görüşü savunulmuştur.

Üçüncü eksen, hürriyetin “vicdan hürriyeti” boyutunu oluşturan “zorunlu askerlik hizmeti”ne ilişkindir. Bu hizmetten vicdani sebeplere dayanarak muaf tutulma hakkı anlamına gelen “vicdani ret” hakkı, İHAM’ın 2011 tarihli *Bayatyan-Ermenistan* kararıyla tanınmıştır. İHAM’ın 2011 tarihli *Erçep-Türkiye* kararında tespit edildiği üzere söz konusu hakkın Türk hukukunda etkili bir şekilde kullanılması sorun arz etmektedir. Öte yandan askerlik hizmetinin anayasal dayanağını teşkil eden “*Vatan hizmeti*” başlıklı 72. maddenin lafzından bu hizmetin zorunluluğuna ilişkin bir yorum çıkmamaktadır. Dolayısıyla Bildiri’de bu ekseninde bir anayasa değişikliği gerekmediği, hak ihlalinin uygulamadan kaynaklı olduğu savunulmuştur.

Anahtar Sözcükler: Din ve Vicdan Hürriyeti, Zorunlu Din Dersleri, Cemevlerinin Statüsü, Vicdani Ret Hakkı, Laiklik

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Bir Değişiklik Gerekli mi?

Seda ÖZKAN^[1]

Toplanma özgürlüğünü ele alan bu bildiride, Anayasa'daki düzenlemenin uygulamada nasıl yorumlandığından yola çıkılarak madde metninde herhangi bir değişikliğe gerek olup olmadığı irdelenecektir.

Toplanma özgürlüğü, Anayasa'nın 34'üncü maddesinde "*Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı*" kenar başlığıyla düzenlenmiş olmakla birlikte hakkın sunduğu koruma alanı belirlenirken Anayasa'nın 90'ıncı maddesine atıfla İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihadı da devreye girmektedir. Oysa uygulamada bu koruma alanının 34'üncü maddenin lafzının dahi gerisine düştüğü görülmektedir. Bu bakımdan toplanma özgürlüğünün Türkiye uygulamasındaki sorunların tekil olmaktan çıkıp yapısal bir hâl aldığı İHAM tarafından tespit edilmiştir.

Sunumda bu sorunlar üç başlıkta değerlendirilecektir:

[1] Arş. Gör. Dr., sedaozkan@trakya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7157-7881.

2010 yılında İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. 2016 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Disiplinlerarası Tezli Yüksek Lisans programında "*İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında ve Türk Hukukunda Toplanma Özgürlüğü*" adlı teziyle yüksek lisans derecesi; 2023 yılında Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programında "*Etkili Parlamenter Muhalefetin Anayasal Esasları*" adlı teziyle doktora derecesi almıştır. Doktora öğrenimi süresince Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışmıştır. Hâlen Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalında görev yapmaktadır. Anayasa hukuku ve insan hakları alanında çalışmalarını sürdürmekte olup toplanma özgürlüğü, ayrımcılık yasağı ve parlamenter denetim araçları hakkında yayınları bulunmaktadır.

1) De facto izin ve bildirilmeyen eylemin yasa dışılığı: Önceden izin almaksızın kullanılabilen toplanma özgürlüğünün âdeta izne tabi olarak kullandırılması ve 2911 sayılı Kanun'daki bildirim şartının çarpık yorumuyla bildirim yokluğunun toplanma eylemine müdahale nedeni kılınması/eylemi yasa dışı kılması; bu bağlamda ani veya spontane eylemlerin yok sayılması.

2) Eylemin barışçılığının dar yorumu: Anayasa'da "*silahsız ve saldırısız*", İHAS'ta "*barışçıl*" olarak ifade edilen toplanma eyleminin şiddetten uzak olması niteliğinin dar yorumlanması nedeniyle anlık/kısa süreli beliren ve eylemin geneline yayılmayan şiddete dönük hareketlenmelere dayanarak yalnız ilgili öznelere değil eyleme/tüm eylemcilerin toplanma özgürlüğünü kullanımına müdahale edilmesi.

3) Kolluğun ölçüsüz müdahalesinin kolluk şiddetini doğurması: Toplanma eylemi sırasında anlık/kısa süreli belirip sınırlı bir grup içinde kalan yahut eylemin tamamına ve tüm eylemcilere yayılarak genişleyen şiddete dönük hareketlenmelerin/şiddet olaylarının kolluk kuvvetlerince ölçüsüz biçimde bastırılmaya girilmesi; bu doğrultuda kolluğun müdahalesinin Anayasa'nın 17/3'üncü ve İHAS'ın 3'üncü maddesini ihlal etmeye evrilmesi (özellikle son zamanlarda eylemlerde yaralanmalara ve ölümlere yol açan biber gazının kullanımı).

Yukarıda sayılan bu sorunlar toplanma özgürlüğü uygulamasının İHAM içtihadıyla uyumlaştırılması (AYM içtihadı da İHAM'la örtüşmektedir) ve 34'üncü maddenin bu doğrultuda yorumlanmasıyla birlikte Anayasa değişikliğine gerek kalmaksızın çözülebilir niteliktedir. Ancak olası bir Anayasa değişikliğinde madde lafzının İHAS'la uyumlaştırılması ve özgürlüğün sağladığı korumanın lafzen de güçlendirilmesi için yukarıdaki sorunların çözümüne nispeten ikincil sayılabilecek bazı öneriler tebliğde dile getirilecektir.

Bu öneriler iki başlıkta değerlendirilecektir:

1) **“Silahsız ve saldırsız” ile “barışçıl” arasındaki fark:** *“silahsız ve saldırsız”* ifadesinin, nelerin silah olabileceğinin tespiti bakımından (2911 sayılı Kanun’daki md. 23/b ve 33/a) *“barışçıl”* ifadesinin sağladığından daha geniş bir kavram alanı sağlayamaması nedeniyle *“barışçıl”* olarak değiştirilmesi.

2) **“Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı” ile “toplanma özgürlüğü” arasındaki fark:** *“toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı”* ifadesinin lafzen tüm toplanma biçimlerini içerebilecek genişlikte olması ve ayrıca toplanma özgürlüğünün, yalnız düzenleme hakkını içerdiğini çağrıştırmaması (nitekim maddenin devamında *“toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı”* denilmiştir, bu farklılık madde içeriğinde lafzen çelişikliğe işaret eder) nedeniyle *“toplanma özgürlüğü”* olarak değiştirilmesi.

Nihayet yukarıda sayılan sorunların yerinde bir yorumla aşılması için Anayasa değişikliğine gerek kalmadan içtihadı koştur bir uygulamanın nasıl olması gerektiği aktarılacaktır.

Anahtar kelimeler:

Toplanma özgürlüğü, barışçıl eylem, bildirim şartı, yasa dışı eylem, ölçüsüz müdahale.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları Birinci Oturum

HAK ÖZNELERİNİ DİKKATE ALMAK

LGBTİ+ların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı: Yok Öyle Bir Şey

Abdullah İkbāl ARSLANBAŞ

Bu başlıkta yapılacak bir bildirim de öncelikle özne olarak LGBTİ+ların bu konu dışında da birçok konuda temel insan haklarına erişimde güçlük yaşadığına ve konu olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına erişimde bu özne grubu dışında birçok farklı grubun da engellerle karşılaştığını söylemek gerekir. Nitekim LGBTİ+lar yaşam hakkı ihlalinin ayrımcılığa maruz kalmama hakkına, sağlık hakkına erişimden çalışma hakkına erişime kadar sorunlar yaşarken; kadınlar, demokratik kitle örgütleri, çevreciler, çeşitli sol gruplar ve benzeri birçok kesimde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını etkin şekilde kullanamaz durumdadır.

Türkiye özelinde LGBTİ+ların kamusal alanda hakları için var olma ve açık kimlikleriyle toplanma deneyimleri 1987 de trans kadın seks işçilerinin polis şiddetinin çeşitli formlarına karşı Gezi Parkında açlık grevi yapımlarıyla başlar. Tarihin akışı içerisinde LGBTİ+ların hakları için sokağa çıkması hareketin küresel gelişimine de paralel olarak başka bazı formların yanı sıra onur yürüyüşleri ile özdeşleşir. 1993 te planlanan ilk İstanbul Onur Yürüyüşü yasaklanır, planlayıcılar ise evleri basılarak gözaltına alınırlar. On yıl sonra 2003 te ise İstanbul Onur Yürüyüşü bu sefer sorunsuz şekilde gerçekleşir. Bu tarihten sonra LGBTİ+ların kamusal görünürlükleri ve bununla beraber örgütlenmeleri artar kapatma davalarıyla karşılaşsa da LGBTİ+ hareketi resmi dernek statüsü edinen oluşumlara kavuşur. 2013 Gezi Direnişi sonrası gerçekleşen 2014 yılındaki İstanbul Onur Yürüyüşüne yüz binlerce insan katılır ve bu LGBTİ+ların kamusal alanda yaptığı en geniş protesto ve gösteri yürüyüşünü oluşturur. 2015 yılından itibaren ise yasaklamalar, polis müdahaleleri, Ankara'da sınırsız süreli yasaklar, yürüyüşlerin ardından etkinliklerin de yasaklanması, gökkuşağı bayrağı-

nın kriminalize edilmesi, linç girişimleri, artan polis şiddeti, açılan davalar derken LGBTİ+ların toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanamadığı, bu hakkı kullanma çabasının ceza yargılaması konusu edildiği bir bağlam ortaya çıkar.

Yürütmenin başından en alt derece görevlilere kadar kamu görevlileri tarafından ortaya konan ve LGBTİ+lar a yönelik nefret söylemi oluştu- ran söylem ve eylemler sonucu LGBTİ+lar ın yapmak istediği yürüyüş ve etkinlikler yasaklanmakta, bu yasaklar kimi zaman 2911 sayılı kanunun açıkça kapsam dışı bıraktığı toplanmalara da uygulanmakta, bu yasaklara karşı açılan idari davalar etkin bir giderim mekanizması oluşturmamakta, bu yürüyüş ve etkinliklere katılanlar yakalama ve gözaltıaltı işlemlerine maruz kalmakta,lerine maruz kalmakta, bu işlemler sonrası bu işlemler sonrası kolluk görevlileri tarafından katılımcıların ailelerine hukuka aykırı şekilde ulaşılmakta, COVID zamanında idari para cezaları verilmekte, gökkuşağı bayrağı yasadışı bir unsurmuş gibi ele alınmakta, kolluk görevlileri kötü muamele yasağına ve ayrımcılık yasağına aykırı davranışlarda bulunmakta, bunlara karşı başvurulmuş şikayet mekanizmaları etkisiz kalmakta, KDK ve TİHEK gibi kurumlar bu konu özelinde etkisiz olmanın ötesinde kimi zaman açıkça ayrımcı tutum almakta, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanmak isteyenlere 2911 sayılı kanuna muhalefet ve buna benzer suçlamalarla ceza davaları açılmakta, idari olarak hukuka aykırı şekilde bu kişiler KYK kredi ve burslarının kesilmesi ve yurtlardan çıkarılma gibi sonuçlarla karşılaşmakta, Türk vatandaşı olmayan yabancılar geri gönderme merkezlerin de aylar boyunca tutulma ve haklarında sınırdışı edilme kararı verilmesi gibi yaptırımlara maruz kalmakta, bu süreçleri takip eden avukatlar da benzer şekilde kolluk şiddeti ve ceza davaları gibi süreçlerle karşılaşmaktadır.

LGBTİ+ların toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanımı tartışması bu yüzden cumhuriyetin ikinci yüzyılına denk gelen yargı reformu tartışmalarının ifade özgürlüğünün özel bir görünümü olan toplantı ve gösteri

yürüyüşü hakkı ve bu hakkın sınırlandırılması konuları açısından önemli bir yer tutar.

Anahtar Kelimeler: LGBTİ+, LGBTİ+ hakları, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, ifade özgürlüğü hakkı, ayrımcılık yasağı

Geçici Koruma Sahiplerinin İdari Gözetimi, Mevcut Uygulamanın Temel İnsan Hakları Üzerindeki Etkileri ve Geçici Koruma Sahiplerinin İdari Gözetiminin Gerekliği Sorunu

Cumali ŞİMŞEK^[1]

Geçici Koruma Yönetmeliğinin, Geçici 1. Maddesindeki düzenlemeye göre sadece Suriye’den gelen Suriye vatandaşları değil, vatansızlar ve mülteciler de ülkemizde “geçici koruma statüsü” altındadır.

İdari gözetim ise bir tutma hâli olup, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 57. Maddesinde düzenlenmiştir. Kanuni düzenlemelerle birlikte, idari gözetimin tanımı; hakkında sınırdışı etme kararı alınan yabancılardan, kanunda sayılan belirli şartları taşıyanlar için veirilecek ilk karar 6 ayı geçmemek üzere alınan bir idari tutma hali, şeklinde yapılabilecektir. Kanunun 68. Maddesinde “Başvuru Sahibinin İdari Gözetimi” kurumu düzenlenmiş ise de, bu tebliğin konusunu oluşturmamaktadır.

Uygulamada bir geçici koruma sahibi hakkında alınan sınır dışı kararının, şahsın menşe ülkesi olan Suriye’ye sınır dışı etme şeklinde uygulanması mümkün değildir. Suriye’deki mevcut şartlar göz önüne alındığında, Suriye’ye sınır dışı edilecek bir geçici koruma sahibinin hayatı tehlikesi gündeme gelecektir ki; bu durumda Sözleşmenin 3. Ve Anayasanın 17. Maddelerinin ihlali sonucunu doğurabilecek niteliktedir.

[1] Avukat

Bir geçici koruma sahibinin Suriye ülkesi pasaportuna vize uygulamayan bir ülkeye sınır dışı edilebileceği değerlendirilse de yıllar içerisinde dünya üzerinde Suriye pasaportuna vize uygulamayan bir ülke neredeyse kalmamış olduğu gibi, geçici koruma sahibinin herhangi bir ülkeye sınır dışı edilmesi halinde de Sözleşmenin 8. Ve Anayasanın 20. Maddelerinin ihlali sonucunu doğurabilecek niteliktedir.

Uygulamada geçici koruma sahipleri idari gözetim altına alınıyor ise de haklarında verilen sınır dışı kararının uygulanması, yukarıda da belirtilen sorunlar nedeniyle mümkün olamamaktadır. Oysa Kanuni düzenlemenin başlığı “Sınırdışı Etmek Üzere İdari Gözetim”dir. Bu tutma halinin Kanuni dayanağını ve hukuka uygunluğunu sağlayan düzenleme hakkında sınır dışı kararı alınmış bir yabancıнын varlığıdır. Tutmanın amacı ise sınır dışı işlemini fiilen uygulayabilmektir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde geçici koruma sahiplerinin sınır dışı edilmelerinin zorluğu karşısında ısrarla idari gözetime alınmaları uygulamasının sürdürülüyor olmasının hukuki bir açıklaması bulunmamaktadır.

Bu noktada geçici koruma sahiplerinin idari gözetime alınmalarının bir gereklilik olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Geçici koruma sahibi, idari gözetime alınmaksızın Kanunun 57/A Maddesi kapsamında, alternatif yükümlülük yüklenmek suretiyle, geri gönderme merkezlerine alınmayabilecektir ki; bu durumda geçici koruma sahibinin statüsü bozulmayabileceği gibi, sınır dışı edilemeyecek bir kişinin idari gözetim altına alınmasının sonucu olarak Sözleşmenin 5. Ve Anayasanın 19. Maddelerinin ihlaline kadar varan haksızlıklar da gündeme gelmeyecektir.

Görüldüğü üzere geçici koruma sahiplerinin hayatını derinden etkileyen bir idari işlem olan idari gözetim kurumunun, geçici koruma sahiplerine uygulanıp uygulanmayacağı ile geçici koruma sahiplerine özel bir idari gözetim statüsü düzenlemesi yapılıp yapılamayacağı konularının somut bir

Geçici Koruma Sahiplerinin İdari Gözetimi, Mevcut Uygulamanın
Temel İnsan Hakları Üzerindeki Etkileri ve
Geçici Koruma Sahiplerinin İdari Gözetiminin Gerekliliği Sorunu

şekilde işlenmesinin ve tartışılmasının gerekliliği tartışmasıdır. Bu çerçevede bu bildiri geçici koruma sahiplerinin idari gözetimine, uygulamadan örneklerle ışık tutacak, idari gözetimin geçici koruma sahipleri hakkında aynen diğer tüm statüler için uygulandığı şekliyle uygulanmasının gerekli olup olmadığı konusuna değinerek, geçici koruma sahiplerinin idari gözetiminin kanuni dayanaklarını, uygulanma biçimlerini ve yarattığı sonuçlarla, hak ihlallerini ele alacaktır.

Anahtar Kelimeler: Geçici Koruma, İdari Gözetim, Sınır dışı, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Yaşam Hakkı.

Nefret Söyleminin Eşit Vatandaşlık Temelinde Değerlendirilmesi

Dilan MIZRAK

Adalet Bakanlığı Yargı Stratejisi Raporunun hak ve özgürlüklere ilişkin amaçlar bölümünde “İfade özgürlüğüne yönelik mevzuat ve uygulama analiz edilerek, bireylerin hak ve özgürlük alanlarını daha da genişletecek düzenlemeler yapılacaktır” ifadesine yer verilmiştir. Bu belgeyle Türkiye’nin demokrasisini güçlendirmeye, hak ve özgürlükleri geliştirmeye ve genişletmeye güçlü bir vurgu yapıldığı belirtilmektedir. Sözü edilen amaçların eşit yurttaşlık temelinde sağlanabileceğinden hareketle kamu görevlilerinin nefret ve ayrımcılık içeren söylemlerinin bu ilkeyi neden ve nasıl zedelediği, tartışılması gereken önemli sorunlardandır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, nefret suçları pek çok ülke tarafından tanımlanmış, bu konudaki cezalandırma sistemi oturmuşsa da nefret söyleminin tanımlanması, kabulü, sınırlarının belirlenmesi, buna ilişkin mevzuat meselesi netliğe kavuşmamıştır^[1]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi kararları, nefret içerikli ifadelerin insan hakları hukuku açısından ifade özgürlüğünün norm alanına girmediğini gösterir nitelikte olsa da özellikle kamu görevlileri bakımından bu durum bulanıklaşmaktadır. Bir yandan kamu görevlilerinin sözü edilen ifadeleri çoğu zaman yargı önüne gitmezken, bir yandan da örneğin AİHM’in, nefret söylemini yayma konusunda siyasetçilerle ilgili daha katı bir tutum izlediği ve siyasetçilerin bu

[1] Mevzuatımıza bakıldığında örneğin, TCK m. 216’nın “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçu” başlığı altında nefret suçunu düzenlediği görülmektedir.

konuda sorumlulukları olduğunu vurguladığı görülmektedir^[2].

Anayasamızın 10. maddesine göre “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”. Dolayısıyla *ülkemizde* eşit vatandaşlık ilkesi anayasal olarak teminat altına alınmıştır. Demokratik düzeni teminat altına almak bakımından bu ilkenin siyasi iktidara aynı anda negatif ve pozitif edim yüklediğinin kabulü gerekmektedir. Siyasi iktidarın bir taraftan vatandaşlarını nefret söylemine karşı koruması gerekirken, bir yandan da siyasi iktidarı oluşturan her öge, yapı, kişinin bizatihi nefret söyleminde bulunmaması ilkesi geçerli olmalıdır. Bu ilkeye uygun hareket edilmemesi ifade özgürlüğü içinde değerlendirilmemelidir, zira her bir vatandaşa eşit mesafede bulunması gereken kamu görevlilerinin nefret söylemi korku atmosferi yarattığı, sindirme ve tehdide sebep olduğu için demokratik düzeni ortadan kaldıracı niteliktedir. Bu tür etnik ve milliyet temelli, cinsiyete, cinsel kimliklere, inanca, dine ve yaşam tarzına dayalı ya da benzeri nefret içeren ifadeler toplumdaki hâkim kültür lehine olmak üzere ayrımcı bir yaklaşım ve edim olmaktadır. Toplum içinde ayrımcılığı körükleyen ve kutuplaştırıcı siyaset de hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmekte olup, insan hakları ihlali kabul edilmelidir.

Medeni ve Siyasi Haklar sözleşmesi 20. Maddesiyle “Ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulması yasalarla yasaklanır” düzenlemesiyle nefret söylemi konusunda devletlere yükümlülük yüklemiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de daha açık bir biçimde kamu görevlilerine yükümlülük yüklemiştir. 20 Mayıs 2022 tarihli “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Nefret Söylemiyle Mücadele Konusunda Üye Devletlere Yönelik CM/

[2] Konuya ilişkin bazı kararlar için bkz. <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019130702nefret.pdf>. Erişim Tarihi: 10.10.2023.

Rec (2022)16 [1] Sayılı Tavsiye Kararı” kamu görevlileri bakımından insan hakları kültürünü desteklemeye, nefret söylemini kınamaya, nefret söylemiyle mücadele etmeye teşvik edilme önerisinde bulunduğu gibi, şu ifadeye yer vermiştir: “Kamu görevlileri, özellikle lider konumunda olanlar, nüfuzları da dikkate alındığında, nefret söyleminde bulunmaktan, bunları desteklemekten veya yaymaktan kaçınmalıdır”.

Bu çalışmada, yukarıda özetlenen mesele çerçevesinde kamu görevlilerinin çeşitli ifadelerine yer verilerek, bu ifadelerin nefret söylemi oluşturup oluşturmadığı tartışılacak, ardından AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları incelenerek kamu görevlilerinin sorumluluğu; eşit vatandaşlık ilkesi, demokratik düzenin tesisi, dost-düşman ayrımı, toplumun kutuplaştırılması ve toplumsal barış kavramları çerçevesinde değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Nefret Söylemi, İfade Özgürlüğü, Yargı Stratejisi Raporu, Devletin Sorumluluğu, Eşit Vatandaşlık



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları İkinci Oturum

ÇOCUK ADALET SİSTEMİ

Türkiye’deki Çocuk Adalet Sisteminin Sosyal İnceleme Raporları Yönünden İrdelenmesi

Çocuk Koruma Kanunu Mu? Çocuk Cezalandırma Kanunu mu?

Mehmet Emin GÜN

TEBLİĞ ÖZETİ

Türkiye’de çocuk yargılamalarını usul ve esas bakımından çocuğa özgü ve çocuğa uygun olacak şekilde sistematize eden çocuk adalet sistemi geleneksel yaklaşım olarak adlandırılan ve suç ve cezaya odaklanan bir yaklaşımı benimsemektedir.

Çocuk adalet sistemine bir şekilde dahil olmuş çocuğun suça itilme nedenleri ve çocuğun yeniden suç işlemesini önleyecek onarıcı çalışmalar yerine suç ve cezaya odaklanan bu yaklaşımın benimsendiği çocuk adalet sistemlerinde, sosyal inceleme raporları sistem için elzem nitelikte olmadığı halde Türkiye’deki çocuk adalet sisteminin düzenleyicisi konumunda olan Çocuk Koruma Kanununda Sosyal İnceleme Raporlarına oldukça önem atfedilmekte ve görece tezat bir durum oluşturmaktadır.

Ancak Türkiye’deki çocuk adalet sistemi bir bütün olarak incelendiğinde sosyal inceleme raporlarının gerek hazırlanma şekli gerekse hazırlayan uzmanların bağımsız uzmanlar olmaması, bu raporların sistem için yalnızca şekli bir işlemden ibaret olduğu izlenimi yaratmaktadır.

Suçla itilmiş çocuk olgusu ekolojik sistem perspektifinden ele alındığında çocuğu suça iten mikro, mezzo ve makro faktörlerin her biri Sosyal Çalışmacı tarafından yerinde incelenmeli ve Sosyal İncelem Raporu bu faktörlerin her birinin suçla ilişkisi kurulacak şekilde hazırlanmalıdır. Ancak uygulamada

suça itilmiş çocuğun adliyeye çağrılarak kısa bir görüşme yapıldıktan sonra temel amacın “çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonucunu algılama yeteneğinin gelişip gelişmediği” olan matbu raporların hazırlandığı görülmektedir. Çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonucunu algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmamasının cezai sorumluluğuyla ilgili olduğu kabul edildiğinde Sosyal İnceleme Raporlarının odak noktasının suç ve ceza olduğu da kabul edilmiş olacaktır.

Yine Sosyal İnceleme Raporlarını hazırlayan Sosyal Çalışmacılar Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüklerine bağlı olarak hizmet vermekte olup bu Müdürlük; Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği m.20/2 “Adalet komisyonu bulunan yerlerde Bakanlığa bağlı olarak Cumhuriyet başsavcılığının gözetim ve denetiminde müdürlük kurulumu” hükmü gereğince Cumhuriyet başsavcılığının denetim ve gözetiminde hizmet vermektedirler. Bu durum Sosyal İnceleme Raporunu Hazırlayan uzmanın bağımsız olmaması ve haliyle raporunda şeffaf ve tarafsız hazırlanmaması kuşkusunu beraberinde getirmektedir.

Sosyal İnceleme Raporları hususunda uygulamada karşılaşılan ve artık kronikleşmiş olan bir diğer sorun ise, Raporun ne zaman hazırlandığı hususudur. Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği m.35/2 “Cumhuriyet savcısı çocuğun üstün yararı ilkesi uyarınca tedbir odaklı yaklaşımın bir neticesi olarak uygun koruyucu ve destekleyici tedbirlerin belirlenebilmesi, çocuğun ifadesinin alınması, sosyal inceleme raporu hazırlanması veya çocuk hakkındaki diğer işlemlerin yerine getirilebilmesi için müdürlükten adli destek görevlisi görevlendirilmesini isteyebilir” ifadesiyle Cumhuriyet savcısının henüz soruşturma aşamasında Sosyal İnceleme Raporu hazırlanmasını re’sen isteyebileceği belirtilmiştir. Kaldı ki suça itilmiş olan çocuğun suç fiilini gerçekleştirdiği ana en yakın zaman içerisinde yani henüz soruşturma aşamasında rapor hazırlanması, Sosyal

İnceleme Raporlarının çocuğu suça iten faktörleri inceleyen ve bu faktörlerin suçla illiyet bağını kurmaya çalışan ve çocuğun suç işlemesini önleyici, adalet duygusunu onarıcı ve toplumsal uzlaşa sağlayan çözümler öneren raporlar olduğu düşünüldüğünde, doğası gereği soruşturma aşamasında hazırlanması gerektiği görülecektir. Ancak uygulamada bu raporların kovuşturma aşamasına geçtikten sonra talep üzerine hazırlandığı görülmektedir. Gelişimlerinin en hızlı olduğu evre olan çocukluk döneminde ayların bile gelişim durumları üzerinde çok ciddi önem arz ettiği hususu Türkiye'deki yargılamaların kovuşturma evresine geçmesinin bazen yılları bulduğu gerçekliğiyle birlikte değerlendirildiğinde hakkında Sosyal İnceleme Raporu hazırlanan çocuğun suç filini gerçekleştirdiği tarihteki çocukla aynı gelişim evresinde olmayan farklı bir çocuk olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

Yine soruşturma aşaması sonunda Cumhuriyet savcısının İddianame hazırladığı düşünüldüğünde, Sosyal İnceleme Raporu alınmaksızın hazırlanmış bir İddianamede Cumhuriyet savcısının ceza verilmesi veya koruma/güvenlik tedbiri uygulanması talebinde bulunması, İddianameyi dayanaktan yoksun hale getirecektir.

Bu tebliğde Türkiye'deki Çocuk Adalet Sisteminin benimsediği suç ve cezaya odaklanmış olan geleneksel yaklaşımın Sosyal İnceleme Raporları üzerindeki etkisi irdelenerek konu teori ve Yargıtay kararları değerlendirilerek uygulama üzerinden bir değerlendirme yapılacaktır.

Examination Of The Judicial Justice System In Turkey

In Terms Of Social Investigation Reports

Child Protection Law? Juvenile Punishment Law?

The juvenile justice system in Turkey, which systematizes juvenile trials in a way that is specific to and appropriate for the child in terms of procedure and substance, adopts an approach called the traditional approach that focuses on crime and punishment.

In juvenile justice systems where this approach focusing on crime and punishment is adopted, instead of investigating the reasons why the child who is involved in the juvenile justice system is pushed to crime and doing restorative work to prevent the child from committing crime again, the regulator of the juvenile justice system in Turkey is Great importance is attached to the “Social Investigation Reports in the Child Protection Law”. And this creates a relatively contradictory situation.

However, when the juvenile justice system in Turkey is examined as a whole, the way social investigation reports are prepared and the fact that the experts who prepare them are not independent experts create the impression that these reports are only a formal procedure for the system.

When the phenomenon of children pushed to crime is considered from the perspective of the ecological system, each of the micro and macro factors that push the child to crime should be examined on-site by the Social Worker and the “Social Investigation Report” should be prepared in a way to establish the relationship of each of these factors with crime. However, in practice, it is seen that the child who has been pushed into a crime is called to the courthouse and after a short interview, printed reports are prepared, the main purpose of which is “whether the child’s ability to perceive the legal meaning and consequences of the act he committed has developed or not”. When it is accepted that whether the child’s ability to perceive the legal meaning and consequences of the act he has committed is related to criminal responsibility, it will also be accepted that the focus of Social Investigation Reports is crime and punishment.

Again, Social Workers who prepare Social Investigation Reports serve under the Directorates of Legal Support and Victim Services, and this Directorate; In accordance with the provision of Article 20/2 of the Legal Support and Victim Services Regulation, “In places where there is a justice commission, a directorate is established under the supervision and supervision of the Chief Public Prosecutor’s Office, affiliated with the Ministry.” They provide services under the supervision and supervision of the Chief Public Prosecutor’s Office. This situation raises the suspicion that the expert who prepared the Social Investigation Report is not independent and therefore his report is not prepared in a transparent and impartial manner.

Another problem encountered in practice regarding Social Investigation Reports, which has now become chronic, is the issue of when the Report is prepared. Legal Support and Victim Services Regulation article 35/2 “The public prosecutor shall call the directorate in order to determine appropriate protective and supportive measures, take the child’s statement, prepare a social investigation report or carry out other procedures regarding the child, as a result of the precautionary approach in accordance with the principle of the best interest of the child.” “may request the appointment of a legal support officer”, it is stated that the public prosecutor may request the preparation of a Social Investigation Report at the investigation stage. Moreover, the preparation of a report as close as possible to the time when the child who has been pushed into crime commits the criminal act, that is, at the investigation stage, requires that Social Investigation Reports examine the factors that push the child to crime, try to establish the causal link between these factors and the crime, and prevent the child from committing crimes, restoring the sense of justice and providing social reconciliation. Considering that there are reports that suggest solutions, it will be seen that they should be prepared at the investigation stage due to their nature. However, in practice, it is seen that these reports are prepared upon request after the prosecution phase has passed. When the fact that even months are of great importance on the developmental status of the

child during childhood, which is the most rapid stage of development, is evaluated together with the fact that it sometimes takes years for the trials in Turkey to proceed to the prosecution phase, it can be seen that the child about whom the Social Investigation Report is prepared is not at the same developmental stage as the child on the date of the criminal act. It would be possible to say that he is a different child.

Again, considering that the Public Prosecutor prepares an Indictment at the end of the investigation phase, the Public Prosecutor's request for punishment or protection/security measures in an Indictment prepared without obtaining a Social Investigation Report will render the Indictment baseless.

In this paper, the effect of the traditional approach focused on crime and punishment adopted by the Juvenile Justice System in Turkey on Social Investigation Reports is examined; An evaluation will be made based on practice by evaluating the subject, theory and Supreme Court decisions.

Av. Arb. Mehmet Emin GÜN

Türkiye’de Kız Çocuklarının Adalete Erişimde Karşılaştığı Sorunlar ve CEDAW Kapsamında Çözüm Önerileri

Selvi Müleyke ŞEN^[1]

Adalete erişim günümüze yakın tarihlerde tartışılmaya başlanmış ve özellikle 2000li yıllardan sonra dikkatleri üzerine çekmiş yeni çalışma alanlarından biridir. Adalete erişim tek ve standart bir tanımının yapılması mümkün değildir. Bu tanıyı yapabilmek adalete erişimi dar anlamda mı geniş anlamda mı değerlendirdiğimize göre değişecektir. 2000’ler öncesi adalete erişim dar anlamıyla mahkemelere ekonomik erişimle sınırlı şekilde anlaşıırken günümüzde oldukça kapsamlı bir adalete erişim anlayışı vardır. Bu nedenle literatürde bulunan birçok tanıma da göz önünde bulundurarak adalete erişimi tanımlamaya çalışacak olursak; “*adalete erişim hukukun gerçek hayatta uygulamaya koyulması ve mahkemeler aracılığıyla adaletin sağlanıp sağlanamadığı ve sağlanamadığı hallerde bunun nasıl iyileştirilebileceği üzerinde durur*”. Geçmişte mahkemelere erişim yalnızca dezavantajlı grupların avukat ile temsiline ilişkin kaygıları içerirken günümüzde mahkemelerin engelli kimseler için erişilebilir olması, kadınların okuma yazma oranları, kolluk kuvvetlerinin uygulamaları, toplumsal

[1] Araştırma Görevlisi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans eğitiminin ardından Ankara Barosu nezdinde yasal stajını tamamlamıştır. 2021’den beri araştırma görevlisi olarak görev yapmaktadır. 2023 yılında Ankara Üniversitesinden “Kız Çocuklarının Adalete Erişimi: Feminist Perspektiften Bir İnceleme” başlıklı yüksek lisans tezi ile mezun olmuş ve yine aynı üniversitede hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanında doktora eğitimine devam etmektedir.

cinsiyete dayalı ayrımcılıklar ve benzeri çok çeşitli unsur adalete erişim önünde birer engel olarak değerlendirilmektedir.

Etkili bir adalete erişim toplumun her kesimi için iyileştirilmesi gereken bir hedeftir. Ancak dezavantajlı grupların diğerlerine göre adalete erişimde çok daha fazla engelle karşılaştığı görülmektedir. Bu bildiride adalete erişim konusunda dezavantajlı gruba dahil edebileceğimiz kız çocukları üzerinde durulacaktır. Kız çocukları yaşları ve cinsiyetleri itibariyle kesişimsel bir ayrımcılığın mağduru olmaktadır. Adalete erişim konusunda ise hem yaşları nedeniyle sahip oldukları kısıtlar hem de cinsiyetleri nedeniyle maruz kaldıkları toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık ve zararlı klişeler onların adalete erişimde yaşadıkları sorunları şiddetlendirmektedir.

Kız çocuklarının adalete erişimi önündeki engeller fiziksel engeller, kurumsal/yapısal engeller, sosyal ve kültürel engeller, ekonomik engeller, hukuki bilginin eksikliğinden kaynaklı engeller olmak üzere beş başlıkta incelenebilir. Bunlar her birey için söz konusu olabilecek genel bir sınıflandırma olmakla birlikte kız çocukları bakımından daha şiddetli ve farklı yönlerden tecrübe edilmektedir. Bu nedenle kız çocuklarının adalete erişiminin etkili bir şekilde sağlanması için özel çalışmaların yapılması ve kız çocuklarının korunmasını ve gelişmesini sağlayan mekanizmalar geliştirilmelidir.

Burada bizler için CEDAW Komitesinin 33 sayılı Kadınların Adalete Erişimine Dair Genel Tavsiyesi önem taşımaktadır. Tavsiye kararı kadınların adalete erişimi olarak başlıklandırılmasına karşın tavsiyenin ilk maddesinde metindeki tüm öneri ve tedbirlerin kız çocuklarını da kapsadığı belirtilmektedir. Tavsiye devletlere kız çocuklarının adalete erişimi konusunda çeşitli görev ve sorumluluklar yüklemektedir. Adalete erişim yukarıda bahsedildiği üzere yalnızca mahkemelere erişimi ya da yargılamaya ilişkin hususları kapsamamaktadır. Tavsiye metninde yargıya ilişkin ciddi

öneriler yer almakla birlikte CEDAW Komitesi de adalete erişimin kız çocukları ve kadınlar bakımından toplumsal cinsiyetle yakından bağlantılı olduğunu ve birçok engelin temelinde toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığın yattığını görmüştür. Bu nedenle Komite kız çocuklarının adalete erişiminin yalnızca iyi bir adalet sistemiyle çözülemeyeceğini; toplumsal olarak da cinsiyet eşitliğinin sağlanmasının ve bu konuda bilinç düzeyinin yükseltilmesinin önem taşıdığını özellikle vurgulamaktadır ve bu konuda da devletlere çeşitli görevler yüklemektedir.

Anahtar Kelimeler: adalete erişim, toplumsal cinsiyet, kız çocukları, CEDAW, eşitlik.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

CEZA ADALET SİSTEMİ

Kanun Değiştirmekle Reform Oluyor Mu? Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları Üzerinden Ceza Muhakemesi Hukukuna Bir Bakış

Fahri GökçenTANER

ÖZET

Bu bildiride, Anayasa Mahkemesi'nin son yıllarda verdiği iptal kararları üzerinden ceza muhakemesi hukuku sisteminde bir süredir var olan veya sisteme son dönemde giren düzenlemelerin değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Kurultayın temaları doğrultusunda kararlar iki grup olarak ele alınacaktır.

Birinci grupta Anayasa Mahkemesi'nin alternatif çözüm yöntemleri ve alternatif muhakeme usulleri hakkında verdiği şu kararlar yer almaktadır:

1. Seri muhakemeye ilişkin normun iptali (E. 2020/35, K. 2021/26, T. 31/3/2021)
2. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin normun iptali (E. 2022/120, K. 2023/107, T.1/6/2023)
3. Uzlaştırma sonrasında tazminat davası açılmamasına ilişkin normun iptali (E. 2023/43, K. 2023/141, T. 26/7/2023)
4. Basit yargılama usulünde itiraza ilişkin ilişkin normu iptali (E. 2020/79, K. 2023/113, T. 22/6/2023)
5. Basit yargılama usulüne ilişkin zaman sınırlaması koyan CMK'nın geçiçi 5. maddesine ilişkin iptal kararları (E. 2020/81, K. 2021/4, T. 14/1/2021; E. 2020/16, K. 2020/33, T. 25/6/2020)

Kanımızca bu iptal kararlarının altında yatan temel nedeni ilgili düzenlemelerin amacın öncelikli olarak iş yükünü azaltmak olmasıdır. İş yükünün azaltılmasına odaklanılırken, ortaya çıkabilecek hak ihlallerini önleyecek mekanizmalara yer verilmemesi veya değişikliğin açıkça Anayasa'ya aykırı olması beraberinde iptal kararlarını getirmiştir. Buna ek olarak ilgili düzenlemelerde iptale yol açmayan ancak adil yargılanma hakkını ihlal etme potansiyeli bulunan başka noktalar da vardır.

Alternatif çözüm yöntemleri ve muhakeme usulleri, duruşma açılan iş sayısını azaltmak ve böylece daha kaliteli bir duruşmaya imkân sağlayabilir. AİHM içtihatlarında da, temel usuli güvenceler sağlanmak kaydıyla bu yöntemlerin adil yargılanma hakkını ihlal etmeyebileceği vurgulanmıştır. Kanun değişikliği yapılırken hatırd tutulması gereken bir husus adil yargılanma hakkından feragat edilerek gerçeğe ulaşılamayacağıdır. Bu güvencelerin zaman zaman bir formalite veya süreyi uzatan bir külfet olarak görülmesi, sorunun ve iptal kararlarının altında yatan temel etmenlerdir.

İncelenecek ikinci grupta ise adil yargılanma hakkına ilişkin şu kararlar yer almaktadır:

1. CMK'nın 247.maddesi uyarınca bağlamında kaçak durumunda bulunan sanığın yargılamadan kaçmadığını ve/veya duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmediğini öne sürerek yeniden değerlendirme yapılmasına dair güvence bulunmamasına ilişkin iptal kararı (**E. 2022/145, K. 2023/59, T. 22/3/2023**)

2. İstinaf kanun yolunda duruşmada sanığa duruşmada hazır bulunma zorunluluğu yükleyen ve müdafî ile temsile imkân vermeyen normun iptali (**E. 2017/49, K. 2017/113, T. 14.6.2017**)

3. CMK'nın 308/A maddesinde yer alan bölge adliye mahkemesi başsavcısının itirazına ilişkin normun iptali (**E. 2021/48, K. 2022/7, T.**

26/1 /2022.)

4. CMK'nın ilk derece mahkemesinin beraat kararının bozularak ilk defa verilen mahkûmiyete ilişkin kararlarına karşı da temyiz yolu kapatan 286/1-d maddesinde yer alan normun iptali (E. 2018/71, K. 2018/118, T. 27/12/2018)

5. İstinaf kanun yolunda başvuru süresinin tefhimle başlamasına cevaz veren kuralın iptali yer almaktadır. (E. 2022/144, K. 2023/137, T. 26/7/2023)

Bu kuralların iptalinde, çelişmeli muhakeme, iki dereceli yargılanma hakkı, gerekçeli karar hakkı, mahkemeye erişim hakkı ve savunma hakkına ilişkin bazı güvencelerin eksikliği temel iptal nedenidir.

Yukarıdaki kararlarda iptale yol açan gerekçelerin önemli bir kısmı, ceza muhakemesi alanında çalışanlar için sürpriz değildir. Kanun koyucunun uygulamanın sorunlarını görmesine rağmen inisiyatif almaması ve ancak Anayasa Mahkemesi'nin adeta iptal kararları sonrasında harekete geçmesi bir ceza hukuku politikası sorunudur. Kanun koyucunun uygulamada gördüğü sorunlara daha hızlı müdahale etmesi, şüphesiz çoğunlukla yürürlüğü 9 ay ertelenerek verilen iptal kararlarından daha hızlı etki doğuracaktır.

Kısaca başlıktaki soruya cevap vermek gerekirse kanun değiştirmeden elbette reform olmaz. Ama bir değişikliğin reform olarak anılabilmesi için doğru bir strateji doğrultusunda ve planlı bir şekilde yapılması gereklidir.

Anahtar kelimeler: Adil yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkı, lehe kanunun geriye yürümesi, savunma hakkı, çelişmeli muhakeme

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Elemanı



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

**3. GÜN
13 OCAK 2024**



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Birinci Oturum

**ALTERNATİF ÇÖZÜM
YOLLARINDA ARABULUCULUK**

Ortaklığın Giderilmesi Davasında Arabuluculuk

Hasan Ali GÜÇLÜ

Miras kalan malların çok olması, tarafların çok olması ve taraflar arasındaki iletişimsizlik sebebiyle bir anlaşma olmaması sebebi ile malların bölünemediği gerçeği hepimizin malumudur. Malların bölünememesi olgusu taraflar arasında çatışmaya sebebiyet vermekte ve taraflar arasındaki bu çatışma “ ortaklığın giderilmesi” davası ile neticelenmektedir. Ortaklığın giderilmesi davasında ortaklığa konu malların aynen paylaşılmasına ya da açık artırma yoluyla satılmasına ve bedelin ortaklar arasında paylaşılmasına karar verilir. Satışa karar verilmesi durumunda dava ve satış masraflarının bir hayli yüksek tuttuğu aşikârdır. Üstelik satış sonunda elde edilen bedel tarafları tatmin etmeyebilir. Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurmak taraflar açısından yüksek yargılama gideri nedeniyle oluşacak zararı asgariye indirir. 05.04. 2023 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7745 Sayılı kanun ile ortaklığın giderilmesi davasında zorunlu arabuluculuk şartı getirilmiştir. Bu ilgili madde 01.09. 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Aile bireylerinin aile yadigarı olarak gördükleri malların ortaklığın giderilmesi davası ile satılması hem maddi hem de manevi kayıplara neden olabilir. Ortaklar, dava yoluna başvurmadan arabuluculuğa başvurduklarında taraf sayısı ne kadar çok olursa olsun iletişim kurabilmeleri ortak arzularına en uygun kararı vermelerinde çok önemlidir.

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlığının dava yolu ile çözülmeye çalışılması uyuşmazlığın çözüm sürecini oldukça uzatır. Ortaklığın giderilmesi ile ilgili uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözülmek istendiğinde elbette ki

çözüm süreci kısa olmayacaktır. Arabuluculuk süreci açısından ortaklığın giderilmesi ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü uzun bir süre alsa da yargılama süreci ile kıyaslandığında süreler hala çok kısadır.

Ortaklığın giderilmesinde arabuluculuğa menkuller, gayrimenkuller, alacaklar, tahviller ve markalar konu edilebilir. Arabuluculuğun esnek bir süreç olması sebebi ile sürecin başında gündeme dâhil edilmeyen hak ve mallar sonradan sürece dâhil edilebilir. Arabuluculuk sürecinin başında gündeme dâhil edilen hak ve mallar gündemden çıkarılabilir. Arabuluculuk süreci bir yargılama olmaması sebebi ile taleple bağlılık kuralı söz konusu değildir. Ortaklığın giderilmesi ile ilgili arabuluculuk sürecinde de taleple bağlılık söz konusu olmayacaktır. Ortaklığın giderilmesi davasında olduğu gibi öncelikle paylaşırma olmazsa satış yapma gibi bir terdit sıralamasına gerek yoktur. Bu durum kanaatimizce tarafların lehinedir. Ortaklığın giderilmesi ile ilgili uyuşmazlıkla ilgili hem dava öncesinde hem de dava sırasında arabuluculuğa başvurulabilir.

Ortaklığın giderilmesi ile ilgili arabuluculuk sürecinde geçerli bir anlaşmaya varmak için bazı hususlara dikkat etmek gerekecektir. Öncelikle anlaşmanın imar ve tarım arazilerine ilişkin mevzuata uygun olması gerekmektedir. Paylı mülkiyet söz konusu ise paydaşların bazılarının anlaşması bazılarının ise anlaşmaması mümkündür. Böyle bir durum söz konusu olduğunda anlaşılan taraflar arasında arabuluculuğun tamamlanması söz konusu olabilir.

Bu tebliğ ile bir reform niteliğinde gördüğümüz ortaklığın giderilmesi davasında zorunlu arabuluculuk süreci ile ilgili açıklamalarda bulunulacaktır. Ortaklığın giderilmesi ile ilgili arabuluculuk sürecinin, yargının iş yükü üzerine etkisine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Ortaklığın Giderilmesi, Zorunlu Arabuluculuk, Aynen Paylaşma, Açık Artırma Yolu İle Satış

Mediation In The Dissolution Of Partnership Case

We all know that the property cannot be divided due to the large number of inherited properties, the number of parties, and the lack of an agreement due to lack of communication between the parties. The fact that the goods cannot be divided causes conflict between the parties, and this conflict between the parties results in the “dissolution of partnership” lawsuit. In the case of dissolving the partnership, it is decided that the assets subject to the partnership will be shared as they are or sold through auction and the price will be shared between the partners. If a decision is made to sell, it is obvious that the litigation and sales costs are quite high. Moreover, the price obtained at the end of the sale may not satisfy the parties. Applying to mediation in partnership dissolution disputes minimizes the damage to the parties due to high litigation costs. 05.04. With the Law No. 7745 published in the Official Gazette dated 2023, compulsory mediation was introduced in the case of dissolution of partnership. This relevant article is 01.09. It entered into force in 2023.

Selling the property that family members consider as family heirlooms through a dissolution of partnership case may cause both material and moral losses. When partners resort to mediation without resorting to litigation, it is very important for them to be able to communicate, regardless of the number of parties, in making the decision that best suits their common desires.

Trying to resolve the partnership dissolution dispute through litigation will prolong the resolution process of the dispute considerably. When disputes regarding the dissolution of the partnership are wanted to be resolved through mediation, the resolution process will of course not be short. Although it takes a long time to resolve disputes regarding the dissolution of partnership in terms of the mediation process, the times are still very short compared to the trial process.

Movables, real estate, receivables, bonds and trademarks may be the subject of mediation in dissolving the partnership. Since mediation is a fle-

xible process, rights and goods that were not included in the agenda at the beginning of the process can be included in the process later. Rights and goods that were included in the agenda at the beginning of the mediation process can be removed from the agenda. Since the mediation process is not a trial, the rule of adherence by request is not applicable. There will be no commitment by demand during the mediation process regarding the dissolution of the partnership. If there is no partition first, as in the case of dissolving the partnership, there is no need for a territorial order such as selling. In our opinion, this situation is in favor of the parties. Mediation can be used both before and during the lawsuit regarding the dispute regarding the dissolution of the partnership.

It will be necessary to pay attention to some issues in order to reach a valid agreement during the mediation process regarding the dissolution of the partnership. First of all, the agreement must comply with the legislation regarding zoning and agricultural lands. In case of shared ownership, it is possible for some stakeholders to agree and others not to agree. In such a situation, it may be possible to complete mediation between the agreeing parties.

With this notification, explanations will be made regarding the compulsory mediation process in the case of dissolution of partnership, which we see as a reform. The impact of the mediation process regarding the dissolution of the partnership on the workload of the judiciary will be discussed.

Keywords: Mediation, Dissolution of Partnership, Compulsory Mediation, Share in Kind, Sale by Auction

Zorunlu Deprem Sigortası Çerçevesinde DASK Aleyhine İleri Sürülecek Tazminat Talepleri Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi midir?

Serdar HIZIR, Alper BULUR

6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu (ASK) ve bu Kanun’a bağlı ikincil mevzuat ile düzenlenen zorunlu deprem sigortası uyarınca, depremin neden olduğu belirli zararların karşılanması için, hak sahipleri tarafından Doğal Afet Sigortaları Kurumu’na (DASK) başvurulabilmektedir. ASK ve zorunlu deprem sigortası, 06 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen Kahramanmaraş merkezli depremlerin yol açtığı zararlar dolayısıyla, yeniden gündeme gelmiştir. Bununla birlikte, depremde zarar gören ve söz konusu sigorta kapsamında tazminat talep etmeye hak kazanan kişilerce DASK aleyhine yargı yoluna başvurulmadan önce dava şartı olarak arabuluculuk yolunun tüketilmesinin gerekip gerekmediği, uygulamada ve öğretide bazı görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Belirtilen görüş ayrılıklarından ilki, zorunlu deprem sigortasının ve DASK’ın hukuki niteliğinden hareketle, anılan kurum aleyhine açılacak davaların, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) açısından “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konulardan kaynaklanan bir uyuşmazlık” niteliğini taşıyıp taşımadığına ilişkindir. Nitekim HUAK m. 1’in madde gerekçesinde arabuluculuğun her türlü hukuk uyuşmazlıklarında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, bir başka ifadeyle “sulh” olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları bağlamında uygulanma alanı bulacağı; “kamu düzenine” ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına

olanak vermeyen hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Çalışmamızda “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi” ve “ kamu düzenine ilişkin olma” ifadelerinden ne anlaşılması gerektiği ayrı ayrı incelenecek ve bu unsurların zorunlu deprem sigortasına dayanan talepler açısından ne ölçüde bir kıstas olabileceği irdelenecektir. İkinci olarak, deprem nedeniyle DASK aleyhine ileri sürülen sigorta tazminatı taleplerinin arabuluculuk yöntemiyle çözülmesinde, arabuluculuğun “ iradîlik” ve “ eşitlik” ilkelerinin dava şartı arabuluculuğa tabi olma bakımından bir kıstas olup olmadığı değerlendirilecektir.

Konuya ilişkin bir diğer görüş ayrılığı, temel olarak DASK’ın kamu tüzel kişisi niteliğini taşıması ve zorunlu deprem sigortasının 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) açıkça düzenlenmemesi nedeniyle, söz konusu sigortadan kaynaklanan uyuşmazlıkların TTK kapsamına girip girmediği ve devamla ticari dava niteliği taşıyıp taşımadığı noktasındadır. Sorunun öğretilde özellikle zorunlu deprem sigortası ve DASK hakkında TTK’nın sigorta hukuku kitabının uygulama alanı bulup bulmayacağı noktasında tartışıldığı tespit edilmektedir. Bu bağlamda çalışmada, zorunlu deprem sigortasına dayanılarak açılacak davaların TTK anlamında ticari dava olarak kabul edilip edilemeyeceği üzerinde durulacaktır. DASK’ın hukuki niteliği bağlamında sigorta şirketi/ sigortacı kavramları, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu açısından ruhsat alma zorunluluğunun TTK hükümlerinin uygulanması bakımından bir koşul niteliğini taşıyıp taşımadığı, ticaret hukuku ve özelde sigorta hukuku ilkeleri ve yargı kararları çerçevesinde incelenecektir. Nihayet DASK aleyhine zorunlu deprem sigortası dolayısıyla açılacak davalara konu edilen uyuşmazlıkların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) kapsamına girip girmediği de öğretilde görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Özellikle, DASK

ile sigorta ettiren arasında akdedilen zorunlu deprem sigortası sözleşmesinin bir tüketici işlemi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, konuya ilişkin tartışmanın odak noktasında bulunmaktadır. Çalışmada, DASK'ın hukuki niteliği ve zorunlu deprem sigortasındaki rolü de dikkate alınarak, TKHK'da düzenlenen özellikle tüketici işlemi, tüketici ve sağlayıcı kavramları irdelenecektir. Sonuç olarak, bahsedilen konulara ilişkin öğretide ileri sürülen görüşlerin ve Yargıtay kararlarının da ışığında, varılan değerlendirmelerden hareketle, zorunlu deprem sigortasının gerek TTK m. 5/A gerek TKHK m. 73/A hükümleri bakımından dava şartı arabuluculuk kapsamına girip girmediğine dair görüşümüz paylaşılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Deprem Sigortası, DASK, Dava Şartı Arabuluculuk, Türk Ticaret Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları İkinci Oturum

**CEZASIZLIK VE AŞKIN
CEZALANDIRMA**

Aşkın Cezalandırma ve Cezasızlık Sarkacında Türkiye Hukuku

Denizer Şanlı^[1]

Bir uygulama sorunsalı olarak Türkiye’de ceza siyaseti, birbiriyle çelişkili gibi görünen iki farklı eğilimi aynı anda barındırmaktadır: Bir yandan, başta “terörle mücadele hukuku” ve “devlete karşı işlenen suçlar” olmak üzere bazı suç tipleri söz konusu olduğunda aşırı cezalandırma pratikleri yaşama geçirilirken, diğer yandan yürürlükteki ceza yasaları hükümlerine göre cezalandırılması gereken “kadın cinayetleri”, kamu görevlilerinin işlediği suçlar ve hatta adli örgütlü suçlar/ mafya örgütlenmeleri gibi bazı suç tip ve alanları, Türk yargı sistemi tarafından cezasızlık eğilim ve uygulamalarıyla karşılanmaktadır. Bu açıdan her iki eğilim, madalyonun iki ayrı yüzü gibidir.

Aşkın cezalandırma eğilimi, kaynağını büyük oranda yürürlükteki hukuk sisteminden almaktadır: Gerçekten de başta terör suçları olmak üzere “tehlikeli” sayılan suçlar, soruşturma, kovuşturma ve infaz düzleminde ıslah ya da “uygun karşılık”tan ziyade “tehlikeyi bertaraf etme” amacına yönelik yasal düzenlemelerle karşılanmaktadır. Bununla birlikte, tehlikelilikle mücadele çerçevesi, ceza hukuku çerçevesini de aşarak idari ve adli yargı alanlarına doğru genişlemekte, tehlikeli sayılan kişilerle mücadele, tüm hukuksal alanlarda hukuki bir pratik olarak geçerlilik bulmaktadır. Literatürde “düşman ceza hukuku” olarak ifade edilen bu eğilim gerek yasa yürürlüğü gerekse de yorum/içtihat yoluyla büyük oranda hâkim bir yargı pratiği haline gelmiştir.

Buna karşılık cezasızlık eğilimi, toplumsal/kültürel formlarla da

[1] Ankara Barosu, Avukat; Hukuk Doktoru

beslendiği varsayılan fakat asıl olarak yürürlükteki yasaların yorumuyla/ uygulanmamasıyla egemen hale gelen bir hukuksal pratiktir. Cezalandırmama uygulamaları, faili “tehlikeli” saymayıp “normal hukuk”a tabi kılmakla kalmamakta, organize suçlar/mafya örgütlenmeleri örneklerinde olduğu gibi, hukuk sisteminde esasen “tehlikeli” addedilen suç tipi ve alanlarında da yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. Bu, büyük oranda siyasal yapı tarafından belirlenen ve uygulama alanı bulan bir durumdur.

Çalışma, aşkın cezalandırma ve cezasızlık uygulamaları arasındaki ilişkiyi hukuksal alandaki görüngüleri ekseninde ele almakla birlikte, esasen bu eğilimlerin nedenlerine ve yapı ile ilişkisi üzerine odaklanmaktadır. Bu bağlamda, hukuksal alanı da kapsayan, ancak esasen ve kaçınılmaz olarak siyasal yapı ve onun kararlarıyla temellenen/biçimlenen ve hukuk alanında etki ve sonuçlar yaratan bir durumdan söz etmek yanlış olmaz. Dolayısıyla çalışma, kamuoyunca da yaygın biçimde bilinen bazı yargısal süreçleri örneklem olarak ele almakla birlikte, bundan daha çok, duruma yol açan nedenleri, siyasal alanla ilişkili olarak tanımlamakta ve bu alanca belirlenen özgül hukuksal süreçlere yoğunlaşmaktadır.

Bu yönden çalışma, aşkın cezalandırma ve cezasızlık uygulamalarının dar anlamda hukuki alana ilişkin görünümünden ziyade, Türkiye’de siyasal yapı ile hukuk yürürlüğü arasındaki ilişki ve belirlenimlere ilişkin bir tartışma çerçevesi sağlayabilecektir.

Anahtar Sözcükler: Aşkın cezalandırma, cezasızlık, terör suçları, organize suçlar, kadın cinayetleri.

Türkiye Cumhuriyeti'nin İkinci Yüzyılında Ceza Adalet Sisteminin İşlevinin Yeniden Tesisinin Önündeki Engeller: Yargının Popülistliği ve Cezasızlık Kültürü

Mehmet Baran SELANİK

Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. Yılı'nı geride bıraktığımız bu dönemde devletin üç organının belki de en önemlisi olan “yargı” erkinin bir yargılayamama krizi içerisinde olduğunu görüyoruz. Modern toplumlardaki hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmezi olan kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir kolu olan tarafsız ve bağımsız yargının ülkemizde hızla ortadan kalktığına tanıklık ediyoruz. Bunun sonucu olarak Türkiye, Anayasa'nın 2. maddesindeki Cumhuriyetin niteliklerinden olan hukuk devleti olma özelliğini hızla yitirmektedir.

Türkiye'deki yargının içerisinde bulunduğu yargılayamama durumu hem yapılan hem yapılamayan yargılamalarda kendini göstermektedir. Yine yargı erkine ve yetkisine doğrudan veya dolaylı olarak yapılan yasama ve yürütme organlarının müdahaleleri yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığını bertaraf etmektedir.

Yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı toplumda özellikle ceza yargılamaları üzerinden okunan ve konuşulan bir durumdur. Ceza hukuku ve yargılamaları sürekli göz önündedir, toplumun yoğun ilgisini çeker ve devletin toplumu şekillendirmede kullanmaktan hiç çekinmediği bir enstrüman haline gelmiştir. Pasukanis'in de dediği gibi ceza hukukunun bu denli büyük bir ilgiye mazhar olması kişiye en doğrudan ve en sert etki eden hukuk

türü olmasıdır.^[1]

Modern dünya ülkelerinde suçu aydınlatmak yani faileri bulmak, suçla ilişkin delilleri toplamak, bunları ilgili makamlara sunmak, bu delillere göre faileri yargı makamlarına sevk etmek, yargı makamlarının bu işleri hukuk kurallarına göre çözüme ulaştırmak, kesinleşen hükümlerin içerdiği yaptırımları yerine getirmek ve infaz etmekle görevli otoritelerden oluşmuş ve her aşamada bireyin avukat yardımından yararlanabildiği resmi örgütlenmelerin meydana getirdiği sisteme, ceza adalet sistemi denilmektedir.^[2] Ceza adalet sistemi içerisindeki her birimin hukuka bağlılığı olması gereken bir durum olsa da Türkiye’de yargı makamı dışında kalan birimlerin hukuku yok saydığı uygulamalar sıradanlaşmıştır. Günümüzde ise yargı makamının da işlemlerinde hukuku ikinci plana attığı, sosyal medyanın beklentisini ve yürütme erkinin talimatlarını karşılamayı öncelik haline getirdiği görülmektedir.

Yargı, popülistliği önceleyerek bir cezalandırma yöntemi olarak koruma tedbirlerini ve özellikle tutuklama tedbirini sıradanlaştırmış, toplumda infial yarattığı düşünülen olaylarda önceliği toplumu “sakinleştirmek” için kararlar vermeye başlamıştır. Yine, Türkiye’nin siyasi gündemi ile yakından ilgili davalarda kararlarını hukuka göre değil yürütme erkinin tavrına göre belirleme ihtiyacı gütmeye başlamıştır. Özellikle HSK’nin yapısı, hakimleri verdikleri kararlarda kendi koltuklarını, konforlarını, yaşam alanlarını düşünmeye sevk etmektedir. Popülist davranarak kendi güvenli alanlarında yaşamak ve çalışmak yargı makamları için ilk amaç haline gel-

[1] İrem **Şanlı**, Marksist Ceza Adaleti Eleştirisi, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 2097-2109, syf. 2103, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/IREM-SANLI.pdf> (Erişim Tarihi: 30.10.2023)

[2] Sulh **Dönmezer**/Feridun **Yenisey**, Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998, TESEV Yay., İstanbul, 2000, syf. 10 , https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/rapor_ceza_adalet_sisteminin_etkinligi.pdf (Erişim Tarihi: 30.10.2023)

miştir. Bu popülistlik ceza adalet sistemini yapılandıran yasama erkine de sirayet etmiş ve yargının vermiş olduğı kararların uygulanabilirliğini ortadan kaldıran infaz düzenlemeleriyle ceza adalet sisteminin işlevi ortadan kaldırılmıştır.

Ceza adalet sisteminin etkinliğı aynı zamanda toplumdaki her bireyin yargı önünde eşit olduğunun kabulü ve uygulamada bu durumun bir karşılığı olduğunun anlaşılmasıyla sağlanabilir. Bugün Türkiye’de mevcut yargı pratiğı düşman ceza hukuku üstüne kurulu olmakla, bu düşman ceza hukukunun sadece şüpheli/sanıkların “düşman” olması durumunda değil şüpheli/sanıkların “dost” olduğü durumlarda da ortaya çıktığını düşünmekteyiz. Eğer fail, devlet görevlisiyse Türkiye’de soruşturmalar ve kovuşturmalar bir cezasızlıkla sonlanmaktadır.

Türkiye’de ‘cezasızlık’ iktidardan iktidara devredilen, süreklilik arz eden, yasama ve yargı uygulamasıyla da onay bulan bir devlet pratiğıdır. İktidarlar değışse de yargı dahil devlet erkini elinde tutan her kurum/kişü bu sessiz ve derin mutabakatın parçası olmakta, cezasızlığın devamı, şüphelilerin korunması, kollanması, terfi ve taltif edilmeleri konusundaki fikri birlik titizlikle elden ele devredilmektedir.^[3]

Eğer bir ceza alınması söz konusu ise bu “dost”lar infaz sürecinde kendileri için özel çıkartılan infaz düzenlemeleriyle ya da Cumhurbaşkanı’nın affıyla cezaevlerinden çıkartılmaktadır. Ceza adalet sisteminin, soruşturmanın başlangıcından infaz sürecinin sonuna kadar herkesin eşit olması gerektiğı yönündeki özelliğı, eğer fail “dostsa” eğilip bükülebilir bir özellik haline gelmektedir. Düşman ceza hukukunun sadece düşmana uygulanan bir ceza hukuku normları bütünü olmaktan çıkartılarak, özellikle mağdurun düşman olduğü yargılamalarda cezasızlık kültürünün yerleştirildiğı bir hukuk türü olarak yeni şekliyle tekrar karşımıza çıktığını görmekteyiz.

Türkiye Cumhuriyeti’nin ikinci yüzyılında etkin bir ceza adalet sistemi için yargının popülistlikten kurtulması ve cezasızlığın ortadan kaldırılması gerektiğini düşünmekteyiz.

[3] Gülşah **Kurt**, Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci, syf. 8 https://hakikatadaletthafiza.org/wp-content/uploads/2015/02/Cezasizlik_Sorunu_Yoneticisi_Ozeti.pdf (Erişim Tarihi: 30.10.2023)

Cezasızlığın Öteki Yüzü Aşırı Suçlaştırma (Overcriminalization)

Özgür TAŞDEMİR^[1]

Aşırı suçlaştırma (*overcriminalization*), gereğinden fazla sayıda eylemin ceza hukukunun kapsamına girmesini, aynı davranışı kapsayan ve örtüşen cezai düzenlemelerin çokluğunu ve cezaların ölçüsüzce uygulanmasını niteler^[2]. Aşırı suçlaştırma, anti-sosyalliği toplumca bilinmeyen, hafif haksızlık içeriğine sahip olan, hatta daha önce hukuka uygun sayılan davranışların ceza yaptırımına bağlanmasıyla belirir. Amerika Birleşik Devletleri özelinde ortaya çıkan bu sorun ve onu niteleyen yeni bir kavram olarak aşırı suçlaştırma, risk toplumundan söz edilen günümüzde, önleyici adalet yaklaşımlarının egemenlik kazanması ve ekonomik suçların giderek yaygınlaşmasıyla, genel bir olguya dönüşmüştür^[3]. Aşırı suçlaştırma, yasadışı davranışların, yasadışı eylemlerin, yasadışı suçların, mağduru belli olmayan suçların, tehlike suçlarının, bulundurma ve kalkışma suçlarının artan sayısı ile gözlemlenebilir. Artık suç siyaseti ve dolayısıyla ceza hukuku, sadece hukuksal menfaatlere zarar veren davranışları değil; menfaatler üzerindeki

[1] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Ceza İnfaz ve Güvenlik Hizmetleri Programı, Doktor Öğretim Üyesi, (kucuktasdemir@ankara.edu.tr), Orcid ID: 0000-0001-5327-1822

[2] Douglas Husak, “Six Question About Over criminalization”, **Annual Review of Criminology**, 2023, 6: 265-284, s. 269.

[3] Bkz. Fernando Molina, “A Comparison Between Continental European and Anglo-American Approaches to Over criminalization and Some Remarks on How to Deal With it”, **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, Vol. 14, No. 1, 2011, (ss. 123-138), s. 127.

risklerin de ortadan kaldırılmasını hedefler^[4]. Ceza hukukunun zarar ilkesini^[5] sorgulanabilir kılar. Risk yaratan davranışların önlenmesi, hatta daha doğmadan önlerine geçilmesi amaçlandığında, cezalandırılacak eylemlerin sayısı çarpıcı bir biçimde artmaktadır. Bu, ceza hukukunun son çare (*ultima ratio*) ilkesini önemli ölçüde aşındırır. Böylelikle aşırı suçlaştırma, kişilerin özgürlük alanları giderek daraltır, ceza adaleti sisteminin yükünü artırır ve onu daha ağır suçların kovuşturulması için kullanabileceği kaynaklardan yoksun bırakır. Yan ceza kanunlarıyla çok fazla sayıda suç yaratılması da kanımızca aşırı suçlaştırmanın bir görünümü olup “normun etkinliği” sorununu^[6] beraberinde getirir. Aşırı suçlaştırma, hukukun toplum üzerindeki ahlaksal gücünü de zayıflatır^[7]. Hangi davranışların anti-sosyal özellikleriyle cezalandırılacağı belirsizleşir. Toplumcu hukuka yabancılaştırır ve kanun koyucuya güveni sarsar. Böylece, ceza adaleti sistemini verimsizleştirir ve cezasızlık olgusu olağan hale gelir. Ceza yaptırımını, genel önleme işlevini yerine getiremez olur.

Tüm bu yönleriyle, aşırı suçlaştırma ve ceza hukukunun her geçen gün ivmelenerek genişlemesi, sanayi sonrası toplum için ciddiye alınması gereken, problemli bir süreçtir. Her ne kadar bu sürecin durdurulması olanaklı gözükmesede yavaşlatılması düşünülebilir^[8]. Bunun için sihirli bir formül

[4] Douglas Husak, **Overcriminalization**, The Limits of the Criminal Law, Oxford, UK, 2008, s.160.

[5] Latince ifadesiyle “nullum crimen, nulla poena sine iniuria”.

[6] Bkz Zeki Hafızoğulları, Ceza Normu, Normatif bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A, Ankara, 1996, s.39.

[7] Erik Luna, “Overextending the Criminal Law”, Go Directly to Jail, The Criminalization of Almost Everything, (Ed. Gene Healy), Cato, 2004, USA, (ss.1-7), s.7.

[8] Molina, s.138

yoktur. Yine de bu doğrultuda, yan ceza kanunlarındaki suçların azaltılması ve bunların düzenleyici devlet modeli göz önüne alınarak kabahate dönüştürülmesi önerilebilir. Kanun koyucu, tehlike suçlarını düzenlerken daha dikkatli olup zarar olasılığından ziyade zararın ağırlığına odaklanabilir. Salt ihmalî suçların ve kalkışma suçlarının yaratılmasından olabildiğince kaçınılabilir. Kanunilik ilkesinin bir unsuru olan belirlilik ilkesinin gözetilmesine azami özen gösterilebilir.

Anahtar Kelimeler: Aşırı suçlaştırma, tehlike, önleyici adalet, zarar ilkesi, belirlilik ilkesi



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

YENİ HAKLAR – YENİ USULLER

Yargının Radarına Girecek Yeni Bir Konu: Nöro-haklar

A New Issue On The Judiciary's Radar: Neuro-Rights

Ali ERDOĞAN^[1]

İletişim ve teknoloji çağını yaşadığımız günümüzde her geçen gün yeni bir gelişmenin haberini almaktayız. Özellikle teknolojinin gösterdiği gelişmedeki patlayıcı etki geçmiş dönemde herhangi bir periyot ile şu anki eşdeğer bir periyot arasındaki inanılmaz farkı ortaya çıkarmaktadır. Böyle bir düzende hiç kuşkusuz hukukun da tüm bu gelişmeleri yakalayabilme ve/veya onlara cevap verebilme çabası olmalıdır.

Üretken Yapay Zeka veya Otonom Yapay Zeka gibi adlarla hayatımıza giren, varlıklarına dair tartışmaları her an yaptığımız, farklı hukuk alanlarından çokça çalışmanın ortaya konduğu konuya paralel olarak hali hazırda hukukun bizatihi konusu olan insan bedenine dışarıdan yapılan eklenti ve/veya müdahalelere ve bunların ortaya çıkaracaklarına da odaklanmamız gerekmektedir. Bilim ve teknoloji vasıtasıyla insan bedeninin fiziksel ve zihinsel yetilerini geliştirme ve hatta en çözülemez sorun olarak görülebilecek ölüme dair çözümlerin de ortaya konabileceğini savunan ideoloji olarak tanımlanabilecek transhümanizm dikkate alınması gereken bir konudur ve bu uğurda atılacak adımların meydana getireceği yeni durumlara dair hukukun bir cevap vermesi gerekmektedir.

İnsan bedeninin en muhteşem ama bir o kadar da en karanlık bölümü olarak nitelendirilebilecek beyne dair bilim insanları tarafından yıllardır farklı türlerde çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmalar özellikle son dönemde “nöronal aktivite okuma ve yazma” olarak tanımlayabileceğimiz nöroteknolojinin de yardımı ile beraber farklı bir seviyeye taşınmış kısacası beynin

[1] Ar. Gör. Cengiz ERGÜN, Kafkas Üniversitesi, cengizergun@gmail.com.

çalışma şekline dair bilgiler elde edilmiştir. Bu bilgiler kullanılarak ortaya çıkarılan farklı disiplinlerdeki çalışmalar ise hukuk alanında bir tetiklenmeye sebep vermektedir.

Bu bildiride öncelikle bizi günümüze getiren süreç özetlenecek, beynin çalışma şekline ve buna dair ortaya çıkarılan yeni teknolojilere değinilecek ve asıl önemli nokta olarak söz konusu teknolojiler neticesinde dünyanın farklı yerlerinde gerek hukuki düzenlemelere konu olan gerekse doktrinde halen tartışılmaya devam edilen yeni tür insan hakları olarak “nörohaklar” a değinilecektir.

Bu haklara hukuk dünyasında erişebilmek adına nöroloji alanında çalışan bilim insanları Rafael Yuste ve diğerleri tarafından şu şekilde bir sıralama yapılmaktadır:^[2] (i) zihinsel mahremiyet (mental privacy) (ii) kimlik / benlik (identity / self) (iii) temsil / özgür irade (agency / free will) (iv) bilişsel güçlendirmeye adil erişim (fair access to cognitive augmentation) (v) önyargı ve ayrımcılığa karşı koruma (protection from bias and discrimination). Bu doktrinsel çalışma sonrasında ise dünyanın farklı yerlerinde çeşitli gelimler yaşanmaya devam etmiş ancak en önemlisi, “mental bütünlük” Şili anayasasında bir hak olarak düzenlenmiştir. Ek olarak, 29 Eylül 2021’de Şili kanun koyucusu kişisel kimlik, özgür irade ve zihinsel mahremiyet haklarını belirleyen bir yasayı onaylayarak Şili’yi dünyada nöroteknolojiyi yasalaştıran ilk ülke haline getirmiştir. Avrupa kıtasında ise İspanya, nöroteknolojiyi hukuki düzenlemelere konu yapan öncü ülke olarak öne çıkmış ve “Dijital Haklar Şartı”nda açıkça bu konuya yer vermiştir. Dünyanın farklı yerlerinde de bu konuda gelişmeler yaşanırken son olarak ise 24 Ekim 2023’te Avrupa Birliği üyesi ülkelerin ilgili bakanları tarafından nöroteknolojinin geliştirilmesinde dijital hakların korunmasına yönelik ilk Avrupa deklarasyonu olan “Leon Deklarasyonu”nun tanıtımını yaptıklarına şahit olmaktadır.

[2] Yuste, R., Goering, S., Arcas, B. vd. “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”. Nature 551, 159–163 (2017).

Sonuç olarak, dünya üzerindeki hem teknolojik hem de hukuki gelişmelere bizler de cevapsız kalamayacak ve bu bildiri ile beraber söz konusu hakların kendi hukuki düzenlemelerimize ve hukuk sistemimize nasıl adapte edebileceğimizi tartışacağız.

Anahtar Kelimeler: Nöro-haklar, Transhümanizm, İnsan Hakları, Nöroteknoloji, Etik

İdarenin Yapay Zekâ Teknolojilerini Kullanmasından Doğan Sorumluluğu Çerçevesinde İdari Yargıda Grup Davası Usulü

Serkan SEYHAN

BİLDİRİ ÖZETİ

Grup dava uygulaması, aynı nedene bağlı olarak benzer bireysel zararlara uğrayan bireylerin bu zararlarının tazmini amacıyla açacakları davalarda kolaylaştırıcı bir prosedür oluşturmak için geliştirilmiştir. Bu usul uyarınca kanunun grup dava açma ehliyeti verdiği kişiler, aynı sebepten dolayı benzer zararlara uğramış kişiler adına bir dava açmakta ve davanın kabulü halinde kimi zaman binlerce kişinin durumuna dair tek bir mahkeme kararı yeterli olmaktadır.

İdari yargı sistemimizde, tüzel kişilerin üyelerinin ya da temsil ettiklerinin menfaatlerini korumak için idari yargıda dava açmaları kimi durumlarda mümkündür. Belirtilmelidir ki, idari yargılama usulündeki bu düzenleme ve uygulamaların hiçbirisi, bir kişinin belirsiz kişi grubu adına; zararın giderilmesini, ihlalin durdurulmasını veya bir hakkın tanınmasını idari yargıdan talep etmesine imkân sağlayacak nitelikte değildir. İdari yargı sistemimizde bulunan bu eksiği gidermek ve idari yargının iş yükünü azaltmak amacıyla, Adalet Bakanlığı “İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı”nı 2014 yılında hazırlamış ve kamuoyuna duyurmuştur. Yasalaşamamış olan bu Taslağın 23. maddesinde, “pilot karar” usulünün 2577 s. Kanun’a eklenmesi önerilmiştir.

Pilot karar usulüne ilişkin bu düzenleme önerisi iptal davaları bakımından etkili bir yöntem olarak kabul edilebilir. Şöyle ki, genel düzenleyici

işlemlerin iptaline ilişkin kararlar, dava açmayanlar bakımından da (*erga omnes*) etki doğurduğu için, konu özellikle birel işlemlerin iptaline ilişkin davalar yönünden değerlendirilmelidir. Yapay zekâ destekli tesis edilen birel idari işlemlerin iptal davasına konu edilmesi durumunda, idari yargıda iptal davası açma ehliyeti olarak işlemle ilgili güncel, kişisel ve meşru bir menfaat ihlali şartı aranacağından, İYUK m. 5'te aranan şartlar oluşmadığı sürece iptal davalarının ayrı ayrı açılması gerekecektir. Bu davalardan birinin pilot dava olarak seçilerek çözümlenmesi ve diğer davaların bu karara göre sonuçlandırılması etkili bir sonuç doğurmaya elverişli görünmektedir.

İdarenin yapay zekâ teknolojilerini faaliyetlerinde kullanması sonucu oluşabilecek zararların tazmini noktasında, tam yargı davaları bakımından bu usul yetersiz kalacaktır. Zira yapay zekâ teknolojileri çok hızlı şekilde devasa veri setlerini işleyerek insan kapasitesinin çok üzerinde bir verimlilikle çalışmakta ve kısa bir süre içinde binlerce insanı etkileyebilecek kararlar verebilmektedir. Kararlardan etkilenen insanların hepsinin ayrı ayrı tam yargı davası açmasını beklemek, zararların etkili tazmini noktasında yeterli faydayı sağlamayacaktır.

Bu teknolojinin idare ya da kamu hizmetinin yürütülmesini yüklenmiş özel kişi tarafından kullanılması ve benzer durumda fakat sayısı belirsiz birden çok kişinin zarar görmesine neden olunması halinde, idari yargıda kişi grubu adına dava açılabilmesine ilişkin özel ve detaylı bir usul getirilmesi faydalı olacaktır. Bu sayede hem idari yargının, yapay zekâ teknolojilerinden kaynaklı zararların tazmini için açılan davalar yüzünden ağır bir iş yükü altında girmesi önlenecek hem de masraflı ve karmaşık görünen dava yoluna gitmektense zararı kabullenmeyi tercih eden kişiler bakımından hızlı ve etkili bir tazmin yolu ihdas edilmiş olacaktır. Grup davası usulünde, davayı gören idari yargı yerine, zarar doğurucu ihlalin önlenmesine dair idareye yargısal emir verme ve verilen süre sonunda hala ihlal

önlenmemişse, gün para cezası belirleme yetkisi verilmesi ise yapay zekâ dolayısıyla henüz ihlale uğramamış kişilerin mağduriyetinin önlenmesine imkân verecektir. Nihayetinde grup davası usulü, bu teknolojiler karşısında idarenin sorumluluğunun yargı erkince etkili biçimde saptanmasına ve hukuk devleti ilkesinin sağlanmasına hizmet edecektir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, İdarenin Sorumluluğu, İdari Yargıda Grup Davası, Dava Açma Ehliyeti, Pilot Karar



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Dördüncü Oturum
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Şorli/Türkiye Kararı Örneğinde AİHM Kararlarına De Facto Derece Yargısı Direnişi ve Bir Karşı Mekanizma Önerisi

Doğan ERKAN

Türk Ceza Kanununun 299. Maddesinde düzenlenen “*Cumhurbaşkanına Hakaret*” suçuna dair bir tartışma egemenliğin millete ait olduğu bir anayasal düzlemde, anayasayla uyumlu bir alt norm olması gereken Türk Ceza Kanunu Cumhurbaşkanını, milletin üzerinde bir kişi, tüm diğer kurum ve makamların üzerinde bir kişi olarak özel bir yargılama sujesi (mağdur ya da müşteki sıfatıyla) olarak öngörülemediği” idi.

Keza AİHM’in ifade ve eleştiri özgürlüğü çerçevesini geniş, sınırlamayı ise dar yorumladığı, AİHM retoriğiyle, bir devlet görevlisine özel koruma getiren düzenlemenin “meşru amaç”tan ve demokratik gereklilikten yoksun olduğu pek çok tartışmada dile getirilmişti. Ancak Türkiye’deki mahkemeler, anayasaya aykırılık iddialarını ciddiye almayarak, bu hukuksal paradoksun sürmesine katkı sunmuşlardı.

Bu kez AİHM, TCK 299. maddeden ceza alan bir yurttaşın başvurusunda (Vedat Şorli) bizzat yasa maddesinin AİHS’e aykırı olduğunu vurgulu biçimde ortaya koyarak “özel bir suç yasasıyla artırılmış korumanın ilke olarak Sözleşme’nin ruhuna uygun olmadığına” karar verdi.

Keza AİHM, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 1577 (2007) sayılı Kararına doğrudan değinerek “mahkemenin içtihadına uyumlu olarak hakarete ilişkin mevzuattan kamuya mal olmuş kişiler için güçlendirilmiş korumayı çıkarmaya... davet etmektedir” diyerek esasen Türkiye’den TCK

299. Maddesini ilga etmesini istemiş oldu ve ekledi: “Ceza Kanunu’nun 299. maddesinin lafzı bu ortaya çıkan Avrupa fikir birliği ile uyuşmamaktadır.”

Yasal özel düzenlemenin (madde-i mahsusa) kendisinin ihlal kaynağı (ifade özgürlüğü ihlali kaynağı) olduğunu işaret eden AİHM’in bu kararı na dair kategorik tarifin Anayasa Hukuku doktriniyle “zımnen ilga” olarak ifade ettiği alandayız. Esasen Anayasa 90. Madde ve AİHS. 46. Madde bağlamında Türkiye yasa koyucu organı TCK 299. Maddeyi kaldırmalı ya da hapis cezasının hafiflettiği –olağan hakaret suçu (TCK 125. Md.) nin aksine korelasyondan vazgeçtiği – bir düzenleme yapmalıdır. Bu gerçekleşene kadar da Türkiye mahkemeleri Şorli kararıyla TCK 299. Maddenin zımnen ilga niteliğini görerek gerekçelerinde buna atıfla maddeyi uygulamaktan kaçınmalıdır.

Ancak yerel mahkemelerin büyük oranda, Şorli kararının TCK 299. Maddeyi zımnen ilgasını görmezden gelerek halen bu hükümden tecziye kararı verdikleri görülmektedir. Bu fiili yargısal direnişin İnsan hakları hukuku gözetmeyen bir arkaik direnç niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.

Bilindiği gibi AİHM kararlarının taraf devletlerce uygulanması Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi adına Delegeler Komitesi tarafından denetlenir. Teknik anlamda denetim ile yetkili birim, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü bünyesinde yer alan İnsan Hakları Direktörlüğü altında yapılandırılan AİHM Kararlarının İcrası Dairesi’dir.

Adalet Bakanlığı bünyesinde İnsan Hakları Daire Başkanlığı’nın (İHDB) kurulmasının yasal temeli olan 650 Sayılı KHK’nın 1. maddesinin (c) bendi gereğince İHDB AİHM kararlarının icrasının takibinden sorumlu tutulmuştur.

Ancak bu mekanizmalar sözleşmeci tarafların AİHM kararlarına uy-

masını ağılamaya dönük olarak formüle edilmişlerdir ve yukarıda anlatılan yeni durumu, yani bizzat mahkemelerin AİHM (veya AYM) kararlarına direnmesini takip edebilecek fonksiyonerlikten yoksundurlar.

Keza İHDB, siyasi irade ile içiçe geçmiş bir halde olup, onu aşan bir denetleme ve icra ettirme gücünden yoksun olacaktır.

Biz, tek tek yerel mahkemelerin AİHM ve AYM kararlarına uymama süreçlerini ve özellikle defacto direnç halini takip edecek bir Türkiye Büyük Millet Meclisi Komisyonu kurulmasını önermekteyiz. Zira, ancak yasama fonksiyonu uzamında kurulmuş geniş yetkili bir komisyonun murad edilen icracılığa zorlama mekanizmaları ve potansiyeli olabilecektir.

Av. Doğan ERKAN

Anayasal Bir Perspektif: Bir Siyasi Muhalefet Aracı Olarak Markopaşa Gazetesi

Saniye Gizem OKUTAN

1946-1950 yılları arası dönem, tek parti iktidarının son dönemi olması, 2. Dünya Savaşı sonrası sıkıyönetim tedbirlerinin uygulanması ve çok partili döneme geçiş açısından Türkiye anayasacılık tarihi açısından oldukça önemli bir dönemdir. Haftalık siyasi mizah gazetesi ismiyle 1946 tarihinde yayın hayatına başlayan Markopaşa gazetesi, 23 yıllık tek parti iktidarı ve Demokrat Partinin kurulması ile Türkiye'nin çok partili hayata geçiş süreci açısından önemli bir belge niteliği taşımaktadır. Büyük çoğunluğu siyasi ve mizahi hiciv yazılarından oluşan bir karikatür gazetesi olan Markopaşa, dönemi kronolojik olarak izlemek ve tahlil etmek açısından elverişli bir araçtır.

1924 Anayasasında siyasal iktidarı denetleyen anayasal müesseselerinin azlığı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının önünde anayasal sınırların yer almaması, hem Cumhuriyet Halk Partisinin tek parti iktidarı döneminde hem de Demokrat Parti ile başlayan çok partili hayata geçiş süreci ve sonrasında, iktidarın, halkın talep ve isteklerinden uzak olmasına ve özgürlükleri baskılamasına fırsat sağlamıştır. 1931 tarihli Matbuat Kanununda yer alan geçici kapatma cezası, gazete ve dergiler için bir tehdit haline gelmiştir. Edebiyat ve sinema üzerindeki baskı, bir güldürü-hiciv ürünü olan, Karagöz oyununu üzerinde de etkisini göstermiş ve oyuna gece yasağı getirilmiştir.

Markopaşa gazetesinin ortaya çıkışı Tan baskınıyla ve işsiz kalan gazetecilerin yeni bir gazete çıkarma yönündeki ihtiyaçları sonucu olmuştur. Esasen bir mizah gazetesi yazılması fikri Aziz Nesin ve Rıfat Ilgaz'ın hevesi ile dönemin Türkiye Sosyalist Partisi'nin önerisi yahut desteğiyle başla-

tılmakta, Markopaşa'nın ismi ise Aziz Nesin'in daha önce Tan gazetesinde yazdığı "Markopaşa'ya Şikayet" köşesinden gelmektedir. Partinin mali desteğinin sağlanamaması Markopaşa ekibinin kurulmasına yani başka bir deyişle Sabahattin Ali'nin ekibe katılmasına yol açmıştır, aslında bu durum Markopaşa'nın parlamento dışı muhalefete örnek bir basın organı olması anlamına da gelecektir. Haftalık siyasi mizah gazetesi ismiyle çıkan gazete halkın takip ettiği bir mizah manifestosu olarak değer görecektir.

Markopaşa, 1946-1950 yılları arasında 53 sayı olarak yayınlanmış ve yayın ekibinde Sabahattin Ali, Aziz Nesin, Rıfat Ilgaz ve Mustafa Uykusuz gibi isimlerin bulunduğu yüzde yetmişi siyasi ve mizahi hiciv yazılarından yüzde otuzu karikatürlerden oluşan bir haftalık siyasi mizah gazetesidir. Gazete, ifade özgürlüğünü mizah ve karikatür aracılığıyla kullanması, siyasal iktidara karşı etkili ve bilinçli bir muhalefet oluşturmuş olması ve iktidarın icraatlarını kronolojik olarak izleme ve tahlil etme fırsatı sunması bakımından hem Türkiye basın tarihi hem Türkiye siyasi tarihi açısından önemli bir yere sahiptir. Türk basın tarihi ve karikatür tarihi açısından defalarca inceleme konusu haline getirilen gazetenin anayasal perspektifine dair herhangi bir inceleme yapılmamıştır.

Çalışma, anayasal bir perspektiften Markopaşa gazetesini incelemeyi amaçlamaktadır. 25 Kasım 1946 ve 1 Nisan 1949 arasında yayınlanan 53 sayılı Markopaşa gazetesi çalışma konusu olarak belirlenmiş, araştırma aşamasında 46 sayı esas alınmış, 7 sayıya ulaşılamamıştır. Bu sayılar, Gutenberg Matbaası aracılığıyla basılan 7 Nisan 1947 tarihli sayı, Ali Baba sayıları, basım aşamasındayken toplatılan 1 Nisan 1949 tarihli sayı ve 5 Kasım 1948 tarihli sayılardır.

Bu çerçevede bildiride Markopaşa gazetesi ele alınan sayılar üzerinden kronolojik bir şekilde incelenerek dönemin koşulları ve gazetenin anayasal perspektifi toplam 19 sayı inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Basın, Temel Hak ve Özgürlükler, İfade Özgürlüğü.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

1. Salon Oturumları Beşinci Oturum

**GAZETECİLİĞİN HUKUKU:
KAVRAMLAR, UYGULAMALAR,
TARTIŞMALAR**

Gazetecilik-Toplum-Hukuk İlişkisi Üzerine Notlar: Regim ve Yurttaşlığın Yeniden İnşasının Dinamikleri

Gökhan BULUT^[1]

Cumhuriyet'in ilanının 100'üncü yılında gazetecilik, toplum ve hukuk ilişkisi üzerine düşünmek özel bir anlam taşımaktadır. Cumhuriyet tarihindeki belirgin tarihsel dönemler, yeni bir toplumsal hukuk oluşturma girişimleri ile yeni bir gazetecilik düzenlemesinin hayata birlikte geçirildiği süreçler olarak yaşanmıştır. Bu dönemlerde gerek "rejim" gerek "yurttaşlık", hem ideolojik bir tartışma konusu hem de siyasal bir mücadele alanıdır. Örneğin, basın faaliyeti 19'uncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren ilerici akımların, sonrasında ise işgale ve İstanbul iktidarına karşı direniş hareketlerinin en önemli araçlarından biri olmuştur. Direniş hareketleri arasındaki koordinasyonun sağlanabilmesi, Cumhuriyet düşüncesinin Anadolu'ya yaygınlaştırılması ve Ankara iktidarının mesajlarının dünyaya iletebilmesi için gazetelerin ve Anadolu Ajansı'nın kurulması, Cumhuriyet ile gazetecilik ilişkisinin yaşamsal birlikteliğinin de göstergeleridir. Bu dönemde, Kongrelerin sonuç bildirgelerinden başlamak üzere yeni bir devlet hukukunun ve yurttaşlık alanının oluşturulduğu da görülmektedir. Cumhuriyet'in ilanından bu yana da gözlemlenen her geniş kapsamlı dönüşüm dönemi, sözü edilen unsurlar arasındaki yaşamsal ilişkinin bir kez daha açığa çıktığı süreçler olarak da yaşanmıştır. Çok partili hayata geçiş ve sonrası gelişmeleri ile 1961 Anayasası, 1982 askeri darbesi ve 1982 Anayasası, 1990 sonrası neoliberal politikaların yerleştirilmesi ile işaretlenebilecek tarihsel dönemler; hukukun, toplum yaşamının ve gazetecilik alanının birbirine

[1] Dr., Ankara Üniversitesi İletişim Fakültesi Gazetecilik Bölümü

koşut şekilde ve radikal biçimde yeniden şekillendiği dönemlerdir.

Bu çerçeveden son yirmi yıllık sürece bakıldığında “gazetecilik”, “toplum” ve “hukuk” alanlarında belirgin mesleki, sosyolojik ve yasal dönüşümlerin bir arada yaşandığı görülmektedir. Özellikle 2010 ve 2017 yıllarındaki Anayasa değişikliklerinin belirleyiciliğinde şekillenen içinde bulunduğumuz dönem aynı zamanda yeni bir gazetecilik evreninin ve yeni bir toplumsal tahayyülün hayata geçirildiği dönem olarak yaşanmaktadır.

Bu çalışmada sözü edilen dönemdeki Anayasa, basın iş hukuku, gazetecilik meslek alanı verileri ile sosyolojik olgular birbirleriyle ilişkisi çerçevesinde ele alınarak tarihsel bir rejim dönüşümünün çerçevesi olarak analiz edilecektir.

Gazetecilerin Mesleki ve Özlük Haklarının Hukuki Metinler ve Yargı Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi

Meliha SELVİ^[1]

Türkiye’de yürürlükte bulunan üç iş kanunundan biri olan 5957 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, 1952 tarihli olmakla birlikte 1961 yılında çıkarılan 212 Sayılı Kanun’un çalışanlar lehine getirdiği haklar nedeniyle “212 Sayılı Kanun” olarak bilinmektedir. Bu düzenlemeyle, gazetecilerin yürüttüğü görevin, “halkın haber alma hakkı” ile ilgisi dolayısıyla gazetecilere ek bazı haklar getirilmesi amaçlanmış ancak yıllar içinde kapsamı içindeki gazetecilere sağladığı haklar bakımından, 4857 Sayılı İş Kanunu’nun gerisinde kalmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin ve Yargıtay’ın verdiği kimi kararlarla fazla mesai, ulusal bayram, genel tatil, hafta tatili ödemelerinin süresinde yapılmaması halinde uygulanacak faiz oranı zorunluluğu; yıllık izin ücreti ödenmediği durumlara ilişkin lehte düzenleme, işlemez hale gelmiştir. Bu kanunun, kıdem tazminatı ve alacaklarla ilgili öngördüğü yasal faiz oranı da 4857 sayılı Kanun’un gerisinde kalmıştır. Gazetecilerin özlük haklarını düzenleyen 5953 Sayılı İş Kanun’u, halen yürürlükte olsa dahi yüksek yargı kararlarıyla büyük oranda kayıplara uğramıştır.

Gazetecilik alanında yalnızca özlük hakları bakımından değil meslek sahibinin kim olduğunun belirlenmesi bakımından da belirgin bir karmaşa, aleyhte uygulamalar söz konusudur. Gazetecilikte, üyelik zorunluluğu bulunan bir “meslek odası” yapılanması bulunmamaktadır. Bu nedenle

[1] Avukat

kimin gazeteci olduğuna ilişkin bir belirlemenin “gazeteciler tarafından yapılamıyor” olduğu söylenebilir. Öte yandan, gazetecilerin mesleklerini icra ederken “görevlerini yapmalarını kolaylaştırma” aracı olan kimlikleri niteliğindeki basın kartı, Cumhurbaşkanlığı’na bağlı İletişim Başkanlığı tarafından verilmektedir. Bu uygulama mesleğin icrası konusunda yoğun tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

Meslekle ilgili önemli tartışma başlıklarından biri de gazetecilerin uymaları gereken meslek ilkeleridir. Bazı özel kurumların ve meslek örgütlerinin yayımladığı ilkeler bulunmakla birlikte davaya konu edilen uyumsuzluklarda Basın İlan Kurumu tarafından belirlenen Basın Ahlak İlkeleri esas alınmaktadır. Basın Meslek Ahlak ilkelerinin ne olması gerektiği, kimin tarafından belirleneceği ve uyulmadığı durumda yaptırımının ne olacağı konularındaki belirsizlik, gazeteciliğin belirsizleşmesini getiren bir unsur olarak dikkat çekmektedir.

Gazetecilikle ilgili en önemli başlık olan basın ve ifade özgürlüğü, Anayasa’nın 28. Maddesinde, “Basın hürdür sansür edilemez” şeklinde düzenlense de basın mensuplarına “kimlik kartlarının” verilmesi, “basın meslek ilkelerinin belirlenmesi” hakları kendilerinde olmadığı gibi özlük hakları da yüksek yargı kararları ile Kanun’un gerisine düşmüştür.

Bu çalışmada, mevcut mevzuat ve mevcut uygulama gerek basın özgürlüğü gerek özlük hakları bakımından değerlendirilecek ve mesleğin gereklerine ve ihtiyaçlarına dönük düzenleme önerileri geliştirilmeye çalışılacaktır.

Gazetecilik Alanında Görülen Mevzuat Değişiklikleri ve Basın Özgürlüğünün Durumuna İlişkin Bütüncül Yaklaşım Önerisi

Mustafa Gökhan TEKŞEN^[1]

Basın ve ifade özgürlüğü, Anayasa ve uluslararası temel hak ve özgürlükleri düzenleyen sözleşmelerde sıklıkla yer verilen bir hak olmakla birlikte uygulamada en sık ihlal edilen ve gündelik yaşamda hep tartışılan bir konumdur.

Resmî Gazete’de 18 Ekim 2022 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 7418 sayılı *Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* ile basın mevzuatında idari ve cezai alanlarında köklü değişiklikler yapılmış; dezenformasyon, sansür, internet gazeteciliği, resmi ilan ve reklam dağıtımı gibi mali haklarda yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bu değişiklikler; siyasi partiler, akademisyenler, basın meslek örgütleri tarafından eleştirilmiş, hukuki düzenlemelerin bir kısmı dava konusu edilmiştir. Öte yandan; 5953 sayılı *Basın İş Kanunu* olarak adlandırılan mevzuatla ilgili Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay tarafından verilen kararlarla gazetecilik iş kolunda yaşanan birçok yeni durum ortaya çıkmış ve gazetecilerin iş hukuku açısından konumu yeniden tartışmaya açılmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin basın kartı, yıpranma payı, erişim engellemeleri ve basın ahlak esasları ile ilgili verdiği pilot karar ve iptal kararları da TBMM tarafından yeni yasama döneminde düzenleme bekleyen alanlar olarak dikkat çekmektedir.

Son yıllarda basın, ifade özgürlüğü, gazetecilik alanının yapısı ve gazetecilerin çalışma koşullarında görülen bu mevzuat ve karar hareketliliği,

[1] Avukat

konunun bütüncül şekilde analiz edilmesi ihtiyacını da beraberinde getirmektedir.

Bu çalışmada, ifade ve basın özgürlüğünü yakından ilgilendiren mevzuat değişikliği ve yargı kararları ile mevcut davaların olası etkileri “haklar” temelinde tartışmaya açılacak ve olası bir “meslek kanunu” çalışmasının koşulları değerlendirilecektir.

Kanunilik İlkesi Bağlamında Uygulama Örnekleri İle Dezenformasyon Suçu

Ülkü ŞAHİN

Demokratik bir hukuk devletinin en temel ilkelerinden birisi olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, bireyin devlete karşı korunmasının en önemli unsurlarındandır. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına dayanak teşkil eden bir kanun maddesinin, şekli anlamda var olması yeterli olmayıp, normun aynı zamanda kanun kalitesine de sahip olması gerekmektedir. Bir normun kanun kalitesine sahip olması içinse belirlilik ve öngörülebilirlik kriterlerini taşıması zorunludur. Belirlilik ilkesi, kanunların hukuk güvenliğini sağlamaya yetecek açıklık ve netlikte olması, keyfi yorumlara imkân vermemesi; öngörülebilirlik ilkesi ise kanunlardan doğacak sonuçların önceden tahmin edilebilir olması anlamına gelmektedir.

Basın özgürlüğü, tüm temel hak ve özgürlüklerin ön koşulu niteliğinde olup çoğulculuğun ve demokrasinin teminatıdır. Bu nedenledir ki basın özgürlüğünün sınırlandırılma rejimi bakımından, kanunilik ilkesi özel önem taşımaktadır. Nitekim Anayasa'nın 13, 26 ve 28. maddelerine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesine göre basın özgürlüğünün ancak ve ancak kanun ile sınırlandırılması mümkündür.

Basın hukuku mevzuatı son yıllarda ciddi değişikliklere uğramıştır. Bunların başında ise 2022 Ekim ayında yürürlüğe giren 7418 sayılı Basın Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun gelmektedir. Kamuoyu tarafından “sansür yasası” olarak eleştirilere konu olan bu torba yasa ile “dezenformasyonla mücadele” amacıyla Türk Ceza Kanununa 217/A maddesi olarak “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma

Suçtu” eklenmiştir. Düzenlemeyle sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimselerin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. “Korku, endişe ve panik” gibi kişiden kişiye farklılık göstermesi nedeniyle subjektif; “ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı” gibi konjonktüre göre değişen unsurlara sahip olması sebebiyle muğlaklık taşıyan bu norm, cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık taşıdığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nde iptal davasına konu edilmiştir.

TCK 217/A, yürürlükteki bir yıllık sürede özellikle 6 Şubat depremleri ile seçim döneminde yaptıkları haberler ve sosyal medya paylaşımları nedeniyle gazetecilere açılan çok sayıda soruşturmanın konusu olmuştur. Çalışma kapsamında düzenleme, belirlilik ve öngörülebilirlik kriterleri uyarınca kanunilik ilkesi bakımından uygulamadaki örnekleriyle birlikte Anayasa’ya uygunluk bakımından değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: dezenformasyon, kanunilik, belirlilik, öngörülebilirlik, sansür.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları İkinci Oturum

**İDARİ UYUŞMAZLIKLARIN
ÇÖZÜMÜNDE ETKİLİLİK**

İdari Yargıda Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Kriter Sorunu

Cengiz ERGÜN^[1], Pınar YAŞAR ŞATIROĞLU^[2]

Bireylerin uğradığını iddia ettiği manevi zararın ispatı ve yargı mercii tarafından bu zararı karşılayacak tazminat miktarının belirlenmesi konusunda bir belirsizlik vardır. Yargı kararlarında manevi zararın tekrar eden benzer tanımları yapılmaktadır. Öncelikle bu tanımlar, zararın sözcük anlamına ilişkin olup, varlığının kanıtlanmasına yönelik bir değerlendirme ölçeği sunmakta yetersizdir. Dolayısıyla sanıldığı aksine, Türk idari yargısında manevi zarara ilişkin tanımlar, zararın tazmininin hesaplanmasında belirleyici bir role sahip değildir. Çünkü herhangi bir kavramın yargı yerince sadece telaffuz ediliyor oluşu onu hukuksal kurgu içine dahil etmeye yetmemektedir. Hukuk, kendi kurgusuna dahil etmeye çalışırken, mutlaka özneleri-olguları, sınırlarını ve tabi olduğu kuralları belirleyerek iktidarla donatılmış bir tanım içinde sunar. Bu yeniden tanımlayarak içermeye faaliyeti hukuki güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirlik yaratma sorumluluğundan kaynaklanıyor gibi görünse de, rasyonaliteye ilişkin yalnızca sınırlı bir bakış sunmaktadır.

Hukukileştirmek, manevi zarara kriter atfederek gerçekleşir ve sınırları belirlenmiş bir tanım oluşturmanın yanında, konu edilene hukuki sonuçlar bağlamayı da gerektirir. Çünkü manevi zarara atfedilen kriterler; idarenin tazmin sorumluluğunun yönünü ve tazminatın miktarını dolaylı olarak belirler. Yukarıda açıklanan sebeplerle bu çalışmada manevi zararın hukukileştirme faaliyetinde zararın tanımından değil, yargı yerince tipleştirilmesinden faydalanacaktır.

[1] Ar. Gör. Cengiz ERGÜN, Kafkas Üniversitesi, cengizergun@gmail.com.

[2] Ar. Gör. Dr. Pınar YAŞAR ŞATIROĞLU, Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, pnaryasar@gmail.com

Kişinin manevi bütünlüğündeki eksilmenin varlığı ve bunun hangi derece olduğunun tespiti hukuk dışı bir alanın çalışma konusudur. Hukuk alanında nihai karar vericileri aşan bir nitelikte oluşu, herhangi bir yargı organının kişinin manevi olarak zarara uğramadığını ispat etmesini zorlaştırır. Diğer taraftan yargıç, kişinin manevi zarara uğramadığını söyleyemese de, manevi zararın hukuken korunan bir değer ölçüsüne ulaşmış olup olmadığını araştırır. Nitekim manevi zarar kişiseldir, kişinin beyanı zararın varlığı için yeterli olmalıdır. Hatta hukuki gerçekliğin keşfi zararın varlığına değil, zararın doğmasına sebep olduğu iddia edilen idari işlem ya da eylemin gerçekliğine-varlığına odaklanmalıdır. Çünkü ilk bakışta somut olarak ispatlanabilir olan tam da budur. Ancak yargı kararları incelendiğinde, bireyin manevi zarara uğradığını sadece beyan etmesinin bir hüküm kurulması için yeterli olmadığı gözlemlenmiştir.

Özel hukuk alanında yeni çalışmalarla birlikte manevi zarar ve tazmini-ne dair çeşitli kriterler geliştirildiği görülmekle birlikte; idare hukuku alanında bu konu hala güncellenme ihtiyacını korumaktadır. Zararın tazmin edilecek miktarının tümüyle yargıcın vicdani kanaati gibi değişken ve geniş bir takdir alanına bırakılmasının yol açtığı belirsizlikler; seçilecek yargı kararlarının çeşitli yönleriyle sınıflandırılması ve bunların analizi üzerinden aşılıma çalışılacaktır. Bu sınıflandırmaya; kişinin bedensel zararı ya da kişilik haklarının ihlali, zarara neden olan idari faaliyetin niteliği (kol-luk, sağlık, adalet gibi.), manevi tazminat talebinde bulunan kimselerin özellikleri, olayda idarenin kusurunun ağırlığı ve kusurun paylaştırılması biçimi gibi anahtar kategoriler kılavuzluk edecektir.

Anahtar Kelimeler: idari yargı, manevi tazminat, zarar, sorumluluk, kusur.

İdari Yargıda Yerindelik ve Hukukilik Denetimi Çıkmazında Tam Yargı Yetkisi

Züleyha KESKİN

Esas denetimi için geleneksel tanım, işlemin özellikle yetki ve şekil unsurları dışında sebep, konu ve amaç unsurlarını içeren geniş bir denetime tabii olması yönündedir. Bu denetim, idari kararın takdire bağlı hususların denetimine ve hatta mahkemenin kararının idarenin aldığı kararın yerini almasına kadar uzanır. Ancak hukukumuzda bu “yetki” Anayasa md. 125 gereği kısıtlanmıştır. Avusturalya dışında çok az sayıda idari hukuk sistemi genel yargı yetkisine sahip bir mahkeme kararının idarenin kararını ikame etmesine izin vermektedir. İngiltere, Kanada ve Yeni Zelanda gibi ortak hukuk ülkelerinde bile yargı yetkisi mutlaka sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte AİHM, idare mahkemelerinin “tam yargı yetkisine sahip bir mahkeme” sıfatıyla denetim yapmadığını tespit ettiğinde adil yargılanma hakkına aykırılık gerekçesiyle ihlal kararları vermektedir.

Mahkemeye erişim hakkı, esas hakkında karar alma hakkını içerir. Mahkeme, tarafların iddialarını hem hukuk kuralları hem de maddi olaylar yönünden inceleme yetkisine sahip olduğu ölçüde adil yargılanma hakkının gereklerini karşılar. Bir mahkemenin tam yargı yetkisine sahip olması, onun yargı işlevinin bu gereklerini yerine getirmesini zorunlu kılar. AİHM önüne giden davaların bazılarında “idari yargı yetkisinin yalnızca hukukilik denetimi ile sınırlı olması”, “gerektiği zaman birtakım idari tedbirleri kaldırma yetkisinin bulunmaması”, “olguların kamusal güvenlik gibi gerekçeler ile mahkeme tarafından değerlendirilmemesi”, “resen araştırma yetkilerinin olmaması ya da etkili kullanılmaması”, hatta “ölçülülük gibi işlemin esasına ilişkin ölçütlerin kullanılmaması” mahkemenin tam yargı

yetkisine sahip olmadığı şeklinde değerlendirilmiş ve ihlal kararları verilmiştir.

Adil yargılanma ilkesinin bir gereği olarak tam yargı yetkisi, bir zorunluluk olarak kendini dayatmaktadır. İdari yargı da çoğu kez, sahip olduğu usuli yetkilerle birlikte ölçülülük, eşitlik, hukuk devleti gibi anayasal ilkeler gereği çoğu kez tam yargı denetimi yapmaktadır. Bununla birlikte, Anayasa md. 125, yargısal denetim yetkisini kısıtlamaktadır. Yargısal içtihatlarla birlikte bu yasağın işlevselliğinin idari yargı denetimi açısından sorgulanması gerekir. Bu çalışma, idari yargıda yargısal denetimin sınırlarını ve tam yargı yetkisinin kapsamını adil yargılanma hakkı bağlamında ele almayı amaçlamaktadır.

Anahtar kelimeler: İdari yargı, yerindelik denetimi, tam yargı yetkisi, adil yargılanma hakkı

İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları : Belediye Uyuşmazlıklarına Dair Çözüm Önerileri

Sinan DERMAN

Alternatif uyuşmazlık çözümü genel olarak yargısal usullere başvurmada tarafsız ve sınırlı yetkili üçüncü kişilerin (arabulucu, uzlaştırmacı, hakem vb.) müzakereleri yürütüldüğü sürece denir. Çalışmamızın genel konusunu oluşturan idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda tıpkı diğer uyuşmazlıklar gibi alternatif çözüm yollarıyla çözüme kavuşturulabilir. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamesi, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunu, 2942 sayılı Kamu-laştırma Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunu, 6325 sayılı Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu ve çeşitli mevzuat düzenlemeleri bulunmaktadır. Ancak tüm bu mevzuat düzenle-melerine rağmen idari uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarıyla çözüle-memesinin idarenin yeterli kaynak ayırmaması, anlaşma usulüne ilişkin mevzuatın eksikliği ve bürokratların kamu zararı endişesiyle müzakere ma-sasına dahi yaklaşmaması ve diğer sebeplerle uygulama yönünden etkin bir karşılık bulamamıştır. Çalışmamızın özel alanını oluşturan belediye uyuşmazlıklarında ise 5393 sayılı Belediye Kanunun 13. maddesi “*Herkes ikamet ettiği beldenin hemşehrisidir.*” hükmüyle geniş yorumlu bir hem-şehrilik hukukunun temeli atılarak alternatif çözüm yollarına ilişkin aynı

maddenin devamında hemşehrilerin belediyenin karar ve hizmetlerine katılma, faaliyetleri hakkında bilgilenme hakkı kapsamında dolaylı olarak desteklenmiştir. Bununla birlikte aynı kanun kapsamında sulh ve ibra yetkisi de çeşitli belediye organlarına verilmiştir. Bu minvalde, hemşehrilerle ve belediye arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların giderilmesinde alternatif çözüm yollarının kullanılabilmesi kanunun özü ve sözü gereği önemlidir. Çalışmamızda belediyecilik faaliyetleri sırasında ortaya çıkan uyuşmazlık çeşitleri ortaya konularak hemşehrilik hukuku başta olmak üzere alternatif çözüm yollarının güçlendirilmesi dair çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İdari Uyuşmazlık, Alternatif Çözüm Yolları, Belediye Uyuşmazlıkları, Hemşehrilik, Çözüm Önerileri

Alternative Solutions For Disputes To Which The Administration Is A Party: Solution Suggestions For Municipality Disputes

Alternative dispute resolution generally refers to the process in which negotiations are carried out by impartial and limited authorized third parties (mediator, conciliator, arbitrator, etc.) without resorting to judicial procedures. Disputes in which the administration is a party, which is the general subject of our study, can be resolved through alternative solutions, just like other disputes. Decree Law No. 659 on the Execution of Legal Services in Public Administrations within the Scope of the General Budget and Special Budget Administrations regarding alternative dispute resolution methods in terms of disputes to which the Administration is a party, Law No. 3091 on the Prevention of Violations on Ownership of Immovable Property, Expropriation Law No. 2942, Public Procurement Law No. 4734. , Law No. 5233 on Compensation for Damages Resulting from Terrorism and the Fight against Terrorism, Law No. 6325 on Mediation in Legal Disputes and various legislative regulations. However, despite all these legislative regulations, the failure to resolve administrative disputes through alternative solutions has not found an effective response in terms of implementation due to the administration's failure to allocate sufficient resources, the lack of legislation regarding the agreement procedure, the bureaucrats' failure to even approach the negotiation table out of concern for public harm, and other reasons. In municipal disputes, which constitute the special area of our study, Article 13 of the Municipality Law No. 5393 states that "Everyone is a citizen of the town in which he resides. With the provision ", the foundation of a broadly interpreted citizenship law was laid, and in the continuation of the same article regarding alternative solutions, it was indirectly supported within the scope of the right of citizens to participate in the decisions and services of the municipality and to be informed about its activities. In addition, within the scope of the same law, the authority to make peace and discharge is given to various

municipal bodies. In this context, it is important to use alternative solutions in resolving disputes that arise between citizens and the municipality, in accordance with the essence and wording of the law. In our study, the types of disputes that arise during municipal activities will be revealed and solution suggestions will be presented to strengthen alternative solutions, especially citizenship law.

Keywords:Administrative Disputes, Alternative Solutions, Municipal Disputes, Citizenship, Solution Suggestions



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU
UYGULAMALARI**

Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma İşlemlerinin Segbis İle Kayıt Altına Alınmasının Gerekliiği Hususunda Bir Değerlendirme

Eylöl ERDEM HACİÖMEROğLU

ÖZET

SEGBİS, UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemini ifade etmektedir [Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik (“Yönetmelik”), md. 3/1-c].

SEGBİS sisteminin ceza muhakemesinde kullanılacağı durumlar Yönetmeliğin üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Buna göre; görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması olanağının varlığı hâlinde, kanunlardaki usul ve esaslar dairesinde, soruşturma veya kovuşturma aşamasında yapılan her türlü işlem SEGBİS ile kayda alınır (md. 9/1). Ancak; mağdur çocukların ve duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin tanıklığında bu kayıt zorunludur (md. 9/2).

Bilindiği üzere ceza muhakemesinde kovuşturma evresindeki usul işlemleri yönünden aleniyet ilkesi geçerlidir. Aleniyet ilkesi, kişilerin kapalı kapılar ardında gizli olarak yargılanmasını engelleyerek yargılama işlemlerinin denetlenmesine olanak sağlar. Kovuşturma evresinde aleniyetin doğrudan aleniyet ve dolaylı aleniyet olmak üzere iki farklı görünümünü bulunmaktadır. Buna göre, doğrudan aleniyetin sağlanması duruşma salonunun kapasitesi ile sınırlı olup yargılamanın, taraf olup olmadığına bakılmaksızın herkese açık olmasıdır. Dolaylı aleniyet ise yargılama işlemlerinden

kamunun haberdar olabilmesidir. Ancak, aleniyet ilkesi yargılamanın ifşası anlamına gelmemektedir. Bu çerçevede, yargılamaya ilişkin kayıtların kamu düzenini bozucu şekilde kullanılmaması elzemdir.

Yine kovuşturma evresinde kural olarak sözlülük ilkesi geçerlidir. Kovuşturma işlemlerinde sözlü olarak yapılan işlemler tutanağa geçirilerek yazılı hale getirilir ve duruşma tutanağına kaydedilir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın 219. maddesi gereğince duruşma tutanağı hâkim ve zabıt kâtibi tarafından imzalanır. Bu çerçevede, duruşmada sözlü olarak yapılan işlemlerden hangilerinin ne ölçüde duruşma zaptına yansıtılacağı hususu hâkimin tekelindedir. Bu durum, muhakeme süjelerinin beyanlarının tam ve eksiksiz olarak tutanağa yansımaması sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca, dikte yöntemiyle beyanların zapta geçirilmesi gerek hâkim gerekse de zaptı sürekli kontrol etmek ihtiyacı duyan müdafî veya vekiller yönünden hem dikkat dağıtıcı olmakta hem de zaman kaybına yol açmaktadır. Yine hangi hususların zapta geçirilmesi gerektiği konusundaki değerlendirme hâkimin bilgisi ve tecrübesi doğrultusunda eksik ve/veya hatalı olabilmektedir. Duruşma tutanağının gerçeği yansıtmadığı hususunda ancak sahtecilik iddiasında bulunabileceği düşünüldüğünde bu durum son derece sakıncalıdır (CMK md. 222).

Uygulamada, özellikle sanık veya katılan sayısının fazla olduğu dosyalarda duruşmaların SEGBİS ile kayıt altına alındığı ve devamında bu kayıtların çözümlenerek duruşma zaptına kaydedildiği görülmektedir. Diğer taraftan, ilgili ses ve görüntü kayıtlarının taraflara verilmemesi yönünde de bir eğilimin söz konusu olduğu bilinmektedir.

Tebliğde, öncelikle tüm kovuşturma işlemlerinin SEGBİS yöntemi ile sesli ve görüntülü olarak kayıt altına alınmasının mevcut mevzuat çerçevesinde mümkün olup olmayacağı ele alınacaktır. Devamında ise tüm kovuşturma işlemlerinin SEGBİS ile kayda alınmasının ceza yargılaması

yönünden fayda ve zararlarının neler olabileceği ile sistemin neden yaygın olarak kullanılmadığı hususları değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Alenilik İlkesi, Ceza Muhakemesi, Kayıt, Kovuşturma Evresi, Kovuşturma İşlemleri, SEGBİS, Sözlölük İlkesi

An Evaluation On The Necessity Of Recording Prosecution Procedures With The Segbis In Criminal Procedure Law

ABSTRACT

SEGBİS refers to the Audio and Video Information System in which audio and video are simultaneously transmitted, recorded and stored electronically in the UYAP Information System [Regulation on the Use of Audio and Video Information System in Criminal Procedures (“Regulation”), art. 3/1-c].

Situations in which the SEGBİS system will be used in criminal proceedings are regulated in the third part of the Regulation. According to this; If there is the possibility of using video and audio communication techniques, all transactions carried out during the investigation or prosecution phase, within the framework of the procedures and principles in the law, are recorded with SEGBİS (Art. 9/1). However; This recording is mandatory for the testimony of child victims and persons who cannot be brought to the hearing and whose testimony is mandatory in order to reveal the material truth (Art. 9/2).

As it is known, the principle of publicity is valid in criminal proceedings in terms of procedural procedures in the prosecution phase. The principle of publicity allows the supervision of trial proceedings by preventing people from being tried secretly behind closed doors. In the prosecution phase, publicity has two different aspects: direct publicity and indirect publicity. Accordingly, direct publicity is limited to the capacity of the hearing room and the trial is open to everyone, regardless of whether they are a party or not. Indirect publicity means that the public can be informed about the judicial proceedings. However, the principle of publicity does not mean disclosure of the proceedings. In this context, it is essential that records related to the trial are not used in a way that disrupts public order.

Again, as a rule, the principle of oral presentation is valid during the prosecution phase. During prosecution proceedings, verbal proceedings are recorded in the minutes, put in writing, and recorded in the hearing

minutes. In accordance with Article 219 of the Code of Criminal Procedure (CMK) No. 5271, the hearing report is signed by the judge and the record clerk. In this context, the judge has the monopoly on which of the oral proceedings at the hearing and to what extent will be reflected in the hearing minutes. This situation results in the statements of the trial subjects not being fully and completely reflected in the minutes. In addition, recording the statements by dictation method is distracting and wastes time for both the judge and the defense counsel or attorneys who need to constantly check the minutes. Again, the evaluation of which issues should be recorded may be incomplete and/or erroneous, depending on the judge's knowledge and experience. This situation is extremely harmful, considering that only the claim of forgery can be made that the hearing minutes do not reflect the truth (CMK Art. 222).

In practice, it is seen that hearings, especially in cases where the number of defendants or participants is high, are recorded with SEGBİS and these records are subsequently analyzed and recorded in the hearing minutes. On the other hand, it is known that there is a tendency not to provide the relevant audio and video recordings to the parties.

In the study, first of all, it will be discussed whether it is possible to record all prosecution proceedings with audio and video using the SEGBİS method within the framework of the current legislation. Subsequently, the benefits and harms of recording all prosecution proceedings with SEGBİS in terms of criminal justice and why the system is not widely used will be evaluated.

In the study, first of all, it will be discussed whether it is possible to record all prosecution proceedings with audio and video using the SEGBİS method within the framework of the current legislation. Subsequently, the benefits and harms of recording all prosecution proceedings with SEGBİS in terms of criminal justice and why the system is not widely used will be evaluated.

Keywords: Principle of Publicity, Criminal Procedure, Registration, Prosecution Phase, Prosecution Procedures, SEGBİS, Orality Principle

Kolluk Faaliyetleri Kapsamında Kişisel Verilerin Elde Edilmesi Ve İşlenmesinin Sınırı

Pelin ÖZKAYA

ÖZET

Kamu düzeni ve toplum güvenliğini korumakla görevli kolluk mensupları, kendilerine verilen yetkileri kullanırken gelişen dünyada kişisel verilere daha fazla ihtiyaç duymakta, verilerin toplanması ve işlenmesi ise teknolojik imkanlarla oldukça kolay olmaktadır. Veri koruma kanunları, suçların önlenmesi, ortaya çıkarılması, soruşturulması, kovuşturulması ve cezaların infazında kişisel verileri koruma kapsamı dışında bırakmaktadır. Anayasa’da temel hak ve özgürlükler ile özel hayatın gizliliği kapsamında olan kişisel veriler kolluk tarafından ilgili alanlarda işlenirken, bu hakların kısıtlanması ile sonuçlanmakta, gizlilik ve mahremiyet endişeleri taşıyan veri sahiplerinin de mağduriyetlerine sebep olmaktadır. Bu kapsamda sunumda kolluk tarafından gerçekleştirilen veri toplama ve işleme faaliyetinin sınırlarından bahsedilerek, toplum düzeni ve kamu yararı ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bireyin menfaati arasındaki denge- nin sağlanmasının önemi vurgulanacaktır.

Anahtar Kelimeler: kişisel veri, kolluk faaliyetleri, özel hayatın gizliliği, veri koruma, mahremiyet

Limits Of Obtaining And Processing Of Personal Data Within The Scope Of Law Enforcement Activities

ABSTRACT

Law enforcement officers, who are responsible for protecting public order and social security, need personal data more in the developing world while exercising the powers given to them, and collecting and processing data is very easy with technological opportunities. Data protection laws exclude personal data from the scope of protection in the prevention, detection, investigation, prosecution and punishment execution. While personal data, which is within the scope of fundamental rights and freedoms and privacy of private life in the Constitution, is processed by law enforcement in relevant areas, it results in the restriction of these rights, this situation also causes victimization to data owners who have privacy and confidentiality concerns. In this context, the presentation will mention the limits of data collection and processing activities carried out by law enforcement and emphasize the importance of maintaining the balance between social order, public interest and the individual's benefit in limiting fundamental rights and freedoms.

Keywords: personal data, law enforcement, privacy of private life, data protection, confidentiality



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları Dördüncü Oturum

TAHKİM

Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Bir Yöntem: Tahkim

Berna ÖZTÜRK YILMAZ

ÖZET

Yargı yetkisi, kural olarak, devlete aittir. Bunun bir sonucu olarak da, ortaya çıkan uyuşmazlıklar devlet mahkemelerinde çözümlenmelidir. Ancak bazı durumlarda, taraflar anlaşarak, uyuşmazlığın tahkim yoluyla, yani seçecekleri hakemler tarafından çözümlenmesine karar verebilirler. Tahkim, kanunun izin verdiği, özel hukuka ilişkin konularda, tarafların anlaşarak, mevcut veya ileride çıkabilecek bir uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmasıdır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 412/1'e göre, "*Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.*" Yine anılan maddenin ikinci fıkrasına göre, tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde de yapılabilir. Tahkim, sadece tarafların iradesine bağlı olan uyuşmazlıklarda söz konusu olmaktadır. Zira Kanunun 408. maddesine göre, "*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*"

Tahkim, zorunlu ve ihtiyari tahkim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Zorunlu tahkim, kanunun öngördüğü durumlarda, tarafların uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurmalarının zorunlu olduğunu ifade et-

mehtir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 51. maddesi zorunlu tahkime örnek olarak gösterilebilir.

İhtiyari tahkim ise, tarafların kendi iradeleriyle aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için tahkim yolunu seçmeleridir. 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinde düzenlenen, tarafların anlaşarak uyuşmazlığı iş mahkemesi yerine özel hakeme götürmeleri, işbu çalışmanın konusunu da oluşturan ihtiyari tahkime bir örnek teşkil etmektedir. Nitekim, anılan düzenlemeye göre iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir nedene dayanmadığı iddiasıyla fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, öncelikle arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde ise, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilirliği gibi, taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilmektedir.

İş Kanunu, ihtiyari tahkimi iş güvencesi hükümlerine özgü biçimde düzenlemektedir. Diğer bir deyişle, özel hakem koşulu sadece iş aklının feshinin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı, işe iade ve işe iadenin sonuçları konularında söz konusudur. Dolayısıyla, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin sona erme halleri ile işçilik alacaklarına ilişkin konular özel hakeme götürülemez. Ancak, bireysel iş uyuşmazlıklarında tahkim şartını iş güvencesi hükümleriyle sınırlamak doktrinde eleştirilmektedir.

Öte yandan, iş sözleşmesinin kurulması veya devamı sırasında yapılan tahkim anlaşmalarının geçerliliği de gerek doktrinde gerek yargı kararlarında oldukça tartışmalıdır. İhtiyari tahkimin öngörülmesinin temel amacı, uyuşmazlıkların özel hakem yoluyla çözülerek iş mahkemeleri üzerindeki dava yükünün azaltılmasıdır. Buna karşılık, bireysel iş uyuşmazlıklarında

tahkim çok tercih edilen bir yol olarak değerlendirilmediği gibi tahkimin kapsamı ve geçerlilik koşulları da sorunlara neden olmaktadır.

Yukarıda ana hatlarıyla değinilen hukuksal sorunlardan hareketle hazırlanan çalışmamızda; öncelikle iş yargılamasında tahkime alternatif bir yöntem olarak başvurulup başvurulamayacağı değerlendirilecektir. Ardından tahkim anlaşmasının şartları, yargı kararlarından örnekler de sunulacak tartışılacaktır. Nihayetinde, “asimetrik tahkim”in mevzuatımız açısından, özellikle bireysel iş uyuşmazlıkları bakımından tatbik kabiliyetine sahip olup olmadığı irdelenecektir. Böylece, bireysel iş uyuşmazlıklarında tahkimin pratik açıdan uygulanabilir nitelikte, adil bir yöntem olup olmadığı sorusuna cevap aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Tahkim, Bireysel İş Uyuşmazlıkları, İş Yargısı, İş Güvencesi.

Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yollarına Güncel Sorunlar ve Yüksek Mahkeme Kararları

Ersin ERDOĞAN

Özet

Türk hukukunda geçtiğimiz son on yılda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ve tahkime olan ilgi artmıştır. Nitekim son yıllarda hazırlanan Kalkınma Planları (son olarak 12. Kalkınma Planı) ve yargı reformu strateji belgelerinde tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaştırılmasından söz edilmektedir. Türk uygulamasında da İstanbul Tahkim Merkezi’nin kurulması ile artan ilgi, Türkiye Barolar Birliği Tahkim Merkezi, İTOTAM, TOBB Uyum gibi tahkim kurumlarının da yoğun tahkim uygulama ve eğitimleri tahkime artan ilginin somut örnekleridir. Tahkim yargılamasına artan ilgi ve artan tahkim uygulamaları, kesin hüküm gücünü haiz olduğu kabul edilen hakem kararı açısından yapılacak başvuru yollarının önemini de artırmaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 439’uncu maddesi ile “milli” hakem kararına karşı iptal davası ve sebepleri düzenlenmekte iken, Milletlerarasız Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 60 ve devamı maddeleri ile 1957 tarihli New York Konvansiyonu’nu ile “yabancı” hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi düzenlenmektedir. İşbu çalışmada, birbirine çok benzer mahiyette hükümler içeren söz konusu düzenlemeler açısından Türk Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay kararları ışığında hakem kararının iptali sebebi yahut tenfiz engeli kabul edilen hususlar incelenecektir. Bu kapsamda, münferit iptal sebebi/tenfiz engeli sayılan hususların Türk uygulamasında nasıl anıldığı ve tahkim yargılamalarında dikkat edilmesi gereken hususların neler olduğu konusu tartışılacaktır.

Anahtar Sözcükler: tahkim, iptal sebepleri, tenfiz engeli, kamu düzeni, tahkim sözleşmesi

Abstract

In Turkish law, there has been an increased interest in alternative dispute resolution methods and arbitration over the past decade. Recent Development Plans (most recently the 12th Development Plan) and judiciary reform strategy documents have mentioned the promotion of arbitration and alternative dispute resolution methods. The establishment of the Istanbul Arbitration Center and the growing interest in it, as well as the active arbitration practices and training provided by institutions such as the Turkish Bar Association Arbitration Center, ITOTAM, TOBB Uyum, are concrete examples of the increasing interest in arbitration in Turkey.

The growing interest in arbitration proceedings and increased arbitration practices also emphasize the importance of the grounds for challenging arbitral awards, which are generally considered to have binding force. While the International Arbitration Law Article 15/A and the Code of Civil Procedure Article 439 regulate the setting aside of a “domestic” arbitral award and the grounds for it, the Private International Law and Procedural Law Act’s Articles 60 and onwards, as well as the 1957 New York Convention, regulate the recognition and enforcement of “foreign” arbitral awards in Turkey.

In this study, based on the decisions of Turkish Regional Courts of Appeals and the Court of Cassation regarding these regulations, the grounds for setting aside an arbitral award or recognizing/enforcement obstacles will be examined. Within this scope, the study will discuss how the individually recognized grounds for setting aside or obstacles to enforcement are interpreted in Turkish practice and what should be taken into consideration in arbitration proceedings.

Keywords : arbitration, setting aside an arbitral award, public order, grounds for refusing an enforcement

Yargı Reformu Kapsamında Tahkim Yargılamasındaki Bilirkişi Uygulamalarından Adli Yargıya Aktarılabilir Hususlar

Hasan Hüseyin ALPARSLAN

Özet

Yargılamadaki uzmanlık gerektiren konuların tespitinde bilirkişi en önemli delillerden biridir. Adli yargıda olduğu gibi hem iç hem de milletlerarası nitelikteki tahkim yargılamalarında bilirkişi delilinden yoğun olarak faydalanılmaktadır.

Hem adli yargıda hem de tahkim yargılamasında bilirkişi delilinden faydalanılsa dahi bu delilin sunulması ve usulü ile ilgili önemli farklılıklar söz konusudur. Yargı reformu kapsamında tahkim yargılamasındaki usul adli yargıda da kullanılabilir.

HMK m. 279 ile bilirkişilerin görüşlerini sözlü olarak bildirebilecekleri düzenlenmesine rağmen uygulamada bu maddenin uygulama alanı son derece sınırlıdır. Adli yargı uygulamasından farklı olarak tahkim yargılamasında ise bilirkişilerin duruşmada dinlenmeleri usulü yoğun olarak kullanılmaktadır. Bilirkişinin duruşmaya katılımı ve tarafların bilirkişiye doğrudan sorularını yöneltmeleri, hatta milletlerarası tahkim yargılamalarında görüldüğü üzere bilirkişilerin çapraz sorguya tabi tutulmaları uyumsuzluğun giderilmesinde oldukça faydalı görülmektedir.

Diğer taraftan tahkim yargılamasında tarafların da bilirkişi delilinden faydalandıkları görülmektedir. Özellikle Anglo-Amerikan hukuk sistemini kabul eden ülkelerde görülen “uzman tanık (*expert witness*)” uygulaması

milletlerarası tahkimde yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu uygulamanın HMK m. 293 ile düzenlenen “Uzman Görüşü”nden farkları ve hangi yönlerden uygulamaya katkı sağlayacağı değerlendirilmelidir.

Tahkim yargılamasında hakemlerce resen bilirkişi ataması milletlerarası tahkimde daha az görülmektedir. Bununla birlikte bir atama yapılacağı zaman burada kullanılan yöntemler adli yargıdan yine farklılaşmaktadır. Adli yargıda bilirkişi listeleri mevcut iken tahkim yargılamasında bazı durumlarda hakemlerce resen atanacak bilirkişilerin seçiminde de tarafların bu sürece dahil edildikleri görülmektedir. Tahkim yargılamasında bir bilirkişi listesi uygulaması zorunluluğu yoktur. Bir liste uygulamasının olma zorunluluğunun adli yargıda bulunmasının bu kuruma katkı sağlayıp sağlamadığı da ayrı bir tartışmayı beraberinde getirmektedir.

Yargı reformu yapılırken, uygulamada ciddi sorunlara yol açabilen bilirkişi delilinin, tahkim yargılamasındaki uygulamalardan hareketle daha verimli bir hale getirilmesi mümkün olabilir. Tebliğimizde tahkim yargılamasında kullanılan bu usulün adli yargıda nasıl kullanılabileceği, bu yöntemler ile adli yargının nasıl daha verimli hale getirilebileceği üzerine tartışmalar gerçekleştirilecektir.

Anahtar kelimeler: tahkim, adli yargı, bilirkişi, delil, uzman görüşü

Yeni Gelişmeler Çerçevesinde Tahkime Elverişliliğe Güncel Bir Bakış

İbrahim ERMENEK^[1]

ÖZET: Tahkime elverişlilik kavramından ne anlaşılması gerektiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408'nci maddesinde hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına işaret edilmek sureti ile düzenlenmiştir. Benzer bir düzenlemeye Milletlerarası Tahkim Kanunu Madde 1/IV hükmünde de yer verilmiştir. Ancak HMK m.408 doğrudan tahkime elverişlilik başlığı ile düzenlenmişken MTK m. 1/IV Kanun'un amaç ve kapsamı başlığı altında yer almaktadır. Her iki düzenleme ile de (Türkiye'de bulunan) taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradesine tabi olmayan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olarak değerlendirilemeyeceği (bu uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülemeyeceği) hüküm altına alınmıştır.

Tahkime elverişlilik bakımından uyuşmazlığın çözümünün her iki tarafın iradesine tabi olmadığı hallerde, üçüncü kişilerin ve gerektiğinde kamunun menfaatlerini koruyabilmek adına, bu tip uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunun kapatılması anlaşılabilir olmakla beraber; esasında maddi hukuk sahasında tasarruf yetkisinin kullanılabilmesi ve gerekli hukuki işlemlerin yapılabilmesi bakımından her iki tarafın iradesinin yeterli olduğu taşınmazlar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından tahkim yolunun kapatılmış olması tartışmaya değerdir. Zira

[1] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

bu alanda yapılacak hukuki işlemlerin geçerliliğinin belirli şekil kurallarına tabi kılınması bu işlemlerin yapılabilmesi bakımından tarafların tasarruf yetkisi olmadığı anlamına gelmez.

Taşınmazların aynını ilgilendiren uyuşmazlıklar bakımından tahkim yolunun kapatılması esasında, bu alandaki uyuşmazlıkların kamu düzeninden addedilmesinden kaynaklanmaktadır. Kamu düzeni kavramı ise yargının tahkim müessesine müdahalesinde başvurduğu en önemli argümandır. Ancak son dönemlerde kamu düzeninden addedilen bazı uyuşmazlık tipleri bakımında Yargıtay'ın yaklaşımının yumuşadığı gözlemlenmektedir. Benzer şekilde taşınmaz satım sözleşmelerinin de noterler tarafından yapılabilmesinin önünün açılması ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 7445 sayılı Kanun ile eklenen madde 17/B hükmü ile taşınmazların aynını ilgilendiren uyuşmazlıkların da arabuluculuğa elverişli hale getirilmesi, bu tip uyuşmazlıkların tahkime elverişlilik bakımından da yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu çalışmada işaret ettiğimiz güncel gelişmeler çerçevesinde tahkime elverişlilik kavramı yeniden değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Tahkime elverişlilik, Tahkimde kamu düzeni, taşınmazların aynından kaynaklanan uyuşmazlık, her iki tarafın iradesine tabi olmayan uyuşmazlık



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

2. Salon Oturumları Beşinci Oturum

**YARGIYA İLİŞKİN YAPISAL
REFORM ÖNERİLERİ**

Kaliteli Hizmet Odaklı Yargı Reformu Niçin ve Nasıl?

Mehmet GÜN

BİLDİRİ ÖZETİ

Hukukun üstünlüğü sürdürülebilir kalkınmanın anahtarıdır.

Toplumların refahının artırılması; hukukun üstünlüğüne, güçlü ve kapsayıcı kurumlara, devlet gücünün hukukun üstünlüğü ile sınırlan-
dırılmasına, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ve geliştirilmesine
bağlıdır. Hukukun üstünlüğü milyonlarca insanın oluşturduğu devasa
devlet gücünün kurallara uygun olarak kullanılmasını sağlayarak demok-
ratik yönetimi; bu da işbirliğini ve dayanışmayı geliştirerek halkın refah
seviyesinin sürekli ve sürdürülebilir olarak yükseltmesini sağlar. Çünkü
hak ve özgürlükleri iyi korunan, hukuk güvencesine sahip olan bireyler;
bir yandan daha çok ve derin işbirlikleri oluşturarak diğer yandan yenilik
ve buluş yaparak yüksek katma değer üretme kapasitesine erişirler.

Hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmede en büyük görev yargıya dü-
şer. Yargı; hem refahı artırmak için katlanılan yükümlülüklerin hem de
artan refahın paylaşılmasında en kritik rolü oynar. Yargının bu işlevini
en iyi şekilde yerine getirmesi her ülke için olduğu gibi Türkiye için de
hayatî önem taşır.

Yargı bağımsızlığı, yargı hizmetlerinin en önemli kalite unsurudur.
Anca yargı bağımsızlığı aynı zamanda demokrasideki güçler ayrılığının
temel şartıdır. Günümüzde demokrasiyi bu günkü kusurlu seviyesinden
daha ileriye götürebilmek için yargıyı kendi kendini yönetebilecek şe-
kilde bağımsızlaştırmak, bağımsızlığını koruyabilir, işlevini tam olarak
gösterebilir, özellikle de yürütmeyi sınırlandırabilir hale getirmek gerek-
mektedir.

Yargının kendi kabahati olmasa bile işlevinin yetersiz olması, halkın
ihtiyacına uygun, yeterli ve kaliteli hizmet verememesi, bir yandan hu-
kukun üstünlüğünden ödün verilmesi sonucunu doğurmakta diğer yan-
dan yargı bağımsızlığının kısıtlanmasına haklı görünen gerekçe oluşturu-

maktadır. Bu durum demokrasilerde geleneksel güç dengesini yürütme lehine değiştirmekte; yargının işlevini kısıtlamakta, bu da yönetimlerin otokrasiye doğru kaymasına neden olmaktadır.

Yargının bağımsızlığı; verimliliği ve hesapverirliği ile doğrudan bir ilişkilidir. Yargının bağımsızlığını giderek kaybetmesinin sebebi; temelde görevini yerine getiremediği halde ayrıcalıklardan yararlanıyor ve fakat hesap vermiyor olmasıdır. Toplumun seçimden seçime hesap sorabildiği siyasilerin hiçbir zaman hesap soramadığı ayrıcalıklı yargıyı bağımlı hale getirmesine itiraz etmiyor olması gayet doğaldır.

Varlık sebebi topluma hizmet etmek olan yargı, bu görevini en iyi şekilde yapmakla yükümlüdür. Yargının iyi hizmet vermesini beklemek ise toplumun doğal hakkıdır. Görevinin resmi, kamusal, kutsal veya hayati önemde olması yargıyı topluma kaliteli hizmet verme yükümünden kurtarmaz. Yargı, organ ve unsurlarının takdirine veya “keyfine göre” hizmet sunamaz. Tersine bu nitelikler, yargının kaliteli hizmet vermesini zorunlu kılar.

Yargı sistemini kaliteli hizmet üretecek, bağımsızlığından ödün vermeden şeffaf ve hesapverir olmasını sağlayacak, kendi bağımsızlığının ve hukukun üstünlüğünü etkin olarak savunabilecek, topluma ihtiyaç duyduğu hizmeti en ekonomik maliyetlerle sağlayacak şekilde yapılandırılması gerekir. Yargı, bünyesinde binlerce kişi çalışan, ülkenin en önemli hizmetini veren bir hizmet kurumu olarak yalın, çevik ve kaliteli hizmet üreten bir yapıya kavuşturulmalıdır. Yargı sistemi, yargının asli bir unsuru olan avukatlar da dahil olmak üzere hizmet unsurlarının tamamını kapsayan, hukuk mesleklerini kaliteli hizmet üretmek için organize eden bir şekilde yapılandırılmalı ve işletilmelidir. Yargı topluma bir maliyet olmaktan çıkarılıp katma değer üretir hale getirilmelidir.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları Birinci Oturum

İŞ HUKUKU VE İNSAN HAKLARI

Emsal Ücret Araştırmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Ahmet Burak BELDÜZ

Çalışma hayatında daha az vergi ya da sigorta primi ödemek veya farklı gerekçelerle zaman zaman, iş sözleşmelerinde ya da ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. İş davalarında sıklıkla karşılaşılan ve davaların uzamasının sebeplerinden biri haline gelen işçinin gerçek ücretinin bilinmemesi ve bunun sonucunda ücretin emsal işçi ücretleri araştırılarak belirlenmeye çalışılması yıllardır iş uyuşmazlıklarının gündemlerinden birini teşkil etmektedir. Gerçek ücret tespitinin, hem tanıkların ve bordroların ortaya koyduğu bilgiler, hem de işçi kuruluşları, sendikalar, ticaret odaları, meslek odaları, çevrede benzer iş yapan işyerleri, TÜİK kazanç bilgi sorgulama ekranları üzerinden ve diğer bazı kurum, kuruluşlar ve meslek birliklerinden gelen emsal ücretler ile yapılmaya çalışıldığı bilinmektedir. Farklı kuruluşlardan alınan ücret bilgilerinin işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarih aralığı, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş dikkate alınarak istenmemesi, istense bile cevap veren kuruluşun bu detaylara bakmaksızın ücret bilgisini vermesi, ücret bilgisi istenen kurumda bu türden detaylı bir bilginin olmaması, emsal işi yapan kişi sayısının çok az olması ve ücret bilgisinin bilinmemesi, TÜİK kazanç bilgi sorgulama ekranlarında en son 2014 yılına ait güncelliğini yitirmiş verilerin olması gibi durumlar emsal ücretin belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Çalışmada bu tür zorluklara ve sorunlara karşı ne tür çözümler üretilebileceği tartışılıp farklı ülke uygulamalarında bu konuda hangi tedbirlerin alındığı ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Ortaya konan çözümler ile makul sürede yargılanma hakkının korunması ve yargı reformları ile uygulanmaya başlanan yargıda hedef sürenin sağlanması da amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İşçi, işveren, gerçek ücret, emsal ücret araştırması, bordro.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları İkinci Oturum

CEZA, ADALET, MAHKEMEYE ERİŞİM

Güncel Yargı Harçları ile Diğer Olası Yargılama Giderlerinin Adalete Erişim Bağlamında Değerlendirilmesi

Aybüke YILMAZ^[1]

ÖZ

Bilindiği üzere Devlet, tekelinde bulundurduğu yargı organları aracılığıyla hakları tesis etme ve adaleti sağlama faaliyetlerini bir kamu hizmeti olarak yerine getirir. Bu yargılama faaliyetleri esnasında ortaya bir kısmı doğrudan Devlet bütçesinden karşılanan giderler (Adliye binaları, personel giderleri vb.), bir kısmı ise taraflarca karşılanması beklenen diğer giderler olmak üzere çeşitli masraf kalemleri çıkmaktadır. Geçtiğimiz on yıllık süreçte ve özellikle 2019 yılının Mayıs ayında Yargı Reformu stratejisinin yayımlanmasından bu yana, diğer ekonomik gelişmelerin de etkisi ile yargılama giderleri olarak sayılan masraf kalemlerinin fahiş oranda artış göstermiş olduğu su götürmez bir gerçektir.

Üç bölümden oluşmakta olan bu çalışmada, öncelikle gerek kamu hukuku gerek ise özel hukuk yargılamalarından doğan geniş anlamdaki tüm yargılama giderleri kısaca ele alınacaktır. Bu kapsamda, son on yıllık süreçte bu masraf kalemlerindeki artışların adalete erişimi hangi yönde etkilediği, ne ölçüde sınırladığı veya engellediği çeşitli başlıklar altında incelenip analiz edilecektir. Ardından, Yargı Reformu stratejisinin içindeki dokuz amaçtan biri olan “Adalete Erişimin Kolaylaştırılması” bağlamında, 2023 yılında mevcut olan güncel yargı harçları ve noter harçları ile diğer olası yargılama masraflarının bir değerlendirilmesi yapılacaktır. Son olarak, yargılama giderleri kısaca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi özelinde değerlendirilecek ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilmiş olan ihlal kararları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Adalete erişim hakkı, adalete erişimin kolaylaştırılması, yargı harçları, yargılama giderleri, yargı reformu.

[1] Avukat, Ankara Barosu. aybukeyilmaz23@gmail.com

Evaluation of Current Judicial Fees and Other Possible Trial Expenses in the Context of Access to Justice

ABSTRACT

As it is known, the State carries out the activities of establishing rights and ensuring justice as a public service through the judicial bodies it has a monopoly on. During these trial activities, various expense items arise, some of which are expenses covered directly from the State budget (Courthouse buildings, personnel expenses, etc.), and some of which are other expenses expected to be covered by the parties. It is an undeniable fact that over the past ten years, and especially since the publication of the Judicial Reform strategy in May 2019, the expense items counted as trial expenses have increased at an exorbitant rate, with the impact of other economic developments.

In this study, which consists of three parts, first of all, all litigation expenses in a broad sense arising from both public law and private law proceedings will be briefly discussed. In this context, the increases in these expense items over the last ten years will be examined and analyzed under various headings in which way they affect access to justice and to what extent they limit or hinder it. Then, in the context of “Facilitating Access to Justice”, which is one of the nine objectives of the Judicial Reform strategy, an evaluation will be made of current judicial fees and notary fees and other possible trial costs in 2023. Finally, litigation costs will be briefly evaluated specifically in the context of the European Convention on Human Rights and the violation decisions made by the European Court of Human Rights will be examined.

Keywords: Right to access justice, facilitating access to justice, judicial fees, trial expenses, judicial reform.

Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliğinin Arttırılmasında Bir Karşılaştırma Denemesi: Polis Ombudsmanlığı

Özge AYAS

İngiltere her ne kadar bağımsız bir devlet olsa da Birleşik Krallık olarak adlandırılan yapı ile özdeşleşmiştir. Krallık yapılanması temsili olsa da Birleşik Krallık; İngiltere, İskoçya, Galler ve İrlanda' yı kapsayan devletler birliğinin adıdır. Çoklu parlamenter devletler birliği olan Birleşik Krallıkta iç güvenlik yapılanması İrlanda, İskoçya, İngiltere ve Galler'de farklılık göstermektedir. İngiltere ve Galler'de tek tip kolluk sistemi mevcuttur. Müstakil devletler özelinde iç güvenliğin sağlanmasında polis teşkilatı aktif rol oynamaktadır. İngiltere ve Galler'de ülkenin değişik bölgelerinden sorumlu polis birimleri mevcuttur. İngiliz polisi, *Home office* olarak adlandırılan İçişleri Bakanlığı, yerel yönetimler ve polis teşkilatı tarafından koordinasyon halinde yönetilmektedir. Belirtilen iç güvenlik yönetimi yapısı *the tripartite system*, Türk dilindeki ifadesiyle üçlü sistem olarak adlandırılmaktadır. İngiltere'de 1964 yılında çıkarılan Polis Kanunu ile bugünkü polis teşkilatlanması hayata geçirilmiştir. İngiliz idari yapılanması Türk idari yapılanmasından farklı olmakla birlikte konuyu anlaşılır kılmak adına eklemek gerekir ki; il emniyet müdürlüklerine bağlı olan birimlerin başında *chief constable* olarak adlandırılan emniyet müdürleri bulunmaktadır. İngiltere' nin başkenti Londra' da bulunan ve *metropolitan police* olarak adlandırılan polis teşkilatı en kapsamlı birimdir. Metropolitan polisin merkezi *Scotland Yard* olarak adlandırılan mevkide yer almaktadır. İngiliz polisini diğer devletlerin kolluk kuvvetlerinden ayıran en belirgin özellik sivil toplumun temsil edildiği ve *police authorities* olarak adlandırılan polis

otoritelerinin mevcudiyetidir. Teşkilatın merkez yapılanması olan *metropolitan police* dışındaki her emniyet biriminin başında bir polis otoritesi bulunmaktadır. İdari ve adli bir görünüme sahip olan polis otoritelerinin üçte ikisi belediye meclis üyelerinden ve üçte biri bölgedeki sulh ceza hakimlerinden oluşmaktadır. Yavuzdoğan ' ın (2010) da belirttiği üzere İrlanda polis teşkilatında ise kolluk ve vatandaş arasındaki uyuşmazlıklarda öne çıkan yapı Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanlığıdır. Covid-19 sürecinde maske ve aşı karıştırlarının düzenlediği toplumsal olaylar da dahil olmak üzere polis tarafından ateşli silahların kullanılması, polis memurlarının eylemleri sonucunda meydana gelen ölüm olayları da ombudsmanlık müessesesinin görev alanına girmektedir. Polis ombudsmanına başvuruda bulunmak için herhangi bir ücret ödenmemekte ve değerlendirme süreci hızlı bir şekilde karara bağlanmaktadır(The Police Complaints System in Northern Ireland, 2016, s. 10).

Türkiye’de ise; kolluk görevlilerinin çalışma koşullarının iyileşmesini sağlamak ve vatandaşların kolluk hizmetleri ile ilgili öneri, istek ve şikâyetlerini iletebilmesi amacıyla, 2016’ da yürürlüğe giren Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun ile kurulan Kolluk Gözetim Komisyonu 2019 yılı itibari ile faaliyetlerine başlamıştır. Kanunun 1.maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere kolluk tabirinden Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilâtında görevli personel anlaşılmaktadır. 6713 sayılı kanun ve bu kanunla kurulan Kolluk Gözetim Komisyonu, kolluğun işlediği iddia edilen suçlarla veya disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarıyla ilgili olarak idarî merciler tarafından yapılan ya da yapılması gereken işlemleri denetlemektedir.

Ombudsmanlıkla uzlaştırma arasında bir köprü görevi gören bu yapının İrlanda’daki örneğine benzemekle birlikte kolluğun faaliyetlerinden

kaynaklanan uyuşmazlık türlerine göre yargı yoluna gidilmeden çözüm sunabilecek bir hale dönüştürölmesi yeni bir öneri olarak sunulmaktadır. Bu yolla bireylerin ve hukuk meslekleri mensuplarının adalete erişimi de prosedürel ve maddi yükten kurtarılmış olacaktır. Çalışma; akademik ve uygulanabilir bir öneri sunmayı amaçlamaktadır.

Anahtar kelimeler: Kolluk, ombudsmanlık, ceza adaletinde etkinlik, savunma hakkı, adalete erişim.

Aleniyet İlkesinin İhlaline Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Uğur ERSOY

Özet

İnsanoğlu, doğası gereği gördüğüne inanma, görmediğine ise inanmama eğilimindedir. Bu yüzden toplumu oluşturan bireylerin, yargılamaların adil olup olmadığını değerlendirebilmeleri için yargılamaları izlemeleri gerekmektedir. Yargılamaların toplum tarafından izlenebilmesi ise ancak yargılamaların aleni olması ile sağlanabilir.

Aleniyet, temel bir yargılama hukuku ilkesi olup yalnızca ceza muhakemesi hukukunda değil diğer yargılama disiplinlerinde de kendisine yer bulmuş önemli bir ilkedir. Bu nedenle muhakeme hukukuna egemen olan diğer ilkelerle de sıkı bir bağlantı içerisinde. Bu ilke sayesinde diğer muhakeme hukuku ilkelerinin varlığı da bir anlamda teminat altına alınmış olmaktadır.

Hukuk devleti olmanın doğal bir sonucu ve aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen aleniyet ilkesinin, yargılamaya egemen olan ilkeler arasında üst sıralarda yer aldığı söylenebilir.

Türk Hukuku açısından bakıldığında aleniyet ilkesinin esasının, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğuna dair Anayasa'nın 9. maddesi-

ne dayandığı görülmektedir. Söz konusu maddeye göre yargı yetkisi “Türk Milleti adına” bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. Bu kapsamda egemenliğin gerçek sahibi olan halk, mahkemelerin yargı yetkisini doğru ve usulüne uygun bir şekilde kullanıp kullanmadığını yalnızca aleniyet ilkesi ile denetleyebilecektir. Bu ilke aynı zamanda halkın yargılamaya katılımını sağlamak ve yargıya demokratik bir nitelik de kazandırmaktadır.

Aleniyet ilkesine özel bir önem atfeden Anayasamız, 141. maddesinde tüm yargılama hukuku disiplinlerini içine alacak şekilde bu ilkeyle ilgili özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna ilave olarak Ceza Muhakemesi Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda da aleniyet ilkesine ilişkin hükümlere rastlanmaktadır.

Anayasa’da yargılamaların aleni olduğu mutlak bir kural olarak kabul edilmemiş, bu kurala genel ahlak, kamu güvenliği ve çocukların yargılanması konularında bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan birine girmediği halde yargılamanın kapalı yapılmasına diğer yargılama disiplinlerinde olduğu gibi CMK’da da bazı yaptırımların bağlandığı görülmektedir.

Tebliğimizde ceza yargılamalarında sıklıkla göz ardı edilen bir ilke konumunda bulunan aleniyet ilkesinin ihlaline bağlanan hukuki sonuçların neler olduğu üzerinde ayrıntılı olarak durulacak, konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarına yer verilmek suretiyle görüş, tespit ve önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Aleniyet ilkesi, adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesi, kapalı duruşma, açık duruşma.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları Üçüncü Oturum

TÜRK HUKUKUNDA MED-ARB

Çok Katmanlı (Aşamalı) Tahkim Kayıtları

Bilgin TİRYAKİOĞLU

Tahkim anlaşmalarında tahkim yargılamasına başvurulmasından önce bir veya daha fazla barışçı çözüm yollarının tüketilmesi üzerinde tarafların mutabakata varmaları uzun yıllardan bu yana, hem milletlerarası ticari tahkimde ve yatırım tahkiminde sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Çok katmanlı tahkim kayıtlarının kullanılmasında temel amaç tarafların tahkim yargılaması gibi bir oldukça sofistike ve masraflı olan bir sürece başlamadan önce bir kez daha düşünmelerine imkân vermektir. Bu katmanlar tarafların bizzat kendi aralarında gerçekleşen yeniden müzakere süreçlerini kapsayabileceği gibi, arabuluculuk, uzlaşma komisyonu gibi üçüncü taraf usulleri de olabilir. Hatta tahkim anlaşmaları tahkim öncesinde hem taraflar arasındaki müzakereyi ve sonrasında üçüncü taraf usullerinin sırasıyla gerçekleştirilmesini öngörmüş olabilir. Tahkim öncesinde öngörülmüş olan bu aşamalar taraflar arasında henüz çekişmeli bir yargı olmadığından barışçıl çözüm yolları olarak da bilinmektedir. Çok katmanlı tahkim anlaşmalarında bu aşamalar hakkında değişik modeller izlenebilir. Örneğin, tahkim öncesinde, uyuşmazlığın çözümü amacıyla önce tarafların barışçıl müzakereleri yapması, daha sonra üçüncü taraf usulü olarak arabuluculuk yoluna başvurulması öngörülebileceği gibi, doğrudan doğruya üçüncü taraf usulleri (arbuluculuk, uzlaşma komisyonu veya hakem bilirkişilik yöntemi) öngörülmüş olabilir. Son yıllarda Kurumsal Tahkim Kurumlarının da etkisiyle en yaygın model med-arb olarak bilinen arabuluculuk-tahkim yöntemidir.

Sunumda med-arb anlaşmalarının da dahil olduğu çok katmanlı tahkim anlaşmaları ve değişik modelleri üzerinde durulduktan sonra tahkim öncesi aşamaların tüketilmesinin zorunlu olup olmadığı tartışılacaktır. Tahkim öncesi aşamaların tüketilmeden doğrudan tahkim yoluna başvurulmasını haklı kılan sebepler üzerinde durulduktan sonra, aşamaların atlanmasının tahkim davlarında yetki sorunu mu yoksa bir kabul edilebilirlik sorunu mu olduğu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tahkim Anlaşması, Barışçıl çözüm yolları, Üçüncü taraf usulleri, Yetki ve Kabuledilebilirlik

Prof.Dr. Bilgin Tiryakioğlu

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Çalışma Yaşamında Medarb İhtiyacı

Levent AKIN

ÖZET

Türk yargı sisteminde mahkemelerin iş yükü yıllardır, yargının çözülmesi gereken en temel sorunlarından biri olarak görülmektedir. Adli istatistiklerine göre 2022 yılı itibarıyla ceza mahkemelerinde yaklaşık 3 milyon, hukuk mahkemelerinde ise yaklaşık 5 milyon dosya bulunmaktadır. İdare ve vergi mahkemelerinde ise bu sayı yaklaşık 600 bindir.

Adalet Bakanlığının Adalet İstatistikleri'ne göre, hukuk mahkemelerinin önüne 2022 itibarıyla yaklaşık 4.7 milyon dosya gelmiştir. Bunların yaklaşık 2.7 milyonunu karara bağlamış ve yine yaklaşık 2 milyon 2023 yılına devretmiştir. Bu rakam bir önceki yıla göre yapılan devirde bir artışa işaret etmektedir.

Aynı dönemde iş mahkemelerinde açılan dava sayısı yaklaşık 225 bindir. Bunlara bir önceki yıldan yaklaşık 400 bin dosya daha eklendiğinde, bozularak gelenlerle birlikte mahkemelerin önündeki dosya sayısı 2022 yılında 650 bine ulaşılmıştır. İş mahkemeleri bunların 270 binini karar bağlayabilmiş ve yaklaşık 385 bin dosya 2023'e devredilmiştir. Bu sayı tüm hukuk mahkemeleri dikkate alındığında, asliye hukuk mahkemelerinden sonraki en yüksek 2. dosya devridir. Asliye hukuk mahkemelerinin iş çeşitliliği ile kıyaslandığında sadece iş ilişkileri ile ilgilenen bir mahkeme için bunun çok yüksek bir dosya devri olduğu açıktır. Hatta oransal olarak bakıldığında, asliye hukuk mahkemelerindeki %53'lük, ticaret mahkemelerindeki %52'lik devir oranlarını geride bırakan iş mahkemeleri, %59'luk devirle ilk sıradadır.

Yine aynı dönemde bir dosyanın ortalama görülme süresi hukuk mah-

kemelerinde ortalama 250 gündür. Bu süre bölge adliye hukuk dairelerinde 311 gün, Yargıtay hukuk dairelerinde ise 174 gün olarak belirlenmiştir. Yani bir hukuk dosyasının, Yargıtay'a da gidecek olması halinde görülme süresi, bozma söz konusu olmadıkça, ortalama 735 gün sürmektedir.

Bu genel rakamlar, konu iş hukuku olduğunda ciddi oranda değişmekte ve davaların mahkemede görülme süresi ortalamanın iki katına çıkmaktadır. 2022 itibarıyla iş mahkemelerinde bu süre 544 gündür ve kadastro davaları gibi teknik yönü olan davaları (564 gün) saymazsak ilk sıradadır. Daha önemlisi bu süre 2017'de yürürlüğe giren dava şartı arabuluculuk sonrasında daha da artmıştır. Yine aynı dönemde, iş mahkemelerinde bir önceki yıldan devredilen dosyaların çıkarılma süresi de 524 gündür. İstatistiklere göre iş mahkemelerinin gelen dosyayı çıkarma oranı % 41.1 olmuştur. Yani iş mahkemelerindeki dosya birikimi her yıl hızla artmaktadır.

Uygulamada ve özellikle de çalışanlar arasında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin varlığına rağmen, işçilerin iş mahkemelerine başvuru tercihinin temelinde, iş mahkemelerinde işçi lehine karar verildiği ön kabulü rol oynamaktadır. Ancak gerçek durum bunun çok da öyle olmadığını göstermektedir. Yine Adalet Bakanlığının Adalet İstatistikleri 'ne göre, 2022 yılında iş mahkemelerinde açılan davaların %20'si tümüyle red, %42'si kısmen red şeklinde gerçekleşmiştir. Dolayısıyla iş mahkemelerinde dava açan işçilerin % 62'si talep ettikleri alacaklarını ya hiç alamamakta ya da kısmen alabilmektedir.

Bu güne kadar, iş uyuşmazlıklarının yargı üzerinde oluşturduğu bu büyük yükü hafifletebilmek, dava sürelerini kısaltabilmek için çeşitli adımlar atılmıştır. HMK ile getirilen ve davaların uzamasına yol açan kısmi talebi bertaraf etmek için yapılandırılan *belirsiz alacak davası düzenlemesi*, arzu edilen sonucu doğurmamıştır. İş ilişkilerinin özellikleri ve çalışma yaşamının iç dinamiklerinin işçilik alacaklarını belirsiz kılan do-

ğası, söz konusu yapıdan beklenen sonucun doğmasına engel olmuştur. Anılan düzenlemeye rağmen dava sürelerinin daha da uzaması, bunun açık göstergesidir.

Aynı amaca yönelik olarak atılan bir diğer önemli adım, *dava şartı arabuluculuk* sistemidir. Yasa koyucu, arabuluculuk yöntemi ile işçi ve işverenin dava açmadan müzakere ile anlaşabilmelerini amaçlamış, bu süreci denemeden/tüketmeden dava açılmasını engellemiştir. Böylelikle bir yandan tarafları uzun yargılama sürecinden kurtarabileceğini, diğer yandan da iş mahkemelerinin dava yükünü hafifletebileceğini düşünmüştür.

Bu iyiniyetli çabaya rağmen, geride bıraktığımız zaman zarfında arabuluculuk faaliyetlerinin bir bölümü, ihtiyari yöntem kullanılarak bambaşka bir mecraya sürüklenmiştir. Arabuluculuk, işten çıkarılan işçinin mahkemeye başvurusunu engellemeye yönelik bir yöntem olarak kullanılmaya başlanmıştır. Esasında işçi ve işverenin arabulucu huzurunda diyalogunu temel alan ve bu diyalogla uyuşmazlığı gidermek isteyen yapı, yüzlerce işçinin (dakikalar içinde) görüşerek anlaştıkları görünümü veren belgelerin hazırlandığı bir araca dönüşmüştür. Yapının amacı dışında kullanılması, mahkemelerin iş yükünü hafifletmek bir yana, yeni dava türlerinin doğmasına neden olmuştur. İşçiler, bilgileri dışında yürütülen bu tür arabuluculuk faaliyetleri sonunda hazırlanan evrakın iptali sebebiyle dava açmaya yönelmiş, mahkemeler de bu talepleri kabul eden kararlar vermeye başlamıştır.

Uygulamada saygın arabulucular tarafından yapılan sağlıklı ve başarılı örneklerle rağmen, kitleler halinde uygulanan güdümlü arabuluculuk örnekleri, özellikle çalışma yaşamında, sisteme verilen krediyi hızla tüketmektedir. Günümüzde iş uyuşmazlıklarında uygulanan arabuluculuk faaliyeti, işverence uygulanan fesih prosedürünün bir parçası olarak görülmektedir. Açılan davalar göstermektedir ki çalışanların büyük çoğunluğu arabuluculuğu sadece, işçilik haklarının alınması için yerine getirilmesi gereken bir işlem olarak görmekte, bunların bir kısmı arabulucuyu dahi hiç görmeden süreci tamamlamaktadır. Ancak bu süreç, söz konusu işçile-

rin alacakları için mahkemeye başvuru hakkını da ortadan kaldırmaktadır. Fakat buna rağmen sürecin sebep olduğu sorunlar, irade fesadı ya da iradenin bulunmadığı gerekçeleriyle yargı önüne taşınmakta ve arabuluculuk tutanakları iptal edilebilmekte, hatta arabuluculuk faaliyeti tümüyle yok sayılmaktadır.

Bu koşullar altında çalışma yaşamının ihtiyaçlarını sağlıklı şekilde gidecek yeni çözüm yöntemlerini yaratma zarureti doğmuş görünmektedir. İşçi ile işveren arasındaki hukuki uyuşmazlıkların hızla çözümü sağlanarak, çalışma barışında yaşanan kesinti giderilmelidir. Uzun yargılama sürecinin işçi üzerinde yarattığı baskı engellenmelidir. Kurumsallaşmış ve hukuka uygun hareket eden işverenlerin, basit iş uyuşmazlıkları ile yıllarca mahkeme kapılarında zaman kaybının önüne geçilmelidir. Uzayan davaların işçilik alacaklarını eriten etkisinin işverenlerce kullanılma alışkanlığı ortadan kaldırılmalıdır. Yargılamanın caydırıcı etkisi artırılmalı, hukuka duyulan güvenin zarar görmemesine özen gösterilmelidir.

Bu hedeflere ulaşılmasında başvurulabilecek yöntemlerden biri de Medarb'dır. Bu yöntem, geride bıraktığımız arabuluculuk sürecinin kazandırdığı, iyi ve kötü tecrübeleri dikkate alarak yumuşak geçişin sağlanabileceği en makul seçenek gibi durmaktadır. Medarb, arabuluculukta edinilen olumlu tecrübelerin kullanılabileceği, olumsuz tecrübelerin de bertaraf edilebileceği hızlı bir çözüm seçeneği olarak gündeme alınmalıdır. Mevcut İş Kanununda yer alan tahkim seçeneği harekete geçirilmeli ve uygulama alanı genişletilerek ciddi bir çözüm alternatifi olarak değerlendirilmelidir.

Bu çalışma, uyuşmazlıkların çözümünde başvurulabilecek medarb yöntemini, bu yöntemin çalışma yaşamının duyduğu ihtiyaçlara ne şekilde katkı sağlayabileceğini konu almakta, medarb'ın hayata geçirilmesinde atılabilecek adımları ve sistemin hayata geçişini kolaylaştıracak çözüm önerileri sunmayı amaçlamaktadır.

Prof. Dr. Levent AKIN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Medarb'da Gizlilik Sorunu

Emel HANAĞASI

ÖZET

Son yıllarda özellikle ticari sözleşmelerde çok aşamalı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelik tercihin giderek arttığı görülmektedir. Bu yöntemlerden biri de arabuluculuk ve tahkim yollarını bir araya getiren arabuluculuk-tahkim (*med-arb*) yöntemidir. Bu yöntemde taraflar, uyuşmazlığın çözümü için önce arabulucuya başvururlar. Arabuluculuk faaliyetleri sonucunda uyuşmazlık çözülmezse aynı uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna gidilir.

Arabuluculuk-tahkim yönteminin ortaya çıkış sebebi, gerek arabuluculuğun gerek tahkimin olumlu (avantajlı) yönleri korunurken, olumsuz (dezavantajlı) yönlerinin bertaraf edilmesinin istenmesidir. Bu bağlamda, tarafların uyuşmazlığı çözmek hususunda çabaladığı, uyuşmazlıkla ilgili olarak birbirlerinin görüşlerini dinleme ve tartışma fırsatı bulduğu, her iki tarafın da ekonomik ve hukuki menfaatlerini koruyan verimli bir arabuluculuk süreci sonunda sulh olarak uyuşmazlığın tahkime taşınmadan sonlandırabilmesi bu yöntemin olumlu tarafıdır. Arabuluculuk sürecinin sonunda uyuşmazlığın tamamı hakkında sulh olunamasa dahi tarafların kimi uyuşmazlık noktalarında anlaşmaları ve bunların tahkim yargılaması dışında bırakılması da yine bir kazanım olarak ortaya çıkmaktadır. Bunların yanı sıra, arabuluculuk sürecinin başarısız olması durumunda uyuşmazlığın devlet yargısı yerine tahkime götürülmesi de, uyuşmazlığın hızlı, etkin, konunun uzmanları tarafından, gizli bir biçimde ve kesin olarak çözülebilmesini sağlamaktadır. Bu çerçevede, arabuluculuk-tahkim yöntemi, arabuluculuk sürecinin sağladığı esneklik ve rahatlık ile tahkim yargı-

laması sonucunda elde edilen kararın kesinliği ve bağlayıcılığını bir araya getirerek her iki çözüm yönteminin de en iyi yönlerinin kullanabilmesine olanak tanımaktadır.

Yukarıda kısaca ifade edilmeye çalışılan olumlu yönlerine rağmen arabuluculuk-tahkim yöntemi kimi sorunları da bünyesinde barındırmaktadır. Bu sorunlardan birçoğunun kaynağı ise, arabulucu ve hakemin aynı kişi olması ihtimalinde karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar arabulucu ve hakemin farklı kişilerden seçilmesi mümkünse de, uluslararası alanda arabuluculuk-tahkimde tercih edilenin tam tersi olduğu görülmektedir. Zira arabuluculuk-tahkim yöntemiyle amaçlanan serilik, etkinlik ve kesinliğe ulaşılabilmesi, hakem ve arabulucunun aynı kişi olduğu durumlarda daha olasıdır. Başka bir anlatımla, zaman ve masraf sorunlarının en aza indirilebilme olanağı, daha çok arabulucu ve hakemin aynı kişi olduğu arabuluculuk-tahkim modelinde mümkündür. Öğretide de, arabuluculuk sürecinde tarafları tanıyan, uyuşmazlığı anlayan, tarafların uyuşmazlık konusunda ileri sürdüğü argümanları bilen arabulucunun, tahkim yargılamasını yürütecek ideal hakem olacağı savunulmaktadır. Bu görüşe göre, arabulucu ve hakemin aynı kişi olması sayesinde tahkim yargılaması çok daha ucuz ve hızlı yürütülebilecektir.

Bununla birlikte, arabulucu ve hakemin aynı kişi olması yönündeki tercih beraberinde önemli bazı sakıncaları da getirmektedir. Örneğin bu modelde, arabulucu-hakem, arabuluculuk sürecinde uyuşmazlığın çözümü için taraflara önerdiği ve ancak tarafların razı olmadıkları bir çözümü tahkim aşamasında hakem kararı olarak verebilir.

Öte yandan, arabulucunun aynı uyuşmazlıkta hakem olarak da görev yapacağını bilen tarafların, arabuluculuk sürecinde, arabulucu-hakemin gözünde kendilerini haklı ve karşı tarafı kötü göstermek için çabalamaları ve tahkimde kendi lehlerine bir karar elde edebilmek için arabulucu-hakemi

etkilemeye yönelik kötünıyetli davranışlar gerçekleştirmeleri mümkündür.

Yine, uyusmazlığın bir an önce sonlandırılması amacıyla tahkim aşamasına geçilmek istenmesi ve buna bağlı olarak arabuluculuk sürecinin gerektirdiği özenin, çabanın gösterilmemesi arabulucu ile hakemin aynı kişi olmasının yaratabileceği bir risk olarak karşımıza çıkar.

Arbulucu ve hakemin aynı kişi olduğu arabuluculuk-tahkim modeli, Türk hukukunda tahkim süresi bakımından da sorun yaratabilecek niteliktedir. Zira 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 427, 1 ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 10, B hükümleri uyarınca tahkim süresi, hakemin seçilmesiyle başlar. Arabulucu ile hakemin aynı kişi olduğu modelde hakem, arabuluculuk aşamasında seçileceğinden, anılan düzenlemeler dikkate alındığından tahkim süresi de bu andan itibaren başlar. İşte bu durum, arabuluculuk sürecinin aceleye getirilmesi ya da tahkim aşamasına geçildiğinde sürenin az kalmış olması nedeniyle yine özensiz bir yargılama yürütölmesi sonucunu doğurabilir.

Son olarak, arabuluculuk-tahkimin bu modelinde ortaya çıkabilecek en büyük sakınca arabulucunun hakem olarak görev yaptığı durumlarda hakemin tarafsızlığının zedelenmesi ihtimalidir. Zira hakem, daha yargılamaya baş lamadan evvel yürüttüğu arabuluculuk süreci nedeniyle uyus mazlık hakkında detaylı bilgiye ve bir kanaate sahip olur. Arabuluculuk aş amasında edinilen bilgilerin tarafların rızası olmadan tahkim aş amasında kullanılması ve hakem kararının arabuluculuk sürecindeki gizlilik teşkil eden görüşmelere dayanması arabuluculuk-tahkim yönteminin beraberinde getirdiği en önemli sorundur.

Arbuluculuğa hâkim ilkeler içinde gizlilik ilkesi, arabuluculuk yönteminin başlıca unsuru, temel taşıdır. Bu ilke, arabuluculuk sonrasında ortaya  ıkabilecek yargılamalarda, arabuluculuk aş amasında ortaya konan bilgi, belge ve beyanlara dayanılamamasını içerir. Gizlilik ilkesinin sağladığı güvenceler çerçevesinde, karşı tarafın bunları duymasından korkmadan, uyus mazlık hakkındaki bakış açıları ve tüm argümanlar herhangi bir endişe taşımadan ifade edilebilir. Bu ise, arabuluculuk yönteminden

beklenen başarının gerçekleşmesine hizmet eder. Gerçekten de taraflar, arabuluculukta kullanılan bilgi ve belgelerin bir sınırlamaya tâbi olmadan devlet yargısında ya da tahkim de kullanılacağını bilirlerse, arabuluculuk yönteminden beklenen faydayı sağlamak mümkün olmaz. Taraflar, arabuluculuk aşamasında kullanılacak bilgi ve belgelerin devlet yargısında ya da tahkim yargılamasında karara esas alınacağı çekincesiyle, aslen çözüme katkısı olabilecek hususları, aleyhlerine olan bilgi ve belgeleri, zayıf noktaları bu aşamada saklayabilirler.

Kanaatimce de arabulucu-hakemin aynı kişi olduğu durumda arabuluculuk aşamasında gündeme gelebilecek bilgi ve belgelere hâkim olan hakemin, bu bilgileri göz ardı ederek karar veremeyecek olması ihtimali haklı bir endişedir. Bu nedenledir ki, öğretide taraflar aksi bir anlaşma yapmadığı sürece, arabulucunun hakem olarak atanmasını yasaklamayı savunan bir görüş ortaya çıkmıştır. Bu görüşe göre, arabuluculuk görevi yapan kişi, ne tek hakem veya baş hakem olmalıdır, ne de taraflardan biri tarafından taraf hakemi olarak atanmalıdır. Zira arabuluculuk aşamasında kullanılan bilgi ve belgelerin tahkimde delil olarak sunulması yasaklanmışken, bu bilgi ve belgelere hâkim olan arabulucunun hakem olarak görev yapması, söz konusu yasağı anlamsızlaştıracak ve bu yasağın koruduğu faydayı boşa çıkaracaktır. Türk hukukunda Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığının hazırladığı Türkiye Arabulucular Etik Kuralları (TAEK) m. 4, 6 ve İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Med-Arb Kuralları m. 5'te de bu yaklaşım kabul edilmiştir. Anılan düzenlemelere göre, taraflar aksini açık ve yazılı olarak ifade etmedikleri sürece, arabulucu, hakem olarak görev yapamayacaktır. Taraflar, arabulucunun hakem olarak görev yapmasını kabul ederlerse, söz konusu arabulucu-hakemin, arabuluculuk sürecinde öğrendiği, ancak tahkim yargılamasının dışında kalan bilgileri dikkate almadan ve adeta bu bilgilerden arınarak tahkim yargılamasını yürütmesi gerekecektir. Bunun sağlanabilmesi içinse yine mevzuatımızda özel düzenlemeler öngörülmüştür. HUAK m. 5 ve ISTAC Med-Arb Kuralları m. 6, tarafların, arabulucuların ve arabulucu-

luğa katılan üçüncü kişilerin taraf veya tanık sıfatıyla bu bilgi ve belgeleri tahkim (veya mahkeme) yargılamasında paylaşmasını engellemektedir. Eğer taraflardan veya bir tarafın tanıklarından biri bu bilgi veya belgeleri tahkim yargılamasında paylaşırsa, bu bilgi ve belgeler hakem/hakem heyeti tarafından dikkate alınmayacak ve kabul edilemez bir delil olarak nitelendirilecektir. ISTAC Med-Arb Kuralları m. 6, 2'de, bu yaptırıma ek olarak, böyle bir bilgi veya belge paylaşan tarafın hakem heyeti tarafından ağır bir yaptırıma (yargılamanın tüm giderlerini ödemeye) mahkûm edilebileceğini düzenlemektedir.

Tüm bu sorunlar dikkate alındığında hem arabuluculuk sürecinin olabildiğince etkin yürütülebilmesi için, hem de tahkim yargılamasında tarafsızlık sorunuyla karşı karşıya kalınmaması için, arabulucunun daha sonraki tahkim yargılamasında hakem olarak görev yapmamasının daha yerinde bir çözüm olduğu savunulabilir. Uygulamada da bu durum, arabulucu-hakemin aynı kişi olmadığı farklı arabuluculuk-tahkim modellerinin [arabulucu ve hakemin farklı kişilerden seçildiği yöntem (*med-arb diff*); arabulucu ve hakemin farklı kişilerden seçildiği ve fakat bu kişilerin bir takım halinde hareket ettikleri model (*co-med-arb*); tavsiye edici arabuluculuk-tahkim (*med-arb diff-recommendation*); paralel arabuluculuk modeli (*mediation Windows in arbitration*); arabuluculuk ve nihai teklif tahkimi (*MEDALOA-mediation and last offer arbitration*); bağlayıcı olmayan arabuluculuk-tahkim modeli (*non-binding med-arb*); gölge arabuluculuk (*shadow mediation*)] geliştirilmesi sonucunu doğurmuştur. Bununla birlikte, arabuluculuk-tahkim yönteminden beklenen faydanın sağlanabilmesinin büyük oranda arabulucu ve hakemin aynı kişi olmasına bağlı olduğu unutulmamalıdır. Bu durumda ortaya çıkacak sakıncalar ve gizlilik sorunları tarafların arabuluculuk-tahkim sözleşmesinin kurulması sırasında gizlilikle ilgili sorunlara yönelik olarak detaylı düzenlemeler yapmaları ile aşılabılır. Başka bir anlatımla, taraflar, arabuluculuk-tahkim sözleşmesinde yer alacak bir düzenlemeyle arabuluculuk aşamasında sunulan bilgi ve belgelere ilişkin olarak arabulucu-hakemin nasıl davranacağı hususunda hem kendi-

leri hem de uyuşmazlığın çözümü için en uygun yolu belirleyebilirler. Son olarak ifade edelim ki, tarafların arabuluculuk-tahkim modellerine ilişkin bilgi sahibi olmaları, arabulucu ve hakemin aynı kişi olduğu modelin olumlu ve olumsuz yönleri hakkında bilinçli bulunmaları ve aslında en temelde, aralarındaki uyuşmazlığı dostane bir yöntemle çözmek konusunda içten, dürüst bir niyet sahibi olmaları en önemli noktadır.

Doç. Dr. Emel HANAĞASI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

Medarb'da Tahkim Anlaşması

Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU

Tebliğ Özeti

İngilizce mediation – arbitration sözcüklerinin kısaltması med-arb, son dönemde Türkçede de yaygın olarak arabuluculuk – tahkim uyuşmazlık çözüm yolunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Kombine ya da basamaklı bir uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk – tahkim yolu, yani med-arb, bilindiği üzere, arabuluculuk yolu ile çözilemeyen uyuşmazlıkların nihaî olarak tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmasına ilişkin bütüncül bir yöntemdir.

Med-arb yolunun taraflarca kararlaştırılması, bu yönde bir basamaklı uyuşmazlık çözüm anlaşması yapılması suretiyle olur. Çok genel olarak, tarafların aralarındaki belirli bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek ve arabuluculuk yoluyla belirli bir süre içinde çözilemeyen uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözmeyi kararlaştırmış olmaları halinde med-arb anlaşması yapılmıştır denilebilir. Taraflar bu yönde bir anlaşmaya, aralarındaki sözleşmede bir kayıt olarak yer verebilecekleri gibi ayrı bir anlaşma da yapabilirler. Uyuşmazlık doğduktan sonra da bu yönde anlaşma yapılabilir.

Son yıllarda med-arb yolunu yaygınlaştırma amacıyla çeşitli kurumsal tahkim merkezlerinin med-arb kuralları ve bu kapsamda med-arb model kayıtları yayınlamaları bu yönde yapılacak anlaşmaların standart bir forma kavuşmasına hizmet etmektedir. Ancak, özellikle med-arb'a bir kurumsal tahkim merkezi nezdinde başvurmayı tercih etmeyen taraflar, önce arabuluculuğa; eğer uyuşmazlık bu yolla çözilemezse tahkime gitmeyi kararlaştırabilirler. Bu halde arabuluculuk yoluyla çözilemeyen uyuşmazlığın ad hoc tahkim yoluyla çözülmesi kararlaştırılmış olmaktadır.

Med-arb yoluna ilişkin anlaşmalar ya da kısaca med-arb kayıtları, öncelikle arabuluculuğa ilişkin bir anlaşma yapılmış olması itibarıyla arabuluculuk açısından incelenmesi gereken kayıtlardır. Bunun yanında bu kayıtlar, tahkim yoluna cevaz veren kayıtlar olduğu için tahkim anlaşması esasları çerçevesinde de ele alınmalıdır. Özellikle bu iki uyumsuzluk çözüm yolunun kombine olduğu dikkate alındığında, tahkim anlaşmasına ilişkin bazı hususlar önem kazanmaktadır.

Bu kapsamda Uluslararası Barolar Birliği tarafından yayınlanan ve milletlerarası tahkimde basamaklı uyumsuzluk çözüm kayıtları hazırlanırken dikkate alınması gereken hususları derleyen kılavuzda[1] öne çıkarılan bazı konulara dikkat edilmelidir.

İlk olarak, basamaklı uyumsuzluk çözüm kayıtları veya kombine uyumsuzluk çözüm kayıtları bakımından genel olarak kabul edildiği üzere, ilk basamakta yer alan uyumsuzluk çözüm yoluna ilişkin belirli bir süre öngörülmesi ve bu süre içinde uyumsuzluk çözülemediği takdirde sonraki basamakta yer alan uyumsuzluk çözüm yoluna başvurulabileceği kesin bir dille ifade edilmelidir. Bu suretle, arabuluculuk yoluna başvurulmadan tahkim yoluna başvurulması ihtimali bertaraf edilebilmektedir. Ayrıca, arabuluculuğun uyumsuzluk çözülmeden sona erdiğine ilişkin tespitin ne şekilde yapılacağı belirli olmalı; bir diğer deyişle hangi vakıanın gerçekleşmesi üzerine tahkime başvurulabileceği açık olmalıdır.

İkinci olarak, tarafların tahkime gitme iradelerinin belirli ve net olması, med-arb yolunun tercih edilmesi nedeniyle tahkime gitme iradesinde belirsizliğe yer verilmemesi önelidir. Bir diğer deyişle, arabuluculuk yoluyla çözilemeyen uyumsuzluğun tahkim yoluyla çözüleceği kesin bir dille kararlaştırılmış olmalıdır.

[1] IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, 7 Oct. 2010, <https://www.ibanet.org/Media-Handler?id=D94438EB-2ED5-4CEA-9722-7A0C9281F2F2>.

Bunlara ek olarak, uyuşmazlık konularının arabuluculuk ve tahkim açısından paralel şekilde belirlenmiş olması gerekir. Arabuluculuğa gidilmesi kararlaştırılan konular ile tahkime gidilmesi kararlaştırılan konuların aynı olması önemlidir. Türk hukukunda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda 2023 yılında yapılan değişiklikle (m. 17/B) taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli kabul edilmesi; ancak aynı uyuşmazlıkların Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamında tahkime elverişli kabul edilmemesi, bu tür uyuşmazlıklar bakımından konunun ayrıca ele alınmasını gerektirmektedir.

Anılan hususlar yanında, tahkim anlaşmasında hakem veya hakemlerin belirlenmesi, özellikle arabulucunun aynı zamanda hakemlik görevini yürütüp yürütmeyeceği açısından değerlendirilmelidir.

Görüldüğü üzere, tahkim anlaşmasının, arabuluculuk anlaşması ile birleşmesi, tahkim anlaşmasının ve tahkim yolunun özellikleri çerçevesinde ayrıca ele alınması gereken bir konudur. Bu çalışmada, yukarıda değinilen hususlar ve konuya ilişkin öne çıkan değerlendirmeler ele alınarak tahkim anlaşmasının arabuluculuk anlaşması ile birleşmesinin özellik arz eden yönleri incelenmektedir.



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları Dördüncü Oturum

**GÖÇ VE MÜLTECİ HUKUKU
BAĞLAMINDA ADALETE ERİŞİM**

Sınır Dışı Etme Kararları Bakımından Çocukların Adalete Erişimi: Çocuğun Yüksek Menfaatinin Üç Boyutlu Karakteri Bağlamında Bir Değerlendirme

Merve SİZER

“Kuşkusuz, çocuk mültecilerin yasal süreç içerisinde görünürlüğü, sadece menşe ülkelerinden değil; ailelerinden de ayrıldıktan sonra mümkün olabilmektedir. Bu nedenle sosyolojik bir fenomen olarak çocuk mülteci, çağdaş hukuk söylemindeki varlığını refakatsiz çocuğun varlığına borçludur.” Patricia TUITT, mülteci çocukların ancak refakatsiz olmaları halinde bireysel muamele gördüklerini; aksi halde hukuki işlemler sırasında göz ardı edildiğini bu ifadelerle vurgulamaktadır.

Bilindiği üzere Türkiye, 1994 yılından bu yana Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne taraftır. Anayasamızın Md. 90(5) hükmüne göre usulüne uygun şekilde yürürlüğe girmiş olan uluslararası sözleşmeler iç hukukun bir parçasıdır. Bunun bir sonucu olarak Türk yetkili makamları, çocukları ilgilendiren bütün işlemlerde çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetmekle yükümlüdür. Türk yargı içtihadı ve konuya ilişkin literatür incelendiğinde her ne kadar aile hukukuna özgülenmiş bir kavram gibi görünüyorsa da; çocuğun yüksek menfaati, çocuklarla ilgili her meselede olduğu gibi sınır dışı etme işlemlerinde de temel düşünce (*the paramount consideration*) olmasa da öncelikle gözetilecek bir husus (*a primary consideration*) olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çocuk Hakları Komitesi, 2013 tarihli 14 No.lu Genel Yorumunda çocuğun yüksek menfaatinin üç boyutlu bir kavram olarak kabul etmekte;

bu kuralın herhangi bir olayda veya bir hakkın yerine getirilmesinde asli bir hak, yorumlayıcı bir araç ve bir usul kuralı olarak üç farklı işlevi olabileceğini göstermektedir. İdari ve yargısal süreçlerin ayrılmaz bir parçası olan çocuğun yüksek menfaatinin usuli niteliği, sınır dışı etme kararının alınması sürecinde; bireysel muamele, vasıflı personellerin yetkilendirilmesi, çocuk dostu bilgi toplama yollarının benimsenmesi, temsilci atanması, ispat yükü ve ispat standardı, çocuğun bakım ve güvenliğinin sağlanması gibi çocuğa özgü birtakım güvencelerin getirilmesini gerektirmektedir. Yaş ayrımı yapılmaksızın getirilen düzenlemelerin çocuk odaklı yorumlanması ve değerlendirilmesi ise çocuğun yüksek menfaatinin yorumlayıcı etkisinin bir yansımasıdır. Nitekim büyük ölçüde yetişkin deneyimleriyle şekillenen ülkeden uzaklaştırmaya dair uygulama örnekleri, çocuğa özel koşulların gözden kaçırıldığını, çocuk bireylere özel standartların getirilmesinde çocuk odaklı bir değerlendirmenin gerekli olduğunu ortaya koymaktadır. Üç boyutlu bir kavram olmasının bir sonucu olarak çocuğun yüksek menfaati, karar verme sürecinin tamamına etki etmektedir. Asli bir hak olarak çocuğun yüksek menfaati, sınır dışı etme kararı verme sürecinde yorumlayıcı ve usuli karakterinin gerektirdikleri ile birlikte, çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmediğinin ileri sürülmesine ilişkin bir hak sağlamaktadır.

Tebliğ kapsamında Çocuk Hakları Komitesi'nin çocuğun yüksek menfaati ilkesinin üç boyutlu karakterinin, sınır dışı etme kararlarına karşı adalete erişim üzerine etkileri, güncel mahkeme kararları eşliğinde değerlendirilmektedir.

Anahtar kelimeler: Çocuğun yüksek menfaati, sınır dışı, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Çocuk Hakları Sözleşmesi, temel hak ve hürriyetler, uluslararası koruma

Tahdit Kodu Uygulamasında Adalete Erişim Hakkına İlişkin Bazı Sorunların Tespiti

Müşerref Gülsüm ÖZDEMİR^[1]

Hukukumuzda tahdit kodları, yabancılar hakkında verilen giriş yasağı, sınır dışı etme ve ön izin kararlarının dayanağını oluşturmaktadır. Ayrıca, vize ve ikamet izni başvurularının reddinde de tahdit kodlarının sebep teşkil ettiği görülmektedir. Bu işlemlere karşı açılan davalarda, tahdit kodlarına ilişkin birtakım hususlar, yabancıların adalete erişim hakkını doğrudan etkilemektedir.

Tahdit kodlarına ilişkin ilk sorun, sebepleri ve uygulama usulüne ilişkin düzenlemenin yayınlamamış ve dolayısıyla hukuki standartlarının açıklanmamış olmasıdır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda, bahse konu idari işlemlerin sebepleri “kamu düzeni, kamu güvenliği” gibi muğlak ifadeler ile düzenlenmiş ve idareye oldukça geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Tahdit kodları, bu sebeplerin kapsamına giren bir olay veya olgunun, ilgili yabancıda var olduğunu ifade etmektedir. Ancak, hangi somut veriler ışığında konulabileceğinin bilinmesi mümkün olmadığından, tahdit kodlarının tesis edilme sebeplerinin hukuka uygunluğunun denetiminde birtakım zorluklar yaşanmaktadır.

Bir diğer husus, yapılan işlemlerin yabancıya tebliğ edilmemesi yahut tebliğ edilse dahi işlemi yapan idarenin işlemin gerekçesini açıklama zorunluluğu bulunmamasıdır. Bu eksiklikler, muhatabın işleme karşı yargıya başvuru kararı vermesi ve gerekli savunma araçlarını belirlemesi için yeterli veriye kavuşmasına engel olmaktadır. Dava aşamasında ise, bazı tahdit kodlarının tesis edilme sebeplerinin ve somut dayanaklarının mahkeme

[1] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, <https://orcid.org/0009-0002-9985-2272>, e-posta: mgcetinkaya@ankara.edu.tr

ve davacı yabancıyla paylaşılmaması söz konusu olabilmektedir. Bu durumun, adil yargılanma hakkının bir görünümü olan çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesini ihlal etme riski bulunmaktadır.

Tespit edilen hususlardaki sorunların giderilmesi için tarafımızca, tahdit kodlarına ilişkin düzenlemenin kamuoyu ile paylaşılması; tahdit kodlu idari işlemlerde idareye gerekçe gösterme yükümlülüğü getirilmesi ve söz konusu işlemlerin hukuka uygunluğunun denetiminde gereken teknik bilgi ihtiyacının karşılanması için göç hukuku alanında ihtisas mahkemeleri kurulması önerilmektedir.

Sonuç olarak, tebliğ kapsamında, tahdit kodlarının düzenlenme ve hukuki denetimi aşamasında tespit edilen bazı sorunlar, yabancıların adalete erişim hakkına etkisi bakımından değerlendirilecek ve söz konusu hususlara ilişkin çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tahdit Kodu, giriş yasağı, sınır dışı, adalete erişim, hukuki denetim

Uluslararası Koruma Sürecinde Adalete Erişime Yönelik Bazı Meseleler

Neva Övünç ÖZTÜRK^[1]

2014 yılında tüm hükümleri ile yürürlüğe giren Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) Türk yabancılar hukukunda uluslararası korumaya yönelik yeni ve çağdaş bir hukuki sisteminin oluşmasına zemin hazırlamıştır. Türkiye'nin jeopolitik konumu nedeniyle zorunlu göç yollarının kesişim noktası üzerinde bulunması, bu tür göç hareketleri bakımından transit ülke konumundan hedef ülke konumuna evrilmesi, bu yeni sistemin, YUKK'un genel gerekçesinde ve ilgili hükümlerinde de belirtildiği üzere özgürlük ve güvenlik dengesini koruyan adil bir sürece hizmet etme amacının daha titiz bir şekilde değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. Hiç kuşkusuz, mültecilik hâlinin^[2] kendine has dinamiklerinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin MSS v. Belçika ve Yunanistan^[3] kararında da teyit ettiği üzere mülteci bireyin dezavantajlı (kırılgan) konumunun dikkate alınarak hukuki uygulamaya yansıtılması, demokratik hukuk devletin gerekleri açısından elzem bir nitelik arz etmektedir.

YUKK'un uluslararası korumaya ilişkin hükümlerinin oluşturulmasında, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne (AB) üyelik sürecinin Türk hukukunun

[1] * Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

[2] Mülteci ifadesi sadece hukuki bir statüyü nitelendirecek şekilde değil, zorunlu göçe maruz kalmış ve uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde bulunan tüm bireyleri kapsayacak şekilde sosyolojik ve genel bir terim olarak kullanılmıştır.

[3] MSS v. Belgium and Greece, App. No. 30696/09, 21.01.2011, para. 232.

AB hukuku ile uyumlaştırılması gereğini doğurmasının da etkisiyle, AB'nin ikincil mevzuatı dikkate alınmıştır. Yeni oluşturulan sistemin iskeletinin bu çerçeve üzerine inşa edilmesi gayet makul ve anlaşılabilir olmakla birlikte, AB'nin ikincil mevzuatının üye devletlerin uluslararası korumaya yönelik uygulamalarına asgari bir standart teşkil etmesi ancak uygulamaların ayrıntılarının her bir üye devletin iç hukukları tarafından şekillendirilmekte olması, Türk hukuku bakımından usul ve esasa ilişkin bazı noktalarda mevzuatta bir belirsizliğin oluşmasına ve bu nedenle keyfi uygulama riskinin doğmasına neden olmuştur. Bu bağlamda öne çıkan meseleler arasında; uluslararası koruma başvurularının işleme alınmasının, ikamet ilinin belirlenmesi ve değiştirilmesinde bireysel değerlendirmenin gerçekleştirilmesinin, başvuru ve kayıt süreçleri arasındaki boşlukta başvuranın statüsünün netleştirilmesinin, özel ihtiyaç sahibi kavramının içeriğinin belirginleştirilerek bu husustaki sevk mekanizmalarının oluşturulmasının güvence altına alınması konularının bulunduğu belirtilebilir. Statü belirleme bakımından ise özellikle ispata yönelik meselelerin; bilhas-sa başvuranın ispat yükü kapsamında kullanabileceği kanıtların, etkili olan ispat standardının, dahil etme ve hariçte bırakma kriterlerinin somutlaştırılmasının objektif ve yeknesak bir düzlemde belirlenmesinin gerekliliği öne çıkmaktadır. Uluslararası korumaya ilişkin yargı kararları incelendiğinde ise bu gerekliliklerin yargısal denetim bağlamında da giderilemediği, yargı kararlarında yeknesaklığın ve mevzuattan kaynaklanan belirsizlikleri derinlemesine analizlerle gidermeye yönelik bir yaklaşımın görülemediği anlaşılmaktadır. Göç ve mülteci hukuku alanının hukuk eğitiminde geri planda kaldığı ve akademide de uzmanlaşmaya açık bir alan olmadığı göz önünde bulundurulduğunda hem mevzuata hem uygulamaya hem de yargısal denetime ilişkin sorunların kaçınılmaz olduğu ifade edilebilir. Bu arka plan eşliğinde, sunuşta adalete erişim kavramı geniş niteliği ile ele

alınır, uluslararası koruma süreçlerinin gerek usuli gerekse esasa ilişkin boyutlarında, özgürlük ve güvenlik dengesini koruma amacı ekseninde adil ve etkin karar alma bakımından etkili olabilecek bazı meselelerin üzerinde durularak, göç ve mülteci hukuku alanının uzmanlaşmaya elverişli hâle getirilmesi ve bu alanda uzmanlık mahkemelerinin faaliyete geçirilmesinin gerekliliği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası koruma, statü belirleme, ispat standardı, ispat yükü, bireysel değerlendirme, yargısal denetim.

Sınır Dışı Etme İşlemlerinin Yargısal Denetiminin Usuli Güvenceler Bakımından Değerlendirilmesi

Rüya İNANIR^[1]

ÖZET

Yabancıların ülke sınırlarından çıkarılması/gönderilmesini konu edinen sınır dışı etme kavramı mevzuatımızda 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK) 54. Maddesinde ifadesini bulmuştur. Sınır dışı etme kararları idari işlem niteliği taşımaları sebebiyle idari yargının görev alanı kapsamında yargısal denetime tabii tutulmuştur. Sınır dışı etme işlemine karşı yargısal bir başvuru mekanizmasının varlığı ve bu mekanizmanın etkililiği temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından son derece önemlidir. Nitekim olağan bir idari işlem niteliğinde olmayan sınır dışı etme işlemlerinin idare mahkemelerince çok yönlü bir değerlendirilmeye tabii tutulmaması halinde işlemin muhatabının yaşam hakkını ihlal edecek sonuçlar doğurabilmektedir.

Mevzuat kapsamında sınır dışı etme kararlarına karşı yargı yoluna başvurma başvurucuya sağladığı faydalardan biri yürütmenin durdurulması talebine gerek olmaksızın sınır dışı etme kararının icrasının durması yani; otomatik askıya alma mekanizmasının işletilmesidir. Ancak sınır dışı etme kararının iptali için dava açılmış ve ilgili makama bildirim yapılmış olmasına rağmen sınır dışı etme kararlarının icra edildiği gözlemlenmektedir. Bu pratik değişiklik, söz konusu idari işlemlere karşı öngörülen başvuru

[1] Avukat, Ankara Barosu, <https://orcid.org/0000-0001-6975-4650>.

mekanizmasının yani dava yolunun işlevsel ve etkili olması tartışmasını gündeme getirmektedir.

İdari yargının görev alanına giren sınır dışı etme kararlarının yargısal incelenmesinin etkili bir iç hukuk yolu olarak tanımlanması tartışmasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. Maddesi uyarınca sağlanan yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usul güvenceleri çerçevesinde bir değerlendirme sunulması planlanmaktadır.

Bu bağlamda otomatik askı mekanizmasının idare tarafından işletilmemesinin yanında; yargısal pratikler çerçevesinde işlemin iptali için öngörülen yedi günlük dava açma süresinin katı yorumunun hakka erişimi kısıtlayan niteliği, işlemin dayandığı sebebin ve olgusal unsurların gizli addedilmesi suretiyle dosyaya erişimin engellenmesi, mahkemelerce resen araştırma ilkesine uyulmaması, başvurucunun avukat tarafından temsilden mahrum kalma halleri usul güvencelerinin yerine getirilmemesi suretiyle hak ihlaline sebebiyet verecektir.

Mülteciler öncelikli olmak üzere, yabancıların adalete erişimleri önündeki yasal ve fiili engellerin kaldırılması, haklardan faydalanmakta herhangi bir ayırım gözetilmemesi yargı reformu kapsamında bütüncül bir değerlendirme sunulabilmesi için elzemdir.

Anahtar Kelimeler: Sınır dışı etme kararı, usul güvenceleri, adalete erişim, otomatik askı mekanizması, iptal davası.

Göç ve Mülteci Hukuku Bağlamında Adalet Erişime Yönelik Değerlendirmeler ve Uzmanlaşma İhtiyacı Üzerine Tespitler

Oturum, dezavantajlı (kırılgan) grupların adalet erişimi bağlamında, göç ve mülteci hukuku ekseninde bazı meselelere odaklanmaktadır. Bu çerçevede, göç ve mülteci hukuku alanında adalet erişiminin gerek mevzuat gerek uygulama gerekse yargısal denetim bağlamında uzmanlaşmayı gerektirdiğinin, seçilen meseleler üzerinden aktarılması hedeflenmektedir.

Düzensiz göçmenlerin veya zorunlu göçe maruz kalan bireylerin, statüleri ve deneyimleri göz önüne bulundurulduğunda kırılgan olarak nitelendirilmeleri söz konusu olabilmektedir. Bu kırılganlık hâlinin tezahürü farklı şekillerde kendini gösterebilmektedir. Göç ve mülteci hukuku alanının devletin egemenlik yetkisi ile ilişkilendirilmesinden temel alınarak, idarenin takdir yetkisinin sınırlarının mevzuat ekseninde netleştirilmemesi yahut bu yetkinin denetlenmesinde idare mahkemelerinin yeterince etkin olmaması söz konusu kırılganlığı doğuran ya da pekiştiren bir özellik gösterebilmektedir. Bu tür durumlara yönelik örneklerden ilki, uluslararası koruma süreçlerinde kendini göstermektedir. Bu çerçevede, oturumda ilk olarak, kırılganlığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da teyit edilmiş olan uluslararası koruma ihtiyacı içerisindeki kişilerin adalet erişimine yönelik bazı tespitlerde bulunulacaktır. Bu bağlamda, adalet erişim kavramı geniş niteliği ile ele alınıp, uluslararası koruma süreçlerinin gerek usuli gerekse esasa ilişkin boyutlarında, özgürlük ve güvenlik dengelerini koruma amacı ekseninde adil ve etkin karar alma bakımından etkili

olabilecek bazı meseleler irdelenecek, göç ve mülteci hukuku alanının uzmanlaşmaya elverişli hâle getirilmesi ve bu alanda uzmanlık mahkemelerinin faaliyete geçirilmesinin gerekliliği tartışılacaktır. İdarenin takdir yetkisinin belirsizliği ve hukuki güvenliğin tam olarak tesis edilememesine yönelik bir diğer örnek ise tahdit kodu uygulamasına ilişkindir. Bu konuya yönelik değerlendirmeler, oturumda yer alan bir diğer sunuş konusunu teşkil etmektedir. Bu işlemlere karşı açılan davalarda, tahdit kodlarına ilişkin birtakım hususlar, yabancının adalete erişim hakkını doğrudan etkilemektedir. Bu çerçevede, tahdit kodlarının düzenlenme ve hukuki denetimi aşamasında tespit edilen bazı sorunlar, yabancının adalete erişim hakkına etkisi bakımından değerlendirilecek ve söz konusu hususlara ilişkin çözüm önerileri sunulacaktır.

Göç ve mülteci hukuku alanında kırılganlığın en belirgin olarak ortaya çıktığı durumlardan biri de sınır dışı etme işlemleridir. Nitekim sınır dışı etme kararı ile işlemin muhatabının kimi zaman yaşam hakkını ihlal edecek sonuçlar dahi oluşabilmektedir. Bu nedenledir ki, anılan bireylerin yargıya etkin erişimi ve sınır dışı etme kararlarının idare mahkemelerince çok yönlü bir değerlendirmeye mezun kılınması adalete erişim bağlamında elzem bir nitelik taşımaktadır. Bu doğrultuda, sınır dışı etme işlemlerinin yargısal denetiminin usuli güvenceler bakımından değerlendirilmesi, oturumda ele alınacak konulardan bir diğerini oluşturmaktadır. Öte yandan, sınır dışı etme işleminde ek kırılganlığa sahip olan çocukların yüksek menfaatinin değerlendirilmesi meselesi özel olarak ele alınması gereken bir husus olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim büyük ölçüde yetişkin deneyimleriyle şekillenen ülkeden uzaklaştırmaya dair uygulama örnekleri, çocuğa özel koşulların gözden kaçırıldığını, çocuk bireylere özel standartların getirilmesinde çocuk odaklı bir değerlendirmenin gerekli olduğunu ortaya koymaktadır. Oturumda bu husus bir diğer sunuş konusunu oluşturacak ve bu konu;

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin yorumları, çocuğun yüksek menfaati ilkesinin üç boyutlu karakteri ve bunların sınır dışı etme kararlarına karşı adalet erişim üzerindeki etkileri bağlamında, güncel mahkeme kararları eşliğinde değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: göç, uluslararası koruma, sınır dışı etme, çocukların ülkeden uzaklaştırılması, çocuğun yüksek menfaati, tahdit kodları, kamu düzeni ve ülke güvenliği kavramları, ispat standardı, ispat yükü, temel hak ve özgürlükler, dezavantajlı gruplar.

Oturumda Yer Alacak Sunuş Başlıkları, Sunuş Sahipleri ve Sunuş Sırası:

1. **Uluslararası Koruma Sürecinde Adalet Erişime Yönelik Bazı Meseleler:** Neva Övünç Öztürk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı
2. **Tahdit Kodu Uygulamasında Adalet Erişim Hakkına İlişkin Bazı Sorunların Tespiti:** Müşerref Gülsüm Özdemir, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı
3. **Sınır Dışı Etme İşlemlerinin Yargısal Denetiminin Usuli Güvenceler Bakımından Değerlendirilmesi:** Rüya İnanır, Avukat, Ankara Barosu
4. **Sınır Dışı Etme Kararları Bakımından Çocukların Adalet Erişimi: Çocuğun Yüksek Menfaatinin Üç Boyutlu Karakteri Bağlamında Bir Değerlendirme:** Merve Sizer, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı



**ANKARA BAROSU
XIII. ULUSLARARASI
HUKUK KURULTAYI 2024**

3. Salon Oturumları Beşinci Oturum

**TÜRKİYE'DE YARGININ BİREY
ÖZERKLİĞİNE BAKIŞI**

İdare Karşısında Birey Olabilmek

Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

Devletin varlık nedeninin kamu hizmeti olduğu; devletin, bireyin ve toplumun yararını sağlamak için var olduğu söylenebilir. Ancak devlet kamu yararının neyi gerektirdiğini, kamu düzenini sağlamak için bireyin hangi faaliyetlerinin kısıtlanması gerektiğini varlığını borçlu olduğu bireyden daha iyi tahlil ve tespit edebileceği iddiasında olmuştur. Birey, devlet/ idare karşısında küçülmüş, kendisine anlatıldığı, “bilmesi gerektiği” kadar idare faaliyetlerine vakıf olabilmıştır.

Hukuk devletinin gelişmesi ile idare karşısında birey olmak da dönüşüme uğramıştır. İdare edilen, yönetilen kişiden sorgulayan ve hesap soran bireye doğru evrim halen devam etmektedir.

İdare – birey ilişkisi değişik sıfatlarla kurulabilir. Öncelikle hizmet alan birey olarak herkesin ortaklaştığı bir alan bulunmaktadır. Örneğin, kamu hizmeti ve tüm idari faaliyetlerle ilgili talepte bulunma ve özellikle birey olma yolunda bilgi edinme hakkına sahip olması bu evrimin bir parçasıdır. Ancak bilgi edinme hakkı başlı başına yeterli değildir. Şeffaf idare ilkesi idari faaliyetlerde açıklığı gerektirir ve bu açıklık sadece talep edildiğinde değil talep edilmeden de birey olarak kabul edilen kişilere bilgi verilmesini gerektirir. Bu bakımdan bilgi edinme hakkı ile eşit düzeyde bir yükümlülük olarak bilgilendirme yükümlülüğü idareye yüklenmelidir. İdari faaliyetlerle ilgili kişinin aklına bir soru geldiğinde bunu kanunda öngörülen prosedürü işletmesine gerek kalmadan ilgili idarenin internet adresinden öğrenebilmesi gerekir.

İdare ile kurulabilecek bir diğer ilişki hizmete katılan yani kamu görevlisi sıfatı ile olabilir. Bu ilişki de günümüzde dönüşüme uğramaktadır ancak

Ülkemizde yeterli olgunluğa erişememiştir. Kamu görevlisi birey olarak kabul edildiği ölçüde örneğin ifade özgürlüğü ve sendikal hakları kabul grec-
 tirdir. Kamu görevlilerinin sıkı bir hiyerarşi içinde “otomata” çevrilmeden
 kuracakları ilişki için Anayasanın 137.maddesinde düzenlenen kanunsuz
 emir hükümleri elbette yeterli değildir. Kamu alışanlarının kendi çalışma
 koşulları ile ilgili olarak idarenin tek taraflı belirleyeceği statüye tabi olma-
 ları günümüzde kabul görmemekte; sendikal hakların tanınması ise tek
 başına kamu yönetiminde demokrasinin sağlanması için yeterli olmamak-
 tadır. Bu nedenle Fransa’da idare içinde değişik komisyonlar aracılığı ile
 Üst ve alt kademe kamu çalışanları yönetime katılabilmektedir. Ülkemizde
 bu ilişki bakımından bazı gelişmeler kaydedilmiş olsa da daha alınacak yol
 vardır.

İdare ile kurulacak davacı/davalı ilişkisinde de birey olmayı irdelemek
 gerekir. Öncelikle davacı sıfatıyla idare karşısına çıkıldığında bu sıfatın
 kabul edilmesi konusunda iptal davasında menfaat ihlali şartının tespi-
 tinde yaşanan daralma birey olma yolunda evrimi geriletmektedir. İdari
 yargıda kabul edilen re’sen araştırma ilkesi bireyi koruma amacı ile olumlu
 değerlendirilse de yeterli olmamakta; tanık dinlenmemesi özellikle günü-
 müzde önemli bir problem olan mobbing davalarında bireyi zora düşür-
 mektedir. Davacının idare olduğu rücu davalarında ise birey idare ile ilk
 defa eşit kabul edilerek adli yargıda idare karşısında davalı sıfatına sahip
 olmakta ancak neticede “günah keçisi” ne dönüşebilmektedir.

Görüldüğü üzere idare karşısında birey olabilmek henz tamamlanma-
 mış, ok boyutlu ve uzun bir değişim sürecidir.

Anahtar sözcükler: İdare, yönetim, yönetilen, birey, hukuk devleti.

Being An Individual Before The Administration

The reason for the existence of the state is public service; It can be said that the state exists to provide the public interest and benefit of the individual. However, the state claimed that it could better analyze and determine what the public interest requires and which activities of the individual should be restricted to ensure public order than the individual to whom it owes its existence. The individual has become humbled in front of the state/administration, and has only been able to understand administrative activities as much as they were told and “needed to know”.

Development of the rule of law, has transformed the state of individual vis-à-vis the administration. The evolution from the person who is managed and administered to the individual who questions and calls to account is still continuing.

The administration-individual relationship can be established with different adjectives. First, everyone is an individual receiving public services. For example, having the right to make requests regarding administrative activities and public services and to obtain information is part of this evolution of becoming an individual. However, the right to information alone is not enough. The principle of administrative transparency requires the openness of administrative activities, and the provision of information to persons considered as individuals, not only upon request, but also without request. In this regard, the obligation to provide information should be imposed on the administration as an obligation equal to the right to information. When a person has a question regarding administrative activities, he or she should be able to find out about it on the website of the competent administration without having to follow the procedure provided for by law.

Another relationship that can be established with the administration is as a participant of the public service, as a public servant. This relationship is also undergoing transformation today, but it has not reached sufficient

maturity in our country. To the extent that public officials are accepted as individuals, for example, freedom of speech and trade union rights will be accepted. Of course, the illegal order provisions set out in Article 137 of the Constitution are not enough for the relationships that public officials will establish in a strict hierarchy without turning into “automatons”. It is not accepted today that public employees are subject to a status determined unilaterally by the administration regarding their working conditions, but the recognition of trade union rights is not sufficient in itself to guarantee democracy in the administration. public. It is for this reason that in France, higher and lower civil servants can participate in management through various commissions within the administration. Although some progress has been made in these relationships in our country, there is still a long way to go.

It is necessary to examine individuality in the plaintiff/defendant relationship with the administration. First of all, when appearing before the administration as a plaintiff, the narrowing of the determination of the condition of interest to act in the annulment cases delays the evolution towards individuality. Although the principle of ex officio investigation accepted in the administrative jurisdiction is positively evaluated for the purpose of protecting the individual, it is not sufficient; not hearing witnesses places the individual in a difficult situation, particularly in cases of moral harassment, which constitutes a problem today. In cases of recourse where the plaintiff is the administration, the individual is considered for the first time as the equal of the administration and has the title of defendant against the administration in the judicial system, but ultimately finding himself in a role of “scapegoat”.

As can be seen, being an individual before the administration is a multi-dimensional and long process of evolution that has not yet been completed.

Keywords: administration, management, administered, individual, rule of law.

Birey Özerkliğini Çocuklar İçin Tartışma Gereği

Dilara AĞAOĞLU CANAY

İçinde bulunduğumuz çağda insanlık önce bireyin topluluktan bağımsızlaşıp özgür iradesiyle var olma mücadelesini, sonra bu soyut bireyliğin çeşitli sınıf ve kimlik değişkenleriyle birlikte kurgulanarak hak ve özgürlük talepleri ortaya koyma sürecini yaşamıştır ve yaşamaktadır. Tarihin çeşitli zamanlarında ve çeşitli coğrafyalarda “insan” dendiği ve onun haklarından/hukukundan bahsedildiğinde aslında söz konusu olanın gerçek anlamda bütün insanlar olmadığı bir vakıadır. Örneğin farklı etnik kimliklerin ve kadınların hukuk özneliğinin kabul görmesi oldukça yakın zamana tarihlenir. Çocukluk da biyolojik, psikolojik, sosyolojik ve hukuki olarak yeni sayılabilecek şekilde fark edilmiş ve bu alanların konusu olmuştur.

Özerklik, bireyin kendi kararlarını alabilmesi, eylemlerini başkalarının müdahalesi olmaksızın gerçekleştirebilmesidir. Hukuk düzleminde bireyin özerkliği, özgürlük, eşitlik, mahremiyet gibi kavramlar çerçevesinde ele alınabilir. Bununla birlikte resmi nikahtan ve hatta cinsiyetten bağımsız olmak üzere aile ve/veya evlilik ilişkileri de özerkliğin tartışılması için elverişli zeminlerdir.

Hukuki açıdan çocukluk durumu, uzlaşımsal bir yaş baremi içinde belirlenir, insan- kişi- birey olarak çocuğun yapabilecekleri/yapamayacakları temel olarak belli yaş sınırlarına tabidir. Öngörüleceği üzere, çocukluğu etnik ve cinsiyetle ilgili kimliklerden ayıran özelliklerden biri, geçici bir süre söz konusu olmasıdır. Bu süre içinde çocuklar, yetişkin bireyler tarafından/onların refakatinde/onlara tabi olarak “büyütülür”. Ergin bireyler için özerklik, haklar ve yükümlülükler çerçevesinde belirlenirken, çocuk için hakların karşısında/yanında çocuğun özerkliğine ne kadar, ne şekilde ve

kimler tarafından müdahale edilebileceğine dair düzenleme ve uygulamalar yer alır. Burada karşı karşıya gelen ya da birlikte değerlendirilmesi gereken kavramlar ise indirgemeci şekilde çocuk hakları ve velayet haklarıdır.

Sıklıkla reform tartışmalarına ve paradigmatic değişiklikler yapılacağı konuşmalarına konu olan Türk yargı sistemi içinde çocuklar da sadece icra aracılığıyla teslim edilen, nafaka alan/alamayan, eğitim eşitsizliğinden ya da sınav sisteminden muzdarip nesneler olarak değil; kişiler hukuku, aile hukuku, çocuk hukuku ve ceza hukukunun birey özerkliğine yaklaşımıyla yerlerinin belirlenmesi gereken özneler olarak ele alınmalıdır. Bu tebliğde bu yaklaşımın temel başlıkları ve problemleri ortaya konmaya çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: çocuk hukuku, bireyin özerkliği, velayet hakları, çocukluk, ebeveyn hakları

Adalet Erişiminde Duraklar

Fatma Süzgün ŞAHİN ÜNVER

Özet

Son 25 yıldır tüm dünyada üzerine en çok konuşulan alan hukuktur. Bunun iki sebebi var: İlk sebep, insanlar bunaldıkça, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra anayasalarda kendine yer bulan sosyal devletten umutlarını kestikçe hukuk üzerine daha düşünmeye, daha çok konuşmaya ve hukuku sahneye çıkmaya daha çok davet ettiler. İkinci sebep, hukukun aslında tek başına var olamamasından ve belki iddialı olacak ama aslında siyaset ve ekonomi ile daima el ele olmasından kaynaklanıyor. Adalet, hak, eşitlik gibi idealler hukukun ulaşmak istediği yahut ulaşmayı vadettiği ideallerdir ama hukuk hiçbir zaman diliminde siyaset biçiminden ya da ekonomik ilişkilerden bağımsız bir şekilde bu idealleri gerçekleştirmemiştir.

Bu durum bizleri, bugün ülkemizde bakanlığın sürekli konu edindiği çeşitli alanlara (hukuk eğitimi, adalet erişim, alternatif çözüm yolları vb.) ulaştırıyor. Elbette değişen koşullar karşısında hukukun ve hukukun eğitiminin değişmesi kadar doğal bir şey yoktur ama dikkat edilmesi gereken değişen koşulların ne olduğudur. İnsan hakları kavramı, yaşanan göçlerden sonra yeniden tartışmaya açıldı. Kadın erkek eşitliği bugün kimlikler üzerinden konuşulmak zorunda kalıyor. Büyük şirketler, fabrikalarını sendikal hakların olmadığı ve çevre koruma zorunluluklarının bulunmadığı az gelişmiş ülkelere taşıdılar. Mülteciler uluslararası bir sorun olmanın ötesinde ucuz iş gücü olarak görüldükleri için hesabı sorulmayan iş kazalarına kurban gidiyorlar. Bu durum da etik konusuna yeniden dönmeyi gerektiriyor. Kapitalizm, eğitimi bir sosyal devlet zorunluluğu olarak değil de piyasa da fiyatı olan bir ürün olarak değerlendirmeye başladıktan sonra eğitimden

beklenenler de değişti. Bugün hukuk fakültesini bitiren genç bir hukukçudan, hukukun üstünlüğü gibi idealleri içselleştirmiş olması değil, piyasanın ihtiyaçlarını karşılayacak eğitimi almış olması beklenmektedir.

Öte yandan neoliberal politikalar sonucunda kamu hukuku daralırken özel hukuk alanını genişletmektedir. Bir yanda devlet gibi sınırsız bir güç karşısında korumasız kalmış sıradan insanın özel hukuk ilişkilerine indirgenmiş bir hak mücadelesi bir yanda da bu mücadelede insan hakları üzerinden hak savunusu yapması beklenen hukukçular var.

Bugün adalete erişimden bahsedilecekse tüm bu değişenlerin birbirlerini nasıl etkilediklerini ve bu etkileşimin doğurduğu sonuçları konuşmamız gerekmektedir. Bu çalışmada bu başlıklara değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Adalete erişim, hukukta değişim, kapitalizm, idealler, etik.

The Standpoints in Access to Justice

Abstract

For the last 25 years law had been the most debated field in around the world. There are two reasons for this: The first reason is that as people became more depressed, as they lost hope in the welfare state that found its way into constitutions, especially after the Second World War, they began to reflect more on law, to discuss it more, and to call on law to appear more on the stage. The second reason is that law cannot exist on its own and, perhaps rather pretentiously, it is always hand in hand with politics and economics. Ideals such as justice, rights and equality are ideals that the law aspires to achieve or promises to achieve, but the law has never been able to realize these ideals independently of politics or economic relations.

This brings us to the various areas (legal education, access to justice, alternative remedies, etc.) that the ministry is constantly addressing in our country today. Of course, there is nothing as natural as law and legal education changing in the face of changing conditions, but what needs to be considered is what the changing conditions are. The concept of human rights has come up for discussion again after the migrations. Today, equality between men and women has to be discussed in terms of identities. Large companies have moved their factories to underdeveloped countries where there are no trade union rights and environmental protection obligations. Refugees are not only an international problem, they are also victims of unaccounted working accidents because they are seen as cheap labor. This situation requires a return to the issue of ethics. After capitalism began to consider education not as a social state obligation but as a product with a price in the market, the expectations from education also changed. Today, a young lawyer graduating from law school is expected not to have internalized ideals such as the rule of law, but to have received an education that meets the needs of the market.

On the other hand, as a result of neoliberal policies, public law is shrinking while private law is expanding. On the one hand, there is a struggle

for the rights of ordinary people who are left unprotected in the face of an unlimited power such as the state, which is reduced to private law relations, and on the other hand, there are lawyers who are expected to defend rights on the basis of human rights in this struggle.

If we are to discuss access to justice today, we need to discuss how all these changes affect each other and the consequences of this interaction. This study will address these topics.

Keywords: Access to justice, changes in legal system, capitalism, ideals, ethic.

Aydınlanma Perspektifinden Yargıç ve Bireyin Özerkliği

Serdar ÜNVER

Aydınlanma, merkezi Avrupa olan ama zaman içinde birçok ülkeden farklı düşünürlerin de dahil olduğu bir düşünce gelenegidir ve gerçekte büyük bir fikir çeşitliliğine sahiptir. On sekizinci yüzyıl aydınlanma düşüncesinin öne çıkan isimleri arasında yer alan Immanuel Kant, günümüz hukuk düşüncesi ve uygulaması üzerinde en çok etkisi olan filozoflardan biridir. Genelde Aydınlanmanın, özelde ise, aydınlanma çağının aynı zamanda bir eleştiri çağı olarak betimlendiği Kantçı düşüncenin modern hukuk kuramına en önemli katkılarından biri eleştiridir. Bu bağlamda ahlaki yükümlülüklerin dahi kaynağının Aydınlanmanın akıl anlayışında aranması, ahlakın dahi dini düşüncenin ya da dış koşulların dayatması olmayan bireyin özerkliği ile belirlenen bir alan olarak anlaşılmasını gerekecektir.

Bireyin özerkleşmesi ile özgürleşme arasında bir bağ olduğunun ve kamusal alanın gelişiminin de bununla paralel olduğunun kabulü mümkün görünmektedir. Bireyin özerkleşmesi ve bilhassa dinsel özgürleşme ulus devletin ortaya çıkışıyla eş zamanlıdır ve aynı zamanda geniş çaplı iktisadi ve toplumsal gelişmelerin bir parçasıdır. Burjuva toplumunun, ataerkil burjuva ailesinin gelişimi kapsayıcı ve dışarıya açık bir kamusalılığı desteklemektedir ve yeni kamusal topluluk burjuva hukuk devletinin öznesidir, herkesin kamusal alana aidiyetini kabul eder. Kamusal akıl laikleşmeyi, laik hukuku ve laik yargıyı da kapitalizmin bir gereksinimi olarak karşımıza çıkarmaktadır.

2000'li yıllardan itibaren yüksek yargı makamlarının hakları, özerklik temelli olarak algılamaları gittikçe yaygınlaşan bir tutum haline gelmiştir.

Diğer bir ifadeyle hakların çeşitli şekillerde devleti kısıtlamalarından ziyade kişilerin özerk bir yaşam sürmelerinin sağlanmasında yararlı olmaları açısından ele alınmalarına gittikçe daha sık rastlanmaktadır. Bu bağlamda, hakların devletleri kısıtlayan yönünden ziyade kişilerin kendi yaşamlarının kontrollerini ele almalarını sağlayan yanları ön plana çıkarılmıştır. Bunun, pozitif özgürlüklerin yanında negatif özgürlüklerin (“den özgürlük”) de yargı kararlarında daha fazla yer bulmasına yol açmasını beklemek makul görünse de çoğunlukla negatif özgürlüğün pozitif özgürlüğe ve özerkliğe yönelen baskıları önlediği ölçüde değerli olduğu fikri kabul görmektedir. Anayasa mahkemeleri de çoğunlukla negatif özgürlüklerden ziyade pozitif özgürlükleri ön plana çıkarmaktadır. Öte yandan Anayasa yargısında; anayasa yargısının yatay etkisinin kabulü, devletin pozitif yükümlülüklerinin tanınması ve sosyo-ekonomik hakların tanınması özerklik anlayışıyla tutarlı görünmektedir.

Yargı ve yargıcın tutumuyla bağlantılı olarak kişisel özerkliği iki farklı şekilde; “hariç tutulan nedenler anlayışı” ve “korunan çıkarlar anlayışı” kapsamında değerlendirmek mümkündür. Günümüzde anayasal haklar açısından “hariç tutulan nedenler anlayışı”nın, hâkim görüşü oluşturduğu görülmektedir. Bu yaklaşımının temel niteliklerinden biri bağıntısallıktır. Devlet ile yurttaş arasındaki ilişkiye odaklanılmakta ve bu ilişki devletin yurttaşla nasıl davranamayacağına dair nedenler üzerinden belirlenmektedir. Yargıcın ve yargının da birey özerkliği ile ilişkisinin bu anlayış üzerinden ele alınması ve dolayısıyla yargıcın paternalist ya da ahlaki müdahalelerinin reddedilmesi gerekecektir, zira bu müdahaleler özerklikle bağdaşmayacaktır. Bu özerklik anlayışının sonuncunda yargıcın kendi iyi yaşam anlayışını yargılama faaliyetine dahil etmemesi gerekliliği ortaya çıkacaktır. Feinberg’in de ifade ettiği gibi, kişilerin özerkliği ulus devletin egemenliğine benzemektedir, bir ulus devletin bir başka ulus devletin ege-

menliğine sadece bu devletin kendini kötü yönettiği gerekçesiyle müdahale etmesi nasıl temelsizse, devletin bireyin özerkliğine sadece kötü seçimler yaptığı gerekçesiyle müdahale etmesi de aynı derecede temelsizdir; aynı ifade doğrudan doğruya yargıçlar için de geçerlidir.

Anahtar Kavramlar: Aydınlanma, Özerklik, Hariç Tutulan Nedenler Anlayışı, Negatif Özgürlük, Korunan Çıkarlar Anlayışı