

ISSN: 1303 - 4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

**Cilt: XV, Sayı: 2
Vol. XV, No. 2
Yıl / Year: 2018**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / Publisher

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk (Dekan / Dean), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına / *On Behalf of Yeditepe University Faculty of Law*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor

Prof. Dr. Oktay Uygun

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

Editör Yardımcıları / Associate Editors

Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teknik Hazırlık / Layout and Page Design

Ar. Gör. Alperen Asım Koruk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Ece Çağlayan Candelen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Serhat Özkan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul

Tel.: (0216) 578 07 67

İnternet Adresi / Web Address

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/yu-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of ULAKBİM (Turkish Academic Network and Information Center).

Basımının Adı / Printed by

Pasifik Ofset

Cihangir Mah. Güvercin Cad. No:3/1 Baha İş Merkezi A-Blok K.2 34310

Haramidere Tel: 0212 412 17 77 **Sertifika No:** 12027

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / Publication Date

Aralık / *December* 2018

ISSN: 1303 - 4650

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri
All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to

E-posta / E-mail: yuhfd@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Editör / Editor : (Oktay Uygun) oktayuygun@yahoo.com

Editör Yardımcıları / Associate Editors :

(Semin Töner Şen) stonersen@gmail.com

(Onur Özcan) onurozcan@yahoo.com

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos

Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2017

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

For citations please use the abbreviation: “YUHFD”

Dergimiz Hakkında

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

About Our Journal

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Danışma Kurulu / *Advisory Board*

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(2004-2013 tarihleri arasında dergimize danışmanlık yapmıştır.)

Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdoğan Bülbül, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / *Editorial Board*

Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi

Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel

Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law

Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft; Bundessocialgericht, Kassel

Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüssel Üniversitesi, ULB

Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law

Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles

Prof. Dr. Stefan Talmon, Universität Bonn, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht;
Co-Direktor des Instituts für Völkerrecht
Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law
Institute-Chairman
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Melek Yüce Bilgin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Bülent Sözer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ragıp Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tefik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil Yıldırım, Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Zuhale Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet Fethi Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi. Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Cihan Mengü Acun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Nazan Moroğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Jennifer Morrison, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Sinan Naipoğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. İsmail Esin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year.

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes and comments, discussions of legislative developments, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions).

Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (yuhfd@yeditepe.edu.tr) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor (yuhfd@yeditepe.edu.tr). There is no need to submit any hardcopy of the article.

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.

12) Yayım Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda ve genellikle e-posta yolu ile haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya dzeltilmış yazı, Yayım Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

Articles will initially be examined by the editorial board. After initial evaluation by the editorial board, the submissions will be sent to an anonymous peer reviewer, who is determined by the editorial board. In case of rejection or proposed amendments, the contributor(s) will be informed (generally via e-mail) in adequate detail and provided with a copy of the reviewer's report. Whenever needed or necessary, a reviewed and amended submission may be sent to a second reviewer.

13) Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kr hakemlik**) dayanır. Hakeme gnderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

14) Tm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

15) Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıka, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

16) Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: XV, Sayı: 2, Yıl: 2018

İÇİNDEKİLER

BİYOTİP HUKUKU BAĞLAMINDA İNSAN ONURU KAVRAMINA GÜNCEL BİR BAKIŞ ve İNSAN GELİŞTİRME UYGULAMALARI KARŞISINDA İNSAN ONURUNUN KORUNMASI

Dr. Öğr. Üyesi Hamide BAĞÇECİ (Tacir)1

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD Öğretim Üyesi

e-posta: hamide.tacir@khas.edu.tr

İDARENİN PERSONELİNİN HAKSIZ MUAMELELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUNA AMERİKAN FEDERAL YAKLAŞIMI

Dr. Öğr. Üyesi Özge Atıl Kaya53

Karadeniz Teknik Üniversitesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi

e-posta: ozgeatil@ktu.edu.tr

İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUK UYGULAMASI

Ar. Gör. Çağatay Serdar Şahin.....75

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku ABD, Araştırma Görevlisi

e-posta: sahincagatay58@gmail.com

ADİL YARGILANMA HAKKI VE ADİL YARGILANMA HAKKININ İHLALİ HALİNDE GİDİLEBİLECEK YASAL YOLLAR

İbrahim Tan115

Avukat, İstanbul Barosu

e-posta: ibrahimtan0294@gmail.com

AVRUPA BİRLİĞİ GENEL VERİ KORUMA DÜZENLEMESİ

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk161

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk ABD Öğretim Üyesi

e-posta: huzelturk@superonline.com

EK: HUKUK VE ADALET SEMPOZYUMU
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi &
Kamu Hukukçuları Platformu..... 181

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Volume: XV, No: 2, Year: 2018

CONTENTS

**ACTUAL APPROACH TO HUMAN DIGNITY CONCEPT IN THE
CONTEXT OF BIO-MEDICAL LAW AND PROTECTION OF
HUMAN DIGNITY IN HUMAN ENHANCEMENT PRACTISES**

Asst. Prof. Dr. Hamide BAĞÇECİ (Tacir).....1
Faculty Member, Kadir Has University Faculty of Law, Department of
Constitutional Law
e-mail: hamide.tacir@khas.edu.tr

**AMERICAN FEDERAL APPROACH TO TORT LIABILITY OF
GOVERNMENT FOR ACTS OF ITS EMPLOYEES**

Asst. Prof. Dr. Özge Atıl Kaya.....53
Faculty Member, Karadeniz Technical University Faculty of Law,
Department of Administrative Law
e-mail: ozgeatil@ktu.edu.tr

MANDATORY MEDIATION IN LABOR LAW JURISDICTION

Res. Asst. Çağatay Serdar Şahin.....75
Research Assistant, Istanbul Medeniyet University Faculty of Law,
Department of Civil Procedure and Enforcement-Bankruptcy Law
e-mail: sahincagatay58@gmail.com

**THE RIGHT TO A FAIR TRIAL AND WHAT THE LEGAL
PROCEDURES ARE IN CASE OF THE VIOLATION OF THE
RIGHT TO A FAIR**

İbrahim Tan115
Attorney at Law, Istanbul Bar Association
e-mail: ibrahimtan0294@gmail.com

**EUROPEAN UNION GENERAL DATA PROTECTION
REGULATION**

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk.....161
Faculty Member, Yeditepe University Faculty of Law, Department of Fiscal
Law
e-mail: huzelturk@superonline.com
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

ANNEX: LAW AND JUSTICE SYMPOSIUM

Yeditepe University Faculty of Law &

Public Lawyers Platform..... 181

**“ BİYOTİP HUKUKU BAĞLAMINDA İNSAN ONURU
KAVRAMINA GÜNCEL BİR BAKIŞ VE İNSAN GELİŞTİRME
UYGULAMALARI KARŞISINDA İNSAN ONURUNUN
KORUNMASI**

*(ACTUAL APPROACH TO HUMAN DIGNITY CONCEPT IN THE CONTEXT OF
BIO-MEDICAL LAW AND PROTECTION OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN
ENHANCEMENT PRACTISES)*

Dr. Öğr. Üyesi. Hamide BAĞÇECİ (Tacir)* **

Ne kadar söz varsa düne ait
Şimdi yeni şeyler söylemek lazım...¹

ÖZ

İnsanın sırf insan olması nedeniyle onura sahip olduğu kabul edilse de insan onuru kavramı üzerinde her zaman geçerli olan ve herkesin uzlaşacağı kesin bir tanımın yapılması olanaklı değildir. Kesin bir tanımın yapılması, insan onuru kavramının belli bir anlayış ya da dünya görüşüne bağlı kalması tehlikesinin yanı sıra, yeni ihlal olasılıkları karşısında korumasızlığını da beraberinde getirebilecektir. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi, insan onurunun mutlak bir kavram olmadığını ve daima somut olay ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu çalışmanın amacı da, biyotip uygulamaları karşısında insan onuruna verdiğimiz anlamı güncellemektir. Zira bugün biyotip uygulamalar kapsamında yer alan düzenlemelerin temelinde bireysel onurun korunmasından çok “kolektif,” yani “insanlık onuru”nun korunması bulunmaktadır; insanlık, insan kimliği, insan hayatı, gelecek nesiller gibi daha soyut kavramlar merkeze alınmaktadır. Klasik bireysel insan onuru

¹ Eserin Dergimize geliş tarihi: 27.07.2018. İlk hakem raporu tarihi: 15.08.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 15.08.2018. Onaylanma Tarihi: 03.09.2018

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4105-8829

Eserin Atf Şekli: Dr. Öğr. Üyesi.Hamide BAĞÇECİ (Tacir), “Biyotip Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramına Güncel Bir Bakış Ve İnsan Geliştirme Uygulamaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması”, YUHFD, C.XV, 2018/2, s.1-52

*Dr. Öğr. Üyesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD Öğretim Üyesi

**Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4105-8829

¹ Mevlana Celaleddin Rumi, **Mesnevi** (çev:Veled Çelebi İzbudak), *Doğan Kitap*, 2015.

anlayışından türeyen bu yaklaşım, insan geliştirme yöntemleri, klonlama ve genetik müdahaleler gibi bazı teknolojilerin, insan türünün varlığına karşı tehdit oluşturduğu tartışmalarından kaynaklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: *İnsan Onuru, Biyotıp Uygulamaları, İnsan Geliştirme, Klonlama, Genetik Müdahaleler.*

ABSTRACT

Although it is assumed that human dignity is derived only from humannes, it is not possible to make a precise definition that always applies to the concept of human dignity. Therefore making a definite definition will bring about the danger of the human dignity concept being adhered to a certain understanding or a world view, as well as the unprotectedness of new violation possibilities. Thus, The German Federal Constitutional Court stated that human dignity is not an absolute concept and should always be considered together with the concrete event. At this point, it emerges that the concept and its related violations must be assessed in a concrete way depending on the changes that occur over time. Accordingly, the aim of this study is to update the meaning we give to human dignity in the context of biomedical applications. Today, on the basis of regulations within the scope of biomedicine applications, rather than the protection of individual dignity, the protection of "collective," or "humankind dignity," is on the forefront. In this context, more abstract concepts such as humanity, human identity, human life, future generations are taking place. This approach, deriving from classical individual human dignity, reveals that some technologies, such as human enhancement methods, cloning and genetic interventions, pose a threat to the existence of the human species and that human dignity can be violated in this respect.

Keywords: *Human Dignity, Biomedical Applications, Human Development, Cloning, Genetic Interventions.*

GİRİŞ

Bugün tıp ve biyoloji alanındaki gelişmelere baktığımızda, klonlama, kopyalama, genetik müdahale uygulamaları, kök hücre çalışmaları, yapay zeka gibi birçok yeni konuya; biyobanka, organ tarlaları, taşıyıcı anne, suni dölllenme gibi birçok yeni terminolojiye rastlıyoruz. Bu yeni kavramların içeriği ise sıradan bir insanın anlayabileceğinin çok ötesinde. Bu anlaşılmazlığın nedeni, konunun salt kavramsal olarak karmaşık olması değil, birçok biyoetik, hukuki ve felsefi tartışmanın zemininde yer alan endişenin bu karmaşıklığa eşlik etmesidir. Zira temel olarak, bilimsel

kesiflerin önünün açılması ile bu kesiflerin sonuçlarının denetlenemeyecek olmasından duyulan kaygının boyutları gün geçtikçe büyümektedir. Sözgelimi; gen teknolojisindeki gelişmelere paralel olarak arzu edilen özelliklere sahip “insan organı sipariş etme”nin önü açılırsa, genetik fark ve üstünlükleriyle yeni bir insan sınıfı oluşur mu? Böyle olur ise, var olan eşitlik bozularak emsali olmayan kişiler arası yeni bir ilişki türü doğar mı?² Beden bir özne olmaktan çıkarak “şey”leşirken “vücut bütünlüğü”, insan kopyalanması olanaklı iken “insan onuru”, biyolojik eşitsizlikler doğum öncesinde tanımlanırken ve insan davranışları biyolojik kaçınılmazlıklarla açıklanırken, özerklik ve özgürlük kavramlarına yükleyeceğimiz anlamlar ne olacaktır? Hatta “klonlanan kişi, kendisinden klonlandığı kimsenin çocuğu mu yoksa kardeşi midir?” gibi daha somut ve teknik hukuki sorular nasıl yanıtlanacaktır?

İşte gelişen bilimsel yöntemler, bu ve benzer sorular, insan onurunun korunması gereken farklı bir boyutunu ortaya koyar. Nitekim iç hukukumuz açısından bağlayıcılığa sahip düzenlemeleri içeren ve insan hakları ihlallerine karşı, insan onurunun korunmasını merkeze alan “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi*” (kısaca Biyotıp Sözleşmesi/BTS)’nin amacı da bu olarak ifade edilmiştir³.

Sözleşme; biyoloji ve tıptaki gelişmeler ile önemli biyoetik⁴ kaygıları göz önüne alarak ortaya konan ve hukuki bağlayıcılığa sahip olan Avrupa dahilinde ilk belgedir. Bu çerçevede Sözleşme, özellikle tıp ve biyolojik gelişmeler karşısında, insan onuru, kimliği ve bütünlüğünün korunması gibi ilkeleri ön plana çıkararak, kişi çıkarlarının toplum ve bilim çıkarlarının

² Cengiz Gül, “Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısından İnsan Onurunun Korunması Hakkı”, *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi* 2010, s. 1.

³ 4 Nisan 1997’de Avrupa Konseyi, bu Sözleşmeyi İspanya’da imzaya açmıştır. İlk aşamada, Türkiye dahil otuzu aşkın devlet Sözleşme’ye taraf olmuştur. Türkiye, 03.12.2013 tarihinde 5013 sayılı “Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımında İnsan Hakları Ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”u onaylamıştır. <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar>; Ayrıca 12 Ocak 1998’de insan klonlanmasını yasaklayan bir “Ek Protokol” kabul edilmiştir.

⁴ “Tıp etiği, tıp alanı ve sağlık alanındaki çalışmaların etik açıdan, bu yöndeki davranışların iyi veya kötü yönden değerlendirilmesidir faaliyetidir.”; Erdem Aydın, **Tıp Etiğine Giriş**, Ankara: Pegem Yayıncılık, 2001, s. 4.

üstünde olduğunu ifade eden bir yaklaşım sergilemiştir⁵. Ayrıca, biyoloji ve tıbbın kötüye kullanılmasını engellemek ve bunlardan tüm insanlığın yararlanması için uluslararası işbirliğine duyulan ihtiyaca da dikkat çekmiştir⁶.

Gerçekten de insan hak ve özgürlükler mücadelesi başladığı andan itibaren insan onuru nedir sorusu sorulmuş, değişik disiplin ve perspektiflerden çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu bağlamda kavrama, uluslararası belgelerin birçoğunda ve bazı anayasalarda yer verilmişse de bu metinlerde açıkça tanımlanma yoluna gidilmemiştir⁷. Çalışmamızın amacı, insan onurunun tıp ve teknolojik gelişmeler karşısında kazandığı yeni anlamı, özellikle Biyotıp Sözleşmesi'nde de yer alan belli başlı biyotıp

⁵ Janet Brewer, "Health Law, Human Rights and the Biomedical Convention: Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing", *Medical Law Review*, Vol.15, No.1 (2007), s.136; Biyotıp Sözleşmesi md.2.

⁶ Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 95-96; Council of Europe, European Treaty Series-No:164, **Preamble**, Avrupa Konseyi Resmi Sitesi, <http://conventions.coe.int>

⁷ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin (ESKHS) başlangıç kısımlarında insan onuruna yer verildiği görülecektir. Buna göre, İHEB'de; insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olduğu belirtilmiş, 1. maddesinde de bütün insanların hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğdukları ifade edilmiştir. ESKHS de benzer biçimde, tüm insanlığın onura sahip olduğunu insan haklarının, insanın doğuştan sahip olduğu onurundan türediğini kabul etmiştir. Böylece, insanın doğuştan sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez hak ve özgürlüklerinin varlık nedeni insan onuruna bağlanmıştır. 1966 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen diğer belge olan Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin (SMHS) 7. maddesinde ise; '*Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz*' ifadesi ile tüm insanlığın onura sahip olduğu anlayışını daha somut bir yaklaşımla ortaya konmuştur. Ayrıca Birleşmiş Milletler benzer biçimde, dünyanın her tarafında işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya karşı daha etkili bir mücadele yapılması gerekliliğinden yola çıkarak ve bunu sağlamak üzere, 1987 yılında '*İşkenceye veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme*'yi meydana getirmiştir. Sözleşme'nin 11. maddesinde; taraf devletlerin, kendi egemenliği altındaki bir ülkede işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele yapılması durumunda derhal ve tarafsız bir soruşturma yapılmasının sağlanacağı güvence altına alınmıştır. **Avrupa Konseyi Belgeleri** bakımından da durum benzer niteliktedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi⁷ (İHAS)'ın 3. maddesinde hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. Bu hüküm, İHAS'ın herhangi bir sınırlama nedenine bağlı olmayan, mutlak haklarındanır.

uygulamaları ışığında değerlendirilmek, bu bağlamda insan onurunun korunması ifadesine verdiğimiz anlamı güncellemektir.

1. İnsan Onuru Kavramının İçeriği

1.1. Geleneksel Tanımlar

İnsan olarak, sahip olduğumuz en gerçek, objektif ve en ortak değerimiz olan onur; sözlük tanımı ile “*insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, özsaygı, haysiyet, izzetinefis*”, “*başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref, itibar*” ve “*insanın duyan, düşünen ve özgür bir varlık olarak taşıdığı değer, insan olarak insanın değeri*” olarak ifade edilmektedir⁸. Türk Anayasa Mahkemesi de 1966 yılında verdiği bir kararda insan onurunu şöyle tanımlamıştır⁹;

“... *insan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı, insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gerekir...*”.

Buna göre; insan onuru, insana özgülüğünün içsel boyutunu koruyan bir kavrama işaret etmekle birlikte, şeref kavramında olduğu gibi geçerliliğini bireyin ve çevrenin değerlendirmesinden almaz. Zira insan onuru, geniş anlamıyla, insanın insan olması nedeniyle taşıdığı dokunulmaz öze ve insan kişiliğinin temel çekirdeğine; insanlığın saygıyı hak eden içkin değerine işaret eder¹⁰. Özel ve anlamlı bir ifade biçimi olarak onur, insana duyulan saygıdan kaynaklanır. Öyle ki, insanın salt varolması kendisine saygı duyulmasını gerektirir. Bu bağlamda insan onurunun özünü, insanın taşıdığı bu maddi, manevi değer ve bu değerden vazgeçemeyecek olması oluşturur. Bu bağlamda, kişinin taşıdığı değer nedeniyle, sosyal, siyasal ve hukuksal

⁸ Türk Dil Kurumu, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, <http://tdkterim.gov.tr>; Türk Dil Kurumu, *Büyük Türkçe Sözlük*, <http://tdkterim.gov.tr> (06/08/2018) Bu tanımların eleştirisi için bknz; Ayşe S. Çakar, “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru”, *3. Hukukun Gençleri Sempozyumu*, 2013, s. 3.

⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 28.06.1966 tarihli, E. 1963/132, K. 1966/29 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

¹⁰ Oliver Sensen, *Kant on Human Dignity*, De Gruyter, 2011, s.1.

her türlü müdahaleye karşı bu özü koşulsuz biçimde öne sürebilmesi, insan onurunun, temel özelliği olarak ortaya çıkar¹¹.

Bu doğrultuda insanı bir obje, nesne haline getiren ve sahip olduğu değeri inkar eden bütün yaklaşımlar insan onuruna aykırılık oluşturur. Alman Anayasa Mahkemesi, insan onurunu; insanın bizzat kendinden sorumlu olmasının bir sonucu olarak kabul etmiş ve bunun tinsel-ahlâkî bir varlık olan insanın kendini gerçekleştirme özgürlüğü anlamına geldiğini belirtmiştir¹².

Öte yandan “insanın değeri” ile “onuru”nun eş anlamlı olduğu da kabul edilen görüşler arasındadır. Buna göre; insanın değeri kavramından, kişinin öteki canlılar arasındaki farklı ve özellikli yeri anlaşılmalıdır. İnsana bu özelliği sağlayan, onun temel niteliklerin tamamı ve insanın diğer canlı varlıklardan farklı olarak sahip olduğu olanaklarıdır. Bu olanaklar, insan türüne ait etkinlikler ve ürünler olarak ortaya çıkar ve insanın diğer canlı varlıklarla ortak sahip olduğu özelliklere ek olarak kabul edilir¹³.

Bu bağlamda, insan onuru kavramının, insana özgü niteliği; insanlığın her bireyini doğada bulunan diğer canlılardan daha yüksek ahlaki bir konuma oturtmaktadır. Bu değer, insana kendi türüne ait bazı özellik ve yeteneklerinden dolayı atfedilse de, somut olarak bu yetenekten yoksun olanları da (bebekler, zihinsel engelliler gibi) özünde bulunan potansiyel nedeniyle onur sahibi kabul etmektedir. Yani, herkes onura sahip olmak bakımından eşittir ve bunun için insan olmak yeterlidir, çünkü dil, din ırk, cinsiyet, zenginlik gibi farklılıkların ötesinde, insanlar yalnızca kendi türüne özgü bazı temel niteliklere sahiptir¹⁴. Belirtelim ki, bu bakış açısı, insan türünü yüceltirken diğer canlıların çıkarlarını hiçe saymak suretiyle

¹¹ İlyas Doğan, “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 13, S: 2, 2005, s. 53.

¹² Arslan Topakkaya, “H. Jonas’ta İnsan ve Doğanın Değeri”, *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S: 15, 2013, s. 45; Ayrıca Mahkeme’ye göre, insan onuru mutlak bir kavram değildir ve daima somut olay ile birlikte değerlendirilmelidir, BVerfGE 30, 1, 25; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, s.113’den aktaran; Şimşek, s. 64.

¹³ İoanna Kuçuradi, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 1982, s.49; Oktay Uygun, “Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltilmiş Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi”, **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, *On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul, 2011, s 46; Fukuyama ise, bir insanın rastlantısal ve oluşumsal bütün özellikleri ayıklandığında, belirli bir saygıyı hak eden, insani bir öz niteliğinin kaldığını belirtmektedir. Bu öz, insan olmanın en temel anlamıdır, Francis Fukuyama, **İnsan Ötesi Geleceğimiz**, (çev. Çiğdem Aksoy Fromm), Ankara: ODT Yayıncılık, 2003, s. 186.

¹⁴ Uygun, s. 46.

türçülüğe hizmet ettiği yönünde eleştirilmektedir¹⁵. Doğanın ve hayvanların onuru meselesi gibi konular ve buna bağlı felsefi tartışmalar için içine girmekte, sözkonusu tartışmanın ekseninde tüm diğer canlıların insan karşısında ikinci planda kaldığı düşüncesine yapılan itirazlar yer almaktadır.¹⁶ Buna göre, akli, ahlaki, bilişsel ve fiziksel bazı özelliklere sahip olması nedeniyle insanın onura sahip olduğu kabul edildiğinde, biyoloji temelli yapısal ayrılığa dayanan bu vurgu, diğer canlıları öteki konumuna getirmektedir¹⁷.

1.2. İnsan Onurunun İhlaller Karşısında Korunması

Kişinin maddi ve manevi varlığına saygı duyulması gerekliliğine en anlamlı ve kapsamlı vurguyu yapan insan onuru, diğer siyasal ve hukuksal haklarda olduğu gibi uzun bir mücadele sürecinden geçmiş ve bugünkü düzeye gelmiştir. Nitekim biyotip uygulamaları açısından yapılan tartışmalar bunun en çarpıcı göstergelerinden biridir¹⁸. Bu açıdan insan onuru kavramının içeriğinin tıpkı haklar da olduğu gibi dinamik bir yapıya sahip olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıca, bu kapsamda klasik olarak; devletin bireyin vücut bütünlüğüne ve özel yaşamına saygı göstermesi yer alsa dahi, konumuz dışında yer almakla birlikte, farklı bir boyut daha bulunmaktadır. Bu da kişinin sosyo-ekonomik ortamda piyasa koşullarının insafına bırakılmadan karşılaştığı açmazlarda korumasız bırakılmamasıdır¹⁹. Dolayısıyla gerek bu kapsamın, gerekse buna bağlı ihlallerin zaman içinde oluşan değişikliklere bağlı olarak somut bir biçimde değerlendirilmesi gerekliliktir²⁰.

İnsan onuru; özümüzün korunmasına ilişkin hakkımızda yatmaktadır ve birisini böyle bir özü oluşturmak konusunda engellemek insan onuruna aykırı davranışların belireyici niteliğidir²¹. İnsan onuru, sadece kişinin insan

¹⁵ **Türçülük**, kısaca, canlı bireylere sadece ve sadece ait oldukları türden ötürü farklı değer addedilmesi olarak ifade edilebilir.

¹⁶ İnsan Onuruna Yönelik Türçülük Eleştirisi ve Hayvanların Ahlaki Durumu için bknz; Nagehan Gürbüz, **Biyotip Hukukunda İnsan Onuru**, On İki Levha Yayıncılık, 2014 s. 41.

¹⁷ Haluk Aşar, “İnsan Hakları Düşüncesinin Temeli Olan İnsanın Onuru Sorunu”, *Felsefe Dünyası*, 2014/1, s. s. 234.

¹⁸ Doğan, s. 53.

¹⁹ Doğan, s. 52.

²⁰ Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 409-411.

²¹ Ralf Stoecker, (çev. Büşra Çakıl), “İnsan Onuru ve Rencide Paradoksu”, *Kilikya Felsefe Dergisi*, 2006/1, s. 108. (orjinal metin; Alm. Stoecker R, ed. Menschenwürde - Annäherung

olarak oynadığı belli bir rol ile bütünleşmesi değil, aynı zamanda bir bütün olarak olduğu şey ile uyumdur. *Zira insanın bu bütünsel onuru, onun farklı açılardan edindiği 'parça onurlarının' bir toplamıdır.* Onur, kendini her açıdan saygıdeğer hissetmektir²². Ne zaman ki kişi, son derece insana dair olan birşeyden, yani bireysel bir kişiliğe sahip olmaktan, bilinçli bir biçimde men edilir, o zaman insan onuru ihlal edilmiş olur²³. Bu bağlamda hangi durumlarda insan onurunun zedelendiğinin saptanması kolay olmasa da, çeşitli yöntemlerle açıklanmaya çalışılmıştır.

Bunlardan ilki; Durig'in "obje formülü"dür²⁴. Sözkonusu formül Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında sıkça dile getirilmiştir²⁵. Kant'ın "*insan sadece bir araç olamaz, aksine her an bizzat bir amaç olarak değerlendirilmelidir*" görüşünü benimseyen bu yaklaşımda insanın, temsil edilebilir büyüklük olarak düşünülmemesi gerektiği savunulur, çünkü kişi bir araç veya obje değildir. Aksi durum insanın aşağılanması demektir. Bu bağlamda, sözkonusu formül, aslında sadece bir çıkış noktasıdır²⁶. İnsanın, diğer canlılardan farklı olarak, kendine özgü bir takım aklî ve ahlâkî yetilere sahip olduğu kabul edildiğinde ve bu yetilerin insana kişilik katan, onu özgür kılan özellikler olduğu göz önüne alındığında, insanın suje niteliği ortaya çıkar²⁷. Dolayısıyla devlet tasarrufları karşısında insana bir araç olarak davranılmamalı, insanın kendisi amaç olarak görülmelidir. Bu bağlamda insanı devlet faaliyetlerinin basit bir objesi haline getiren durumlar insan onuruna aykırılık oluşturur. Bu anlayışla birlikte insanın eşya olarak muamele görmesi engellenmektedir. Kant'a göre; değere sahip her şeyin yerine eşdeğerinin konması mümkündür; ancak bütün değerlerin

an einen Begriff. Österreichische Ludwig-Wittgenstein-Gesellschaft: Schriftenreihe der Wittgenstein-Gesellschaft, 32. Wien: öbv & hpt; 2003: S. 133–151.)

²² Cicero'dan aktaran; Stoecker, (çev. Büşra Çakıl), s. 101.

²³ Stoecker, (çev. Büşra Çakıl), s. 104.

²⁴ Immanuel Kant, (çev. H.J. Paton), **Groundwork of Metaphysic of Morals**, , London: Harper Torchbook Edition, 194, s. 36, 102-103, 106-107; Björn Haferkamp, "**The Concept of Human Dignity: An Annotated Bibliography**", **Sanctity of Life and Human Dignity** içinde (ed. Kurt Bayertz) s. 284

²⁵ Günter Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Archiv für öffentliches Recht 2, 1956, s. 117-157.

²⁶ Erdal Yerdelen, "Klonlamanın (Kopyalama) Ceza Hukukundaki Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 63/3, 2014, s. 660; Rossenau, Hennig, (çev. Hakan Hakeri), "Yeniden Canlı Üretimi, Tedavi Edici Klonlama Tartışmaları ve Alman Kök Hücre Kanunu", *Seçkin Yayınları*, Ankara, 2004, s. 66.

²⁷ Kahan Onur Arslan, "İnsan Onuru Kavramı İnsan Onuru Kavram Ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-120-1511>, s. 156.

üzerinde olan *onurun* yerine konabilecek başkaca bir şey yoktur²⁸. Zira insan, başkalarının iradesinin aracı olmadan hareket eden bir varlık olarak görülmelidir. Bu bakış açısında insan bir kişi olur²⁹.

İkinci yöntem ise somut ihlal kalıplarıdır³⁰. Buna göre; bazı durumların varlığında insan onuru her durumda zedelenmiş sayılmaktadır. Sözgelimi; işkence, zulüm, iftira, haklardan yoksun bırakılmak, ayrımcılığa tabi tutulmak gibi. Bu durumların varlığında, başka bir araştırma yapmaya gerek yoktur ve söz konusu “ihlal kalıpları” hukuksal açıdan haklı çıkartmak veya gerekçelendirmek söz konusu değildir.

2. Biyotıp Uygulamaları Karşısında İnsan Onurunun Kazandığı Yeni Anlam

2.1. Genel Olarak

Biyotıp Sözleşmesi’ndeki düzenlemelerle korunan temel hukuki yararın “insan onuru” olduğu dikkate alındığında, insan onurunun tüm geleneksel yaklaşımlar bir yana, biyoetik konu ve biyotıp uygulamaları açısından öne çıkan farklı unsurlarının açıklığa kavuşturulması gerekir. Bunun için insan onurunun hak ve yükümlülük ekseninde değerlendirilmesi öncelikli kalkış noktamızdır. Sosyal yaşamda ve özellikle hukuk düzeninde hak ve yükümlülük arasında bir karşılık ilişkisinin bulunduğu görülür. Hukuk düzeninin belirli bir kişi için tanıdığı hak, başka bir kişi için hukuki yükümlülük (borç veya ödev) doğurur. Yani, her hak, kural olarak kendisiyle birlikte bir yükümlülük getirir³¹. Bu bağlamda birinci kuşak ve ikinci kuşak haklar açısından yapılacak bir değerlendirmede; hak sahibi birey, yükümlülük sahibi ise devlet kabul edilir. Ancak üçüncü kuşak ve hatta dördüncü kuşak haklar dahilinde yapacağımız değerlendirmede, hak ve yükümlülük sahipleri bir anlamda iç içe geçmektedir. Sözgelimi, üçüncü kuşak hak olarak kabul edilen “çevre hakkı” kapsamında birey, hak sahibi olmanın yanı sıra, ödev sahibidir de. Bu yeni hakların konularını evrensel

²⁸ Kant, s. 36.

²⁹ Richard Heinzmann, “İnsan ve İnsan Onuru- Toplumsal Yaşam İçin Etik ve Ahlak”, Richard Heinzman, İnsan ve İnsan Onuru- Toplumsal Yaşam İçin Etik ve Ahlak, 2010, www.konrad.org.tr/Islam, s. 61.

³⁰ Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s. 64.

³¹ M.Emin Emimi, “Hak Kavramı”, Selçuk Üniversitesi Sosyala Bilimler Enstitüsü Dergisi, S:12, 2004, s. 204.

değerler oluşturmaktadır ve bu nedenle ilk iki kuşak haktan farklı olarak, toplumda yaşayan herkesin; kamu kurum ve kuruluşlarının, sivil toplum örgütlerinin, bireyin ve özellikle devletin aktif katkısını gerektirmektedir. Bu bağlamda insanlar arasında bir tür ortak dayanışmayı ifade ettiği içindir ki, devlet sınırlarını aştığı kabul edilir³².

Bu tür haklar, tüm insanlığın yan yana geldiği takdirde çözebileceği, yoksa tek tek insanların ya da devletlerin üstesinden gelemeyeceği sorunlardan kaynaklanması nedeniyle dayanışma hakkı olarakta anılmaktadır. Bu bağlamda dayanışma haklarının ortak temeli, bu gün yaşayan herkesin ve gelecek kuşakların yaşam hakkıdır ve doğası gereği bu haklar, bireylerin, topluluklarının, kamu ve özel kuruluşların, devletlerin ortak çabası ve dayanışması ile anlam kazanmaktadır³³.

Nitekim, Biyotıp ve biyoteknoloji alanındaki gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan dördüncü kuşak haklar açısından da benzer bir durum söz konudur³⁴. Nasıl çevrenin korunması devletlerin tek başına gerçekleştirebilecekleri bir olgu olmayıp, bireyin de çevre hakkını koruma yükümlülüğünü barındırıyor, dördüncü kuşak hakların temelinde yer alan insan onurunun korunması noktasında da devlet, birey ve uluslararası işbirliğine dayanan bir üçlü bir dayanışma içinde olmalıdır.

Gerçekten de bugün biyotıp ve biyoteknoloji alanlarındaki gelişmelerin sadece devletler veya uluslararası örgütler aracılığıyla denetim altına alınması kolay değildir. Bunun nedeni, bu alanda insan doğasını değiştirecek, insanlık onurunu zedeleyecek nitelikteki uygulamaların küçük laboratuvarlarda, gözden uzak, küçük bütçeli araştırma merkezlerinde yapılabilir oluşudur³⁵. Aynı zamanda insanın bilime ve gelişmeye olan merakının dizginlenmesi çok kolay değildir.

Öte yandan, belirlenmesi gereken önemli diğer bir husus, insan onurunun korunması noktasında devlete ait yükümlülüğünün kapsamıdır. İnsan onurunun, kişinin kendisine karşı dahi korunması bu kapsamda yer almakta mıdır? Öyle ise, insan onuru kişinin bireysel özgürlüğü açısından sınırlandırıcı bir yükümlülük, bir ödev niteliği içerir mi? Bu soruların

³² İbrahim Ö. Kaboğlu, “İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı*, 1992, s.124. Ayrıca bkz; İbrahim Ö. Kaboğlu, “Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri”, *İnsan Hakları Yıllığı*, s.37-48.

³³ Kemal Dadak, “Yeni Kuşak Hak Olarak Çevre Hakkı,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015, s. 314-315; Uygun, s. 54.

³⁴ Turhan Aydın, “İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 4 Sayı:2 Yıl 2013, s. 375.

³⁵ Uygun, s 59.

cevabını verebilmek için konuyu üç temel açıdan incelemek gerekir. Bunlar; insan onurunun (1)“yetkilendirici hak” boyutu, (2) “kısıtlayıcı” boyutu ve (3) “ortak, kolektif” boyutu, yani “insanlık onuru”dur³⁶.

2.2. Biyotıp Uygulamaları Bakımından İnsan Onurunun Farklı Boyutları

2.2.1. İnsan Onurunun Yetkilendirici Hak Boyutu

İnsan onurunun hak olarak düzenlenme ihtiyacı Nazi Almanyası döneminden sonraya denk gelir. Kamu gücünün meşru olmayan, baskıcı biçimde uygulanmasına karşın bireyin yetkilendirilmesi, insan onurunun dokunulmazlığı önkabülüyle ortaya çıkar. Bu durumda insan onuru taşıyıcıları bu hakların ihlal edilmesi durumunda yargı önüne gidebilmekte ve devletin insan onurunu koruma ve sağlama ödevini yerine getirmesini isteyebilmektedir. Bu durumda birey hak sahibi, Devlet ise ödev sahibidir. Nitekim uluslararası insan hakları belgelerinin çoğunda insan onurunun kişiye tanınan yetkilendirici hak anlamıyla kullanıldığını görürüz. Çünkü bu temel belgelerde amaç; insan onurunun güvence altına alınmasıdır ve şüphesiz bunu koruyacak en uygun mekanizma da temel insan haklarıdır. Zira insan haklarının en önemli özelliği başka tür haklar, çıkarlar veya talepler karşısındaki üstünlüğüdür. Bu sayede, insanın öz değerini ve doğasını hukuksal düzenin başına ve temeline yerleştirilmek mümkün olmaktadır.

İnsan hakları, her durumda mutlak saygıyı hak eden insani öze işaret eden, “insanın değer”ini koruyan haklardır. Sözkonusu değer ise, tüm insanlığın sahip olduğu temel bir özellik olarak “insan onuru” kavramı biçiminde ortaya çıkar ve bizi insan yapan evrensel olarak sahip olduğumuzu düşündüğümüz temel niteliklerimizin her koşulda korunmasını sağlar³⁷.

İnsan onuru ile insan hakları arasındaki bağlantıda bir diğer dikkat çekici nokta da; insan onuru ile ilgili düzenlemelerin insan hakları düzenlemelerin aksinen “*negatif*” bir ifade ile kaleme alınıyor oluşudur. Sözgelimi, bir kimseye asla belirli bir biçimde davranılmaması gerektiği, hiçbir biçim ve koşulda bazı uygulamaların yapılamayacağı; yer, zaman ve içerikten

³⁶ İnsan onurunun “yetkilendirici- human dignity as constraint” ve “kısıtlayıcı- human dignity as powerment” olarak kullanımı için bkz. Beyleveld Deryck, **Human Dignity in Bioethics and Biolaw**, Oxford University Press, 2004; Gürbüz, s.11-21.

³⁷ Uygun, s. 46.

bağımsız olarak kişinin bazı şeylere zorlanamayacağı gibi³⁸. Buna karşılık, insan haklarını kaleme alan düzenlemelerin çoğu “*herkesin... hakkı vardır.*” biçiminde “*pozitif*” bir ifade içermektedir. Bu kategorisasyon tesadüf değildir çünkü bu sayede, insan onurunu ciddi surette ihlal edebilecek durumların engellenmesi; “*hiç kimse kölelik veya kulluk altında bulundurulamaz*”, “*hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz.*” (İHEB md. 4-5) gibi doğrudan yasaklar biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu da büyük ölçüde bu yasaklarla formüle edilen düzenlemelerin mutlak olduğu ve hiçbir surette sınırlandırılmaya tabi olmaması gerektiği fikrini güçlendirmektedir. Bu doğrultuda kamu düzeni, kamu yararı gibi önemli gerekçelere dayansa bile, insan onurunu koruyan bu düzenlemelere sınırlandırma getirilmesi mümkün değildir. Şüphesiz her bir temel hakkın özünde insan onuru bulunur. Ancak yasaklar biçiminde ortaya çıkan, insan haklarının sert çekirdeği olarak anılan sözkonusu bu düzenlemeler, insan onurunun adeta doğrudan hak biçiminde formüle edilmiş halidir.

Sözkonusu hak ve özgürlükler, kişinin araç veya obje olarak alçaltılmasını engelleyen ve insanın daima bir amaç olarak görülmesine olanak verecek koşulları oluşturmayı hedefler. Bu anlamda her bir temel hak, insan onurunun bir parçasını oluşturur. Özerk olan, ahlaki niteliklere sahip bir suje olarak insan ve dolayısıyla bütün insanlar vazgeçilmez bir onura sahiptir ve bu insan haklarını kendi içinde taşır. O halde önce insan parçalanmadan insan hakları da parçalanamaz³⁹. Belirtelim ki, insan onurunun hak biçiminde ortaya çıkan bu yönü, kişinin özerk davranabilme yetisini ön plana çıkarmakta ve bu doğrultuda kişiyi yetkilendirmektedir⁴⁰.

Öte yandan insan onurunun bir hak olup olmadığı konusunda farklı görüşler de mevcuttur. Bazılarına göre insan onuru temel haklar karşısında ikincil plandadır ve subjektif bir kamu hakkı niteliğine sahip değildir. Buna

³⁸ Roberto Adorno, “The Dual Role of Human Dignity”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2011, s. 4; Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, Cambridge: Harvard University Press, 1994, s. 236; Mary Midgley, “Towards an Ethic of Global Responsibility”, **Human Rights in Global Politics** içinde (ed. T. Dunne and N.J. Wheeler), *Cambridge University Press*, 1990, s. 160.

³⁹ Heinzmann, s. 6.

⁴⁰ Roger Brownsword, “Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity”, **Human Rights in Private Law** içinde (ed. Daniel Friedmann, Daphne Barak Eren), *Hart Publishing*, Oregon, 2001, s. 194; Roger Brownsword, “Human Dignity From A Legal Perspective”, **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives** içinde (ed. Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword and diether Mieth), *Cambridge University Press*, s. 1.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

göre; temel haklar bir değerler sistemidir ve bu sistemin en üst katında insan onuru bulunur⁴¹.

Bu nedenle, insan onurunu, ayrıca temel bir hak olarak kabul etmeye gerek yoktur. Somut bir olayda, bir temel hakkın ihlali olmaksızın, tek başına insan onurunu ihlal etmesi mümkün değildir. Dürig'in savunucusu olduğu bu yaklaşım son yıllarda geçerliliğini yitirmiş durumdadır. Zira artık onurun ihlal edildiği her durumda, zaten ihlal edilen bir temel hakkın varlığından bahsedemeyiz. Bunun en tipik örneği, Biyotip uygulamalarında ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda ortaya çıkan dördüncü kuşak haklar, büyük ölçüde, biyoteknolojinin kötüye kullanımı karşısında bireye klasik haklar aracılığıyla korunma sağlamanın yeterli olmayacağı fikrinden ve gereğinden kaynaklanmıştır⁴². Bu doğrultuda, kişinin “benzersiz olma”, “kimliğini bilme” veya “kişisel bütünlük”⁴³ hakkı gibi yeni nesil haklara sahip olması, bireye daha kapsamlı koruma sağlayabilecektir de bu yeni nesil hakların hiçbiri münhasıran anayasalarda yer almamaktadır. Bu nedenle, insan onuru daha sonra formüle edilen bütün temel hakların kaynağı ve kökü olsa da, kendisi de temel bir hak olarak kabul edilmelidir⁴⁴. Bu sayede anayasada henüz düzenlenmemiş bir alan koruma kapsamına dahil edilebilecektir.

Öte yandan, insan onurunun bir hak olarak kabul edilmesi, insan onurunun zedeledenebileceği kamusal alanlarda, kişinin devlete karşı bir hak talebi oluşturması bakımından da son derece önemlidir. İnsan onurunun ihlali, şüphesiz olarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa normlarına göre belirlenmektedir. Ancak bu belirleme, yukarıda değindiğimiz üzere, insanın özüne, öz değerine, kişiliğine, anayasanın öteki temel haklarında somutlaştırılmamış bir müdahalesi var ise ne olacaktır sorusunu cevaplama yetersizdir. Ayrıca insan onuru, tıpkı eşitlik hakkı gibi somut belirli bir koruma alanına sahip değilse de anayasal düzenin yapısal bir ilkesidir. Bu durum onun subjektif bir hak olmasına engel oluşturmaz. Zira,

⁴¹ Brownsword, “Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity...”, s. 188.

⁴² Uygun, s. 71

⁴³ Biyotip Sözleşmesi yanı sıra “İnsan Klonlamanın Yasaklanması Protokolü” ve 2002 tarihli “Organ ve Doku Nakli Protokolü”nde düzenlenen bazı ilkelerden hareketle anayasada “kişisel bütünlük hakkı” başlığıyla yeni bir hakka yer verilmesi önerisi için bkz; Uygun, s. 71.

⁴⁴ İnsan haklarının temelinde insan onurunun bulunmadığı yönünde görüşler için bkz; Pawel Lukov, “A Difficult Legacy: Human Dignity as the Founding Value of Human Rights”, *Human Rights Review*, Springer, Netherlands, s. 1-17.

insan onurunun temel hak niteliği, özgürlük haklarının yapısı ile aynı olmasa da, hukuksal doğası onun bir temel hak olarak nitelendirilmesine uygundur.

2.2.2. İnsan Onurunun Bireysel Özgürlükleri Kısıtlayıcı Boyutu

Bazı durumlarda insan onurunun korunması adına, bireyin kişisel tercih ve seçimleri göz ardı edilebilmektedir. İnsan onurunun kısıtlayıcı anlama sahip bu yönü, başkaca bir koşula bakılmaksızın insanın sırf insan olması nedeniyle değerli olduğundan hareket eder. Bu yüzden herkes bu değere saygı göstermek ve korumak zorunda olduğunu bilir⁴⁵. Bu bağlamda bireyin kendi kendine karşı korunması insan onurundan kaynaklanmaktadır. O nedenle kişi, insan onurunu zedeleyen bir cezaya rızası olsa bile, bu rıza geçersiz sayılır veya kişi organlarını satmak isterse hem ahlaki hem de hukuki engellere karşılaşılabılır⁴⁶. İnsan onuru bu anlamda daha çok kendine, başkalarına ve topluma karşı, özerk seçimlerini kısıtlama pahasına, onurunu koruma yükümlülüğü, ödevi yüklemektedir⁴⁷.

İnsan onurunun bu yönü, insan onuruna saygı duyanın toplumu oluşturan temel değer olmasıyla da ilgilidir. Nitekim Biotıp uygulamaları karşısında insan onurunun korunması gereği kabul edildiğinde, bazı bireysel seçim ve tercihlerin ikinci planda kalacağı açıktır. Bu durum kişinin bireysel seçim, tercih ve isteklerini göz ardı eden, aşan şeyin objektif bir değeri temsil etmesinden kaynaklanmakta ve buna bağlı olarak bazı kısıtlamaları da beraberinde getirmektedir⁴⁸.

İnsanın istek ve eğilimlerinden bağımsız olarak sahip olduğu onuru, kişi özerkliğinin sınırını oluşturmaktaysa da, sözkonusu objektif değerlerin içeriğinin nasıl belirleneceği zor bir konudur. Zira genel olarak değerler, toplum ve kültüre göre şekillenmekte, her toplum açısından onuru ihlal edecek davranışlar farklılaşabilmektedir. Bu bağlamda kültürel görecelilik önemli bir faktör olsa da, özellikle biyotıp uygulamaları sözkonusu olduğunda, insanlığın türünün devamına ilişkin olduğu varsayılan tehditler göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda “insanlığın ortak mirası ve

⁴⁵ Beyleveld Deryck, **Human Dignity in Bioethics and Biolaw**, *Oxford Scholarshiponline*, 2012, s.113-120.

⁴⁶ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara, *Seçkin Yayıncılık*, 2001, s 42.

⁴⁷ David Beyleveld , Roger Brownsword, “**Human Dignity in Bioethics and Biolaw**”, *Oxford University Press*; 2004, s. 37.

⁴⁸ Zümrüt Alpınar-Sencan, “A Social Understanding of Dignity: A Promising Approach in the Organ Selling Debate”, *Bioethica Forum*, V:7, No: 4, 2014, s. 149.

insan türünün geleceği” nin korunması objektif ve evrensel değer olarak anlaşılabilir ve sözkonusu evrensel değerler ile toplumsal farklılıklar arasında optimal bir denge bulunabilir⁴⁹. Bu denge de sözkonusu özerkliğin sınırı olarak kabul edilebilir.⁵⁰ Evrensellik düşüncesi, kültürel farklılıkların varlığını reddetmek biçiminde anlaşılmalıdır, aksine bu farklılıkları genel bir insan anlayışına dayanarak, insan haklarında birleştirme çabası olarak düşünülmelidir. Çünkü temel haklar konusunda hiçbir kültürel farklılık, insanların bu haklardan farklı şekilde yararlanmasını öneremez⁵¹.

Öte yandan, biyotıp uygulamaları dışında kalsa da, insan onurunun kısıtlayıcı yönünü ortaya koyan birçok uygulamadan bahsedebiliriz. Konuyla ilgili en bilinen örneklerden biri, Fransa’da, “cüce fırlatma” adıyla bilinen bir oyunun yasaklanmasına ilişkindir. Bu oyunda özel koruyucu kıyafet giydirilen cüceler, müşteriler tarafından hava yatağında top gibi fırlatılmakta, cücelerden hangisi daha uzağa fırlatılırsa, o cüceyi fırlatan kişi oyunu kazanmaktadır. Sözkonusu oyun, insan onurunu ihlal ettiği gerekçesiyle dava konusu olmuş ve Fransız Yüksek Mahkemesi, bir cücenin top gibi fırlatılmasının onu eşya statüsüne indirgemek anlamına geldiğine ve bunun insan onurunu zedelediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre; “*insan onurunun korunması, kamu düzeninin bir parçası*”dır⁵².

Başka bir örnekte AİHM önünde dava konusu olan sado-mazoşist ilişkiyle ilgili davadır. Mahkeme’ye göre kişinin rızası da olsa, kendi bedeni üzerinde acı verici eylemlere rıza göstermesi insan onuruna aykırılık oluşturur⁵³. Yine aynı yönde bir dava Almanya’da cinsel içerikli canlı

⁴⁹ The The United Nations Educational Scientific Organisation (UNESCO) Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, *UNESCO Publishing*, 2009, s. 44.

⁵⁰ Bu bağlamda belirtelim ki, 2005 tarihli UNESCO Bioetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde “bireysel özerklik ve sorumluluk md.5”, “işbirliği ve dayanışma md.13”, “kültürel göreceliklik m.12” gibi birçok kavramının insan onuruyla yakın ilişkisi açıklanmaktadır; UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, October 2005, <http://portal.unesco.org>.

⁵¹ Aşar, s. 233.

⁵² Conseil D’Etat, October, 27.10.1995, Ville d’Aix en Provence; aktaran Giorgio Resta, *The Law of Human Dignity*, Brief, 2014, s. 20.

⁵³ Laskey, Jaggard ve Brown v. United Kingdom, Laskey, Jaggard ve Brown v. United Kingdom, (App. No: 21627/93, 21826/93, 21974/93, § 36), European Court of Human Rights (ECHR) of 19 February 1997; “özel alanda gerçekleşen ve ciddi derecede yaralanma içeren sado-mazoşist cinsel ilişkiler, AİHS’nin 8. maddesinin 2. paragrafında öngörülen sağlığın korunması amacı bağlamında sınırlandırılabilir.” <http://www.hrcr.org/safrica/privacy/Laskey.html>

gösterilerin yapıldığı Peep Show adıyla bilinen gösteri türüne ilişkin olarak gündeme gelmiştir. Alman Federal Mahkemesi, Dürig'in obje formülüne başvurarak, bu gösterinin kadını aşağılayıcı bir konuma indirgediğini belirtmiş ve gösteriyi insan onuruna aykırı bulmuştur⁵⁴.

2014 yılında ise Almanya'da sanal silah oyununu yasaklayan başka bir kararda da insan onuruna atıfta bulunulmuştur⁵⁵. Buna göre Omega isimli şirketin yayınladığı "laserdrome" diye bilinen bilgisayar oyununda amaç; diğer oyuncuların hedef alınarak, öldürülmesidir. Daha sonra bu oyun, intihar simülasyonu içerdiği, insanları öldürmeye teşvik ettiği nedenlerine dayanılarak, kamu değerlerini zedelediği gerekçesiyle yasaklanmıştır. Bu yasak Omega şirketi tarafından Alman Mahkemelerinde dava konusu yapılmış ve sonrasında AB Adalet Divanına taşınmıştır⁵⁶. Adalet Divanı; Alman mahkemeleri ile paralel biçimde, sanal olsa da eğlence amacıyla siddet içeren oyunların, insani değerleri zedelediğini, insan onuruna aykırılık oluşturduğunu kabul etmiştir.

Bu kararlara göre, bazı durumlarda birey için neyin iyi ve kötü olduğuna dair verilen kararlar bireysel bir seçim olmaktan çıkmakta, kişisel özerkliğin sınırları kamu düzeni ile çizilmektedir. Başkalarına zarar vermediği sürece bireylerin tercih ve seçimlerine saygı gösterilmesi, insan onurunun bir gereği olsa da, bu durumda devlet, genel lehine bireyin yararını dikkate almamaktadır. Bu anlayış insan onurunu korumak adına devletin müdahaleci olduğu ve bu nedenle müdahalenin sınırları konusunda, devlete geniş takdir yetkisi verdiği noktasında eleştirilmektedir. Ancak bu eleştiri diğer temel hak ve özgürlükler bakımından da geçerlidir. Sözelimi yaşama hakkının devlete bunu koruma görevi verdiğiinden hareketle, ötanazinin yasaklanması gibi.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, hiçbir temel hak ve özgürlük mutlak değildir. Bu bağlamda her hak ve özgürlük anayasal ya da yasal yönden çeşitli sınırlamalara tabidir. Ve bireysel özgürlükler sınırlandırılırken asıl konu, bu güvencelere aykırı davranılmamış olmasıdır. Ayrıca bireysel özgürlüklerin, insan onuruna saygı gösterilmesinin sağlanması için sınırlandırılması da insan değerinden kaynaklanmaktadır.

⁵⁴ BVerwGE 64, 274 - Sittenwidrigkeit von Peep-Shows Materielle Begründung, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/vw064274.html>

⁵⁵ Gürbüz, s. 24.

⁵⁶ "Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin in der Bundesstadt Bonn", (No. 36/02) Judgement of the European Court of Justice, 2004. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf>
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

2.2.3. İnsan Onurunun Kolektif Boyutu: “İnsanlık Onuru”⁵⁷”

İnsan onurunun niteliğinin belirlenmesinde, özellikle biyotıp uygulamaları bağlamında öne çıkan en önemli ve farklı nokta, insan onurunun bireysel olma yönünün yanı sıra, *kolektif olma* yönüdür. Bu yön, insanoğlunun, “onur” a ortaklaşa sahip olduğu düşüncesinden ortaya çıkar. Bu nedenle, son yıllarda, insan onurunun korunması ifadesi, bireyin salt içsel değerinin, özünün korunması anlamında değil, bir bütün olarak insanlık değerlerinin korunması biçiminde anlaşılmaktadır⁵⁸. Diğer bir deyişle, biyotıp uygulamalar kapsamında yer alan düzenlemelerin temelinde, bireysel onurun korunmasından daha çok “kolektif,” yani “insanlık onuru” nun korunması yer almaktadır. Bireysel insan onurunda, somut bir biçimde insana yönelmiş korunan bir hak varken; kolektif onurda, “insanlık”, “insan kimliği”, “insan yaşamı”, “gelecek nesiller” gibi daha soyut kavramlar korunmaya çalışılmaktadır⁵⁹. Klasik bireysel insan onuru anlayışından türeyen bu yaklaşım, insan klonlama, organ kopyalanması, genetik müdahaleler gibi bazı teknolojilerin insan türünün varlığına, kimliğine ve bütünlüğüne karşı oluşturduğu varsayılan tehdit kapsamında ortaya çıkmıştır⁶⁰. Nitekim bu bağlamda Biyotıp Sözleşmesi’nin başlangıç kısmında “*biyoloji ve tıptaki ilerlemenin, şimdiki ve gelecek kuşakların yararı için kullanılması gerektiği*” vurgulanmıştır. Diğer bir deyişle, biyotıp ve biyoteknoloji temelli bazı uygulamaların, insan türünün bazı özelliklerini değiştirme tehlikesi barındırması nedeniyle oluşturduğu tehdit, insan onurunun kolektif bir bakış açısıyla; “insanlık onuru” adı altında korunması gereğini doğurmuştur⁶¹. Sözgelimi; İnsan Genomu Bildirgesinin 6. maddesinde yer alan “*genetik temelde ayrımcılık yapılmaması yasağı*”, insan onurunu yetkilendirici nitelikte bireysel bir hak olarak ortaya koymaktadır. Ancak sözkonusu Bildirge bütün olarak değerlendirildiğinde, insan onurunun korunmasında kişinin özerk karar alması noktasında bireysellik değil, insanlığın mirası olarak genomun korunması vurgusu ön plana çıkmaktadır⁶².

⁵⁷ Roberto Adorno, “The Dual Role of Human Dignity in Bioethics”, *Medicine, Health Care & Philosophy*, Springer, 2011, s. 5.

⁵⁸ Adorno, s. 5.

⁵⁹ Gürbüz, s. 38-41.

⁶⁰ Gürbüz, s. 38-41.

⁶¹ İnsan ve insanlık onuru kavramları için bkz; Doris Schroeder/ Abol-Hassan Bani-Sadr, “Dignity in the 21st Century”, *Springer*, 2017, s. 24-27 ve 17.

⁶² Gürbüz, s. 33.

Öte yandan, kişinin özerk seçimler yapabilme özgürlüğünün temelinde de onurun yer aldığı dikkate alındığında, devlet kimin onurunun korunmasına öncelik verecektir sorusu gündeme gelebilir. Diğer bir deyişle, “bireysel onur” ile “insanlık onuru”ndan hangisine üstünlük tanınacaktır? Nitekim, yukarıda değindiğimiz cüce fırlatma oyununa ilişkin olayda, fırlatılan cücelerden birisi davayı Birleşmiş Milletler önüne taşıyarak; oyuna isteyerek katıldığını, böyle bir işte çalışmanın kendini işsizlikten ve parasızlıktan kurtardığını, asıl bu işi kaybederse onurunun ihlal edileceğini ileri sürmüştür. Birleşmiş Milletler’e yapılan bu bireysel başvuru kapsamında sözkonusu argüman kabul edilmemiş ve önceki mahkeme kararlarıyla paralel sonuçlara varılmıştır⁶³. Dolayısıyla bu ve benzeri kararlardan ortaya çıkan, insan onurunun bireysel olarak korunmasının değil, ancak insan türüne ait ortak değerlerin, insanlık onurunun korunmasının öncelikli kabul edildiğidir⁶⁴.

Öte yandan insan onurunun bu geniş anlamda kullanımı, dar anlamıyla geleneksel biçimde kullanımından daha soyut bir içerite olduğu noktasında eleştiriye açıktır. Zira “insanlık onuru” kavramının gerekli açıklamalar yapılmadan, özellikle konuyla ilgili tartışmaları sonlandırıcı biçimde kullanılması ve bu doğrultuda tartışmaların üstünü örtecek torba bir kavrama dönüşmesi olasıdır. Bu durum önemli sakıncalar doğurabilirse de “insanlık onuru” ifadesi dışında, insanlığa atfedilen değeri, bir bütün olarak korumaya elverişli daha uygun bir kavramın bulunmadığı da akılda tutulmalıdır. Bu bağlamda içeriği genişletilse ve yeniden yapılandırılrsa bile insan hakları, biyoteknolojik gelişmelerle baş etmek konusunda yeterli olmayacaktır. Zira insan hakları özünde bir bütün olarak insanlığa değil, salt bireye ait olan bir kavramdır⁶⁵.

2.2.4. Ara Değerlendirme:

Biyotıp uygulamalarında insan onurunun bireyi yetkilendirici bir hak olma özelliğinin yanı sıra, birey açısından yükümlülük getirici bir niteliği de vardır. Ancak bu yükümlülük bir ödev niteliği taşımaktan çok bir gereklilik biçiminde ortaya çıkmakta, insan onurunun korunması açısından sınırlandırıcı değil, koruyucu işlev görmektedir. Bireylerin kendileri rıza

⁶³Manuel Wackenheim vs France, No. 854/1999, “Selected Decisions Of the Human Rights Committee under The Optional Protocol: Seventy-fifth to Eighty-fourth Sessions” (July 2002 – July 2005), Vol: 8, United Nations, 2007, s. 110-114, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol8en.pdf>.

⁶⁴ Resta, s. 19.

⁶⁵ Adorno, s. 5.

gösterse bile onurlarına yönelik tehditlerden korunmayı hak ettikleri kabul edildiğinde, kişinin kendine rağmen onurunun korunması bu yükümlülük kapsamında düşünülmelidir. Zira gerek insan onuruna saygı gösterilmesi, gerekse kolektif olarak “*insanlık onuru*”nun korunması, insan onuru temelinde oluşan insan hakları fikrinin ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.

Biyotıp uygulamaları bağlamında getirilen -genetik müdahaleler, klonlama, insan geliştirme gibi- bazı yasakların yalnızca bireyin onuru ihlal edildiği için değil, böyle uygulamaların insan türünün bütününe yönelttiği tehdit nedeniyle korunmakta olduğunu kabul ettiğimizde⁶⁶, bu tür müdahaleleri yasaklayan hükümlerin gerekçesinde kolektif insan onuruna yani, “*insanlık onuru*”na yer verilmelidir. Zira özellikle Biyotıp uygulamaları karşısında insan onurunun korunması gereğinde öne çıkan unsur, bir bütün olarak insanlık değerlerinin korunmasının yanı sıra, insan türünün korunması amacıdır⁶⁷. Teknoloji, bilişim, tıp alanlarındaki gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan olan sözkonusu tehditlerin varlığı, insan onuru kavramını gelecekte daha da önemli hale getirecektir.

3. Biyotıp Uygulamalarında İnsan Geliştirme ve İnsan Onurunun Korunması

3.1. Sınırları Zorlamak: İnsan Geliştirme

“İnsan geliştirme-İG” (human enhancement) uygulamaları ve bu bağlamda ortaya çıkan “insan geliştirme teknolojileri (İGT)” günümüzde biyotıp uygulamalarının başında gelmekte ise de insanoğlunun kendini daha iyi’ye dönüştürme çabası yeni bir olgu değildir. İnsanoğlu varoluşundan bu yana kendini daha güçlü, daha güzel, daha akıllı, daha becerikli ve yetenekli kılabilmek istemiş, fiziksel ve mental kapasitelerini artırmak, yaşlanmayı geciktirmek, daha uzun ve daha iyi şartlarda yaşayabilmek için birçok yöntem keşfetmiştir⁶⁸. Bu doğrultuda tarım, beslenme, enerji, mühendislik, mobilizasyon, eğitim gibi birçok alanda kendini geliştirmiştir. Ancak İG kavramı ile bunlar ya da kişinin sağlığına kavuşması için yapılan tıbbi müdahale gibi buluşlar değil; gelişen biyoloji, kimya, fizik, tıp, enformasyon, biyoteknoloji ve akıl bilimi sayesinde, insan karakterine,

⁶⁶ Gürbüz, s. 39.

⁶⁷ İnsan onuruna yönelik türçülük eleştirisi için bknz; Peter Singer, (çev. Hayrullah Doğan), **Hayvan Özgürleşmesi**, *Ayrıntı Yayınları*, İstanbul, 2002.

⁶⁸ Lyn Parker, “Reshaping The Human Condition Exploring Human Enhancement”, **Foreword** içinde (ed. Leo Zonneveld/Huub Dijstelbloem/ Danielle Ringoir), *Rathenau Institute*, 2008, s. 9

yeteneklerine, duygularına ve kapasitesine, bugün normal olarak kabul ettiğimiz ötesinde, fonksiyonel değişikliklerin yapılabilmesi kastedilmektedir⁶⁹.

Bu bağlamda insan, bilimsel ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak artan idraki ile hem fiziksel hem de mental olarak kendini adeta yeniden yapılandırma sürecine girmiş, bu kapsamda yapılan çalışmaları ifade etmek üzere de literatürde İG terimi kullanılmaya başlanmıştır. Bu yeni anlayış, bilimin insanın geliştirilmesine sunduğu imkanların geçmişle kıyaslanmayacak oranda artması ve çeşitlenmiş olmasından kaynaklanmıştır. Şüphesiz bu artış, insan psikolojisinin, biyokimyasının, bilişsel kapasitesinin ve yeteneklerinin günümüzde daha iyi anlaşılmasının sonucudur. Zira yakın zaman kadar, yadırganıcı bir kavram olan insanın kendini modifiye etmesi olgusu, bugün bilim kurgu olmaktan uzaktır. İnsan biyolojik limitlerinin içinde kalmak zorunda mıdır sorusu günümüzde temel tartışmaların zeminini oluşturmaktadır.

Öte yandan “İG” yöntemleri genel olarak, iyileşme sağlayan “tedavi” biçimi olarak kabul görmemektedir. Tedavi dar anlamıyla, insan sağlığı ve vücut bütünlüğü bakımından sakıncalı ve sağlıklı olan bir durumu düzeltmek, bir hastalığı iyileştirmek için kullanılan bir terimdir. “İG” ise normal sağlıklı kabul edilen bir organizmanın daha fonksiyonel hale gelmesi için yapılan çalışma olup, temelde insan bedeni ve zihininin maksimum performansa ulaştırılması sayesinde, insanın en mükemmel hale getirilmesi fikrine dayanır⁷⁰. Ancak bu iki kavram bazı durumlarda iç içe geçmektedir çünkü bir teknoloji, salt insanın performansını artırmak için kullanılabilirken, bir yandan da sağlığa kavuşulmasını sağlıyor olabilir. Bu nedenle her ikisi arasındaki farklılığın temelde ortaya çıkış amacı bakımından olduğu kabul edilir⁷¹.

İnsan geliştirme teknolojileri (İGT) ifadesi ile fiziksel, bilişsel ve ruh durumunu geliştiren kimyasallar ve fonksiyonel vücut implantların oluşturulması, beyine takılabilen bilgisayar çipine benzer araçların icat

⁶⁹ Human Enhancement “A Discussion Document”, *Conference on European Churches*, s. 5-6, http://www.ceceurope.org/wp-content/uploads/2015/12/Human_Enhancement_March_10.pdf

⁷⁰ Nick Bostrom/ Rebecca Roache, “Ethical Issues in Human Enhancement”, **New Waves in Applied Ethics** içinde (ed. Jesper Ryberg/ Thomas Petersen/ Clark Wolf), 2008, s. 120; *European Parliament, Science and Technology Options Assessment*, Human Enhancement Study, 2005, s. 5-6.

⁷¹ Sözelimi; bir kişinin daha hızlı koşabilmesi için geliştirilen yapay bacakların, bacağı olmayan bir kişinin sağlığına kavuşturulması için takılması gibi.

edilmesi, insan genlerinin dönüştürülmesi ve değiştirilmesi, insan klonlamasının mümkün hale gelmesi gibi yöntemler üzerinde yapılan çalışmalar kastedilmekte ve bu çalışmaların gelecekte insanı biyolojik limitlerinin ötesine geçirebileceği ifade edilmektedir⁷². Bu noktada, insan yapısının esas itibarıyla biyolojik olduğunu kabul eden yaklaşım, insanın temel özelliklerinin değişime karşı korunması gerektiğini savunur. Buna göre insan türü olmayı belirleyen faktörün insanın yapısı olması insanın biyo-teknoloji karşısında korunmasını gerekli kılar. Bu doğrultuda biyo-teknolojinin kullanımının, insanlığa karşı işlenen yeni bir suç tipi oluşturduğu dahi ileri sürülmektedir⁷³.

Öte yandan İGT, insan akli ve bedeninin en üst seviyede gelişimini sağlayacaksa ve bu yeteneği kullanmak insan olmanın bir parçası ise, bunda sakınca olmadığı ileri sürülebilir. Ancak İG olarak nitelendirilebilecek yöntemlerin yer aldığı düzenlemelerde, çoğunlukla insanlık onurunun zedeleneceği kaygısı yer almaktadır. O nedenle sözgelimi; klonlama, Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokolüyle koşulsuz yasaklanmıştır⁷⁴. Bu bağlamda, insanlık onurunun korunması gereği ön plana çıkmasının nedenlerinden biri, insan onurunun ve insan haklarının temelde, modifiye edilmemiş, klasik insan modelinden yola çıkarak bu merkezde geliştirilen anlayışın ürünü olmasıdır.

Tür olarak insanın varoluşunu tehdit ettiği varsayılan teknolojilerin bu anlamda hukuki düzenlemelerle kontrol altında tutulma çabası doğal kabul edilebilir. Ancak, bu saptama gerçekten sözkonusu gelişmelerin yasaklamalar biçiminde kontrol altında tutulup tutulamayacağı konusundan bağımsızdır.

Bu doğrultuda tartışmalar genellikle iki grup tarafından dile getirilmiştir. Bunlardan ilki; “*transhümanistler*”, ikincisi ise; “*bio-muhafazakarlar*”dır.

⁷² Human Enhancement “A Discussion Document, s. 6-8.

⁷³ George Annas, **American Bioethics: Crossing Human Rights and Health Law Boundries**, Oxford University Press, 2005, s.24; Mehmet Ali Zengin, **Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması**, Adalet Yayınevi, 2012, s. 81.

⁷⁴ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin İnsan Klonlanmasının Yasaklanmasına Dair Ek Protokolü (No: 168, “*Additional Protocol to the Convention for the protection of Human Rights and Human Dignity With Regard to Application of Biology and Medicine/Convention on Human Rights and Biomedicine on the Prohibition of Cloning Human Beings*”)12.Ocak 1998’de Avrupa Konseyi, tarafından imzaya açılmıştır ve 1 Mart 2001’de yürürlüğe girmiştir.

3.2. İnsan Geliştirme Konusunda Çeşitli Yaklaşımlar

3.2.1. Transhümanistler

Transhümanistlere göre; insan doğası bilim ve diğer akılcı yöntemler sayesinde gelişme potansiyeline sahiptir. Bu gelişmelerle insan yaşamının uzatılması, insanın entellektüel ve fiziksel kapasitesinin artırılarak, mental düzey ve ruh durumu üzerinde kontrol sahibi olabilmesi mümkündür. Bu bağlamda sadece bugün için geçerli olan genetik mühendisliği, bilişim teknolojisi gibi alanlar değil, gelecekte olabilecek üç boyutlu sanal gerçeklik, üç fazlı nanoteknoloji ve yapay zeka gibi gelişmeler de kastedilmektedir⁷⁵.

Transhümanistler, sözkonusu teknolojiler sayesinde ortaya çıkan gelişmeler ile gelecek nesiller dahil tüm insanlığın “*post-insan*” haline dönüşeceğine inanırlar. “*Post-insan*” olmak; insanın kendi sınırlarını geçme uğraşdır. Doğal ve kimlik olarak insan olmanın sınırlarını aşma, insan fizikselliğini ve kapasitesini kavramsallaştırmaktadır. Bu felsefeye göre insan doğası, dünyada insan olma süreci, süresi ve insan kimliğinin temeli değişmezdir. Post-insan, insanoğlunun kusurlarını ve sınırlarını hoş görmez. Fiziksel dönüşümler aracılığıyla gelişimci bir keşif arar. Karakter ve kişisel güncelenmeye yol açan bu keşif, duygusal, psikolojik, zihinsel, fiziksel, bağlı olma (connected) gibi farklı varoluş biçimleri barındırır.⁷⁶ Buna göre; post-insan; yani “insan ötesi insan”; uzun ömürlü, sağlıklı, bugünün insanından daha geniş entellektüel kapasiteye sahip, yeni his ve duygular barındıran, aynı zamanda kendi duygularını kontrol edebilen insandır.

Öte yandan, teknolojik ilerlemeye sahip çıkan bu görüş, insan hakları ve bireysel özgürlükleri savunurken, özellikle, bu ilerlemelerin neden olacağı varsayılan, askeri suistimal, bio-silahlanma, çevresel ve toplumsal yan etkiler gibi soyut tehditlere de karşı gelir⁷⁷.

3.2.2. Bio-muhafazakarlar

⁷⁵ Nick Bostrom, “In Defense of Posthuman Dignity”, *Bioethics*, V:19, No:3, 2005, s. 202; Nick Bostrom “The Transhumanist FAQ”, *World Transhumanist Association*, 2003, s. 7-14.

⁷⁶Lesliee Riggs, “Teknoloji İle Değişen İnsan: Post-Human”, s. 95, <http://www.theposthuman.org>

⁷⁷ Bostrom, “In Defense of Posthuman Dignity”..., s. 202-204.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Transhümanistlerin karşısında yer alan bu grup, insan doğasını modifiye etmek için teknolojinin kullanılmasına karşı çıkar çünkü onlara göre “insan geliştirme” uygulamaları kişinin insanlıktan uzaklaşmasına (dehumanizing) neden olabilir⁷⁸. Bu bağlamda temel kaygı, sözkonusu teknoloji ve uygulamalar sayesinde, insan onurunun ve insandaki içkin değerlerin kaybolmasıdır⁷⁹. Ayrıca, bu teknolojilerin ağırlıklı olarak güçlü ve varlıklı toplum kesimi tarafından kullanılacağı, bunun da insan haklarının temelinde yer alan eşitlik ilkesini ihlal edeceğini, son derece kaygan bu zeminde, geri dönülmez bir biçimde kayıp gitmemek için küresel anlamda bunu önleyecek yasaların benimsenmesi gerektiğini savunurlar⁸⁰. Buna göre; tehlike de olan kolektif olarak insanlık onuru ise, alınacak önlemler üstünde de bütün olarak devletlerce bir tavır belirlenmesi gerekir.

3.3. İnsan Geliştirilme Kapsamında Yer Alan Uygulamalar

İG terimi geniş anlamıyla, halihazırda var olan ve ileride olması muhtemel teknolojiler sayesinde yapılan geliştirme ve insan modifikasyonlarına işaret eden şemsiye bir kavramdır. Farmotolojik ürünler, yapay his (sense) oluşumunu sağlayan ve beyin gücünü artıran nöro-implantasyonlar, germ hattı müdahaleleri sayesinde ortaya çıkan insan mühendislikleri, insan ve organ klonlama, gelişen üreme teknikleri, insanın ruh durumunu (mood) ayarlayabilen beyin simulasyonları, spor için gen dopingi, kozmetik cerrahi, uzun boy ve yaşlanmayı engellemek için kullanılan büyüme hormonu ve daha birçok yenilik İGT ürünleri olmanın yanı sıra, sağlığı yeniden kazandırma biçimleri olarakta görülebilir. Bu durum özellikle, İG'nin tıp alanı ile sıkı bağlantısından kaynaklanmakta, bu bağlamda, yeniden sağlığa kavuşturucu tedaviler (restorative therapy) ile bu tedavilerin ötesinde insanı geliştirmeyi amaçlayan müdahaleler arasındaki sınır oldukça bulanıklaşmaktadır.

Bu çalışmada İG kapsamında yer alan tüm uygulamalara değinmek mümkün değildir. O nedenle konuyla bağlantılı olarak, tartışmanın yoğun olduğu alanlar değerlendirilecektir. Bunlar (1) *genetik müdahaleler*, (2) *klonlama* karşısında insan onurunun korunmasıdır.

⁷⁸ Leon Kass, Francis Fukuyama, George Annas, Wesley Smith, Jeremy Rifkin ve Bill McKibben gibi yazarlar bu grupta yer almaktadırlar.

⁷⁹ Bostrom, “In Defense of Posthuman Dignity”..., s. 202-205.

⁸⁰ Bostrom, “In Defense of Posthuman Dignity”..., s. 202-203; Eric Kain, “The Politics of Biology: Bioproggressives vs. Bioconservatives”, 2012, <https://www.forbes.com/sites/erikkain>

3.3.1. Genetik Müdahaleler

3.3.1.1. Gen Kavramı

Gen vücudun çalışması için gerekli olan, kimyasal formda kromozomlar içerisinde depolanmış olan bilgi, genom ise; bir organizmanın kromozomlarında bulunan genlerin tamamı olup, vücudun tüm hücrelerinde bulunan genetik bilgi olarak tanımlanmaktadır⁸¹. Bu bağlamda insanlar aynı genleri taşıyor olsa bile bu genlerin dizilişleri bireyden bireye değişebilir. Ve bu değişimler, bireyin göz renginden ten rengine, vücut yapısından boyuna kadar çeşitli fiziksel özelliklerini belirler. Kişinin sağlığı veya herhangi bir hastalığa yatkınlığı, yaşam süresi gibi konularda da sözkonusu genler belirleyicidir⁸². Bu doğrultuda, canlıların genetik, özelliklerinin değiştirilerek, onlara yeni işlevler kazandırılmasına yönelik araştırmalar yapan genetik bilimi; genlerin yalıtılması, çoğaltılması, farklı canlıların genlerinin birleştirilmesi ya da genlerin bir canlıdan başka bir canlıya aktarılması gibi çalışmalar gerçekleştirirler⁸³.

1800'lere kadar uzanan genin fonksiyonuna ilişkin araştırmalar özellikle 1990-2003 yılları arasında ABD' tarafından yürütülen, insan genomunun haritasını çıkarmayı amaçlayan "İnsan Genomu Projesi" isimli uluslararası bilimsel proje ile güncel hale gelmiştir. Bu çalışma ile, hastalıklara yol açan genlerin anlaşılması için, insan genomunun yanısıra, model organizmaların (E. Coli, meyve sineği, C. Elegans, fare vb) genomlarının haritalanması da tamamlanmıştır. Bu proje ile insan genomunda 25.000 genin kodlandığı

⁸¹ Gen: Spesifik bir fonksiyon ile ilgili kodu taşıdığı tanımlanmış olan DNA segmentidir.

Genetik: Genlerin yapı ve işlevlerini, genetik özelliklerini inceleyen bilim dalıdır.

Genom: Bir organizmanın kromozomlarında bulunan genlerin tamamıdır.

Genomik: İnsan genomundaki tüm genlerin birlikte çalışması; her bir genin diğeri ile etkileşimi, çevre ve diğer psiko-sosyal ve kültürel faktörlerle etkileşimini de içermektedir.

Öjeni/ Eugenic: Doğuştan fiziksel, mental bozukluğu olan hasta insanların ayıklanması ve sağlıklı bireylerin çoğaltılması; Firdevs Aydemir/Gülzade Uysal, "Genetik, Genomik Bilimi ve Hemşirelik", Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Elektronik Dergisi, 2010, s. 96.

⁸² Ann Maradiegue, "A Resource Guide for Learning About Genetics", *The Online Journal Issues Nursing*, 2008, s. 13,

<http://ojin.nursingworld.org/MainMenuCategories/ANAMarketplace/ANAPeriodicals/OJIN/TableofContents/vol132008/No1Jan08/ResourceGuide.html>

⁸³ Zengin, s. 14-15.

belirlenmiş, elde edilen veriler DNA bilgisinin %99'undan fazlasının tüm insanlar için ortak olduğunu ortaya koymuştur⁸⁴.

Bugün, insan geliştirme yöntemleri arasında önemli bir yer tutan gen teknolojisi sayesinde, risk taşıyan genlerin ortadan kaldırılarak birçok hastalığa çare bulunması, embriyo aşamasında riskli genlerin ayıklanarak sağlıklı bebeklerin dünyaya gelmesinin sağlanmasının önu açılmıştır.

3.3.1.2. Gen Dopingi; Daha Hızlı Daha Güçlü...

Gen tedavisi genel anlamda, bir hastalığı tedavi etmek ya da en azından hastanın klinik durumunu iyileştirmek amacıyla, genetik materyalin hücrelere transferi olarak tanımlanır⁸⁵. Sözkonusu gen tedavisi başlangıçta kalıtsal tek gen hastalıklarını tedavi etmeye yönelik bir yöntem olarak geliştirilmiştir. Ancak günümüzde klinik çalışmalarının çoğunluğu yaygın ve öldürücü hastalıkların başında gelen ve multigenetik bir mekanizmaya sahip olan kanser hastalığını tedavi etmeye yöneliktir. Enfeksiyon hastalıkları ve kardiyovasküler hastalıklar bunu takip etmektedir⁸⁶.

Günümüzde, *somatik gen* tedavisi ve *germ-hattı gen* tedavisi olmak üzere iki tür gen tedavisi uygulanmaktadır. (1) *Somatik gen tedavisi*; temelde, hasarlı olan hücrelerin vücudun dışındaki bir ortamda onarılarak sonradan yine vücuda aktarılmasıdır⁸⁷. Doku veya hücre seviyesinde, sadece bireyi tedavi etmek için uygulanır ve sadece tedaviyi alan kişiyi etkiler⁸⁸.

(2) *Germ-hattı gen tedavisinde* ise; genlerin, üreme (reproductive) hücrelerine ya da embriyoya aktarılarak sonraki nesillere aktarılması

⁸⁴ Genetik Terimler Sözlüğü, *Sinogenetik Kavramlar*, Türk Hemotoloji Derneği, İstanbul, s. 3.

⁸⁵ Afroz Rashnonejad/ B. Durmaz/Ferda Özkınay, "Gen Tedavisinin Temel İlkeleri ve Son Gelişmeler", *Ege Tıp Dergisi*, 2014; s. 231-240.

⁸⁶ Bu konuda yapılan detaylı çalışma için bkz; . Rashnonejad/ Durmaz/ Özkınay, s. 231-243.

⁸⁷ Sait Tarakçıoğlu, "Genetik Mühendisliği ve Spor", *Türkiye Klinikleri Spor Bilimleri Dergisi*, 2013, s. 49.

⁸⁸ Nature'da yayınlanan araştırma ABD'deki Oregon Üniversitesi'nde Amerikalı, Çinli ve Güney Koreli doktorlar tarafından yapıldı. Bir insan embriyosunun, gelecekte ani ölüme neden olan ve sık görülen bir kalp hastalığını tetikleyen genlere sahip olduğu saptanmıştı. Tarihte ilk kez insan genleri bu çalışmada başarıyla değiştirildi. "Hatalı genler" düzeltilerek kalp hastalığına neden olan mutasyon riski ortadan kaldırıldı. Ayrıca bu işlem yapılırken DNA'daki diğer genler hasar görmedi." <https://www.nature.com/news/chinese-scientists-genetically-modify-human-embryos-1.17378>

sözkonusudur. Ancak gelecek nesillere aktarılacak özelliklerin ne gibi sonuçlara yol açacağı bilinmesi henüz mümkün değildir. Sözgelimi; belirli bir hastalığa karşı direnci etkileyen bir genin, yeniden düzenlendiği sırada fark edilmemesiyle birlikte ilerleyen yıllarda veya birkaç kuşak sonra ortaya çıkabilecek ikinci veya üçüncü dereceden sonuçları olabilir⁸⁹.

Öte yandan bu tekniğin, tedavi amacı dışında, insanların fiziksel performanslarını artırmak için kullanması da mümkündür. Kas kuvveti, esneklik, maksimum oksijen tüketimi, kanın oksijen taşıma kapasitesi, kalp verimliliği, güç üretimi, dayanıklılık ve boy uzunluğu gibi fiziksel, fonksiyonel ve metabolik özelliklerin artırılmasını sağlayabilecek yöntemler normal insanların yanı sıra, özellikle sporcular açısından büyük öneme sahiptir⁹⁰.

Bu yöntemde, gen tedavisi, temel olarak fiziksel performansı artırmak için kullanılır. Böylece kişinin bedeni değişmiş, gelişmiş ve hatta yeniden inşa edilmiş olur. Bu da sağlıklı insanların bedenlerini geliştirmek ve özellikle sportif faaliyetlerde daha başarılı olmak adına, bedenlerini modifiye etmeleri anlamına gelir. Sözgelimi; kısıtlı genetik potansiyele sahip olan bir sporcunun bu sayede üstün bir performans sergilemesi mümkün hale gelebilecektir. Hücrelerin, genlerin tedavi edici olmayan kullanımı ile kişinin performans kapasitesinin artırılması, sporculara yarışmada, sıradan insana ise yaşamında bazı avantajlar sağlayabilir⁹¹. Öte yandan özellikle sporcular açısından gen tedavisi prensiplerinin bu biçimde uyarlanması birçok etik ve hukuki tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Nitekim, gen ya da hücre dopingi, Dünya Anti-Doping Ajansı (WADA) tarafından "Atletik performansı artırma kapasitesi olan genlerin, genetik maddelerin ve hücrelerin tedaviye yönelik olmayan kullanımı" olarak tanımlanmış ve 2003 yılında Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC) ile WADA gen dopingini yasaklı uygulamalar listesine dahil etmiştir⁹². Bu bağlamda gen transferinin doping olarak kullanılabilir olması, spor felsefesini derinden sarsacak bir yöntem olup, birey için sağlık riskleri taşımasının yanında ciddi bir etik ihlal oluşturmaktadır⁹³.

⁸⁹ Tarakçıoğlu, s. 49-50.

⁹⁰ Tarakçıoğlu, s. 49.

⁹¹ Ş. Tural/ E. Kara/ N. Ağaoğlu, "Sporda Gen Dopingi" *Selçuk Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Bilim Dergisi*, C. 13, S. 3, 2011, s. 253-260.

⁹² Halit Egesoy/ Hayrettin Gümüşdağ/Alpaslan Kartal, "Gen Dopingi ve Sportif Performans", *Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Haziran 2013, s. 71.

⁹³ Egesoy/Gümüşdağ/Kartal, s. 83.

Bu bağlamda gen tedavisi çalışmalarının insan yaşamını daha iyi ve sağlıklı hale getirmek için yapılması, insanın temel sorunlarına çözüm bulması halinde, insan onurunu zedelemeyeceği ancak, aynı yöntemin tedavi edici yönü olmaması ve salt İG'ye yönelik olması halinde, hem insan hakları hem de insan onurunun korunması bakımından sakıncalı olabileceği savunulmaktadır. Buna göre; insan türüne ait temel fiziksel özellikler daha mükemmel hale gelebilirse de, üstün fiziksel özelliklere sahip insanlarla buna sahip olmayanlar arasında bir eşitsizliğin oluşacağı, bu teknolojiye sahip olanlar ile olmayanlar arasında bir ayırım meydana geleceği ifade edilmektedir. Ancak bu yaklaşım, nüfusunun yüzde doksan dokuzunun uzun boylu olduğu bir toplumda, kısa boyluların onurunun zedeleneceği ve hatta uzun boyluların kısa boyluların varlığına son vereceğini söylemeye veya kendini spora adanmış, bu sayede fiziksel üstünlük ve güce sahip hale gelmiş bir kimsenin, yaşamı boyunca evden çıkmayarak tv karşısında oturan birinin onurunu ihlal ettiğini kabul etmeye benzetilebilir. Dünyada fiziksel çeşitlilik ve üstünlükler her zaman varolagelmıştır. Bu bağlamda hukukun işlevi bu tür farklılıklara rağmen insanların birarada yaşamasını sağlamaktır. Zira onura sahip olmak bakımından herkes eşittir.

Öte yandan, genetik çalışmalarının gen dopingi yoluyla sporcular arasında haksız rekabet yaratmasının önlenmesi ve bu amaçla yasal düzenlemelerin yapılması gereklidir⁹⁴. Zira, günümüzde gen dopinginin izleri gözlemlenebilmektedir ancak çok yakın bir gelecekte hiçbir iz bırakmayan yöntemlerin ortaya çıkması beklenmektedir. Bitki ve ilaçlarla başlayan doping, genlerle yeni bir aşamaya geçmiştir. Çok hızlı doku tamiri ve iyileşme sağlayacak olan nano-dopinglerin, geleceğin dopingi olacağı ifade edilmektedir⁹⁵.

3.3.1.3. Genetik Seleksiyon: Tasarım Çocuklar

Dışarıdan yapılacak müdahaleler ile "İG" çalışmaları alanında birçok yenilik öngörülse bile asıl geliştirmenin içeriden, yani doğumla birlikte kazanılabileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, hamilelik öncesinde, yapay dölleme sırasında, preimplantasyon genetik tanı yöntemi ile embriyodan kalıtsal hastalıkların ayıklanması ile sağlıklı bebeklerin

⁹⁴Egesoy/Gümüşdağ/Kartal, s.84.

⁹⁵K. Livanelioğlu, "Sporda Gen Dopingi Uluslararası Sempozyumu", 1998.

dünyaya gelmesi mümkün hale gelmiştir⁹⁶. Ancak bu yöntemde, hastalıklı gene sahip olmayan embriyoya ulaşabilmek için çok sayıda embriyo üretildikten sonra, geriye kalanlar yok edilmektedir. Bu durumun potansiyel insan olma yolundaki embriyonun onurunu ihlal ettiği ileri sürülmektedir. Bu bağlamda Biyotıp Sözleşmesi 13 . maddesinde; “*Hukukun embriyo üzerinde tüpte araştırmaya izin verilmesi halinde, embriyo için uygun koruma sağlanacaktır. Sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyolarının yaratılması yasaktır*” ifadesini kullanarak devletlere geniş bir takdir yetkisi bırakmıştır⁹⁷. Sözleşme devletlerin tüpte araştırma yapabileceğini kabul etmekle birlikte, böyle bir durumda embriyo için öngörülen uygun korumanın ne olduğuna açıklık getirmemiştir. Araştırma amacıyla embriyonun üretilmesinin koşulsuz olarak yasaklandığı göz önüne alındığında, Sözleşme’nin devletlere sadece üreme amaçlı elde edilmiş embriyolar üzerinde araştırma yapmaya izin verdiği sonucuna varılabilir. Sözleşme’nin bu tür araştırmalara getirdiği kısıtlamaların arkasında yatan çekince temel olarak embriyoların araştırma amacıyla üretilmelerinin, onları araştırdığı; üzerinde çalışılacak bir veri, materyal ve eşyaya dönüştürdüğüdür. Bu durum embriyonun onurunu ve dolayısıyla insalık onurunu zedelenmektedir.

Öte yandan, genetik seleksiyon yöntemi ile, bir embriyonun genetik incelemelerden geçirildikten sonra, yaşamaya değer veya değmez olduğuna

⁹⁶ Üreme hücreleri kullanılarak oluşan embriyoların anne rahmine yerleştirilmesinden önce, ileriye yönelik genetik hastalıkların risk değerlendirilmesinin veya mevcut genetik hastalıkların tanısının yapılması preimplantasyon genetik tanı testleri ile mümkün olabilmektedir.; Cemile Turgut, “Preimplantasyon Genetik Tanı, Testlerinin Hukuki Boyutu ve Biyoetik”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S:2, Aralık 2017, s. 182.

⁹⁷ Embriyonun hukuki statüsü konusunda özellikle ülkemiz ve Avrupa devletleri açısından bir görüş birliği yoktur. Gerek devletler, gerekse, Avrupa Konseyi, embriyonun hukuki statüsünü tespit etmek konusunda çekingen tavır içindedir. Bu bağlamda Biyotıp Sözleşmesi’nde öngörülen insana ilişkin korumayı yaşamın başlangıcına kadar taşımayı öngören değişiklikler kabul edilmemiş ve bu konuda fikir birliği olmadığı ifade edilmiştir. Nitekim AIHM embriyonun hukuki statüsünü incelediği iki davada da benzer yoruma varmış ve taraf Devletler’in çoğunun kendi iç hukuklarında hakim bir görüş gelişmediğinden hareketle, Avrupa ülkeleri arasında yaşamın ne zaman başladığını belirleyen hukuki ve bilimsel bir görüş birliği olmadığını kabul etmiştir. Nitekim Biyotıp Sözleşmesi 13. maddesinde; “Hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin verilmesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanacaktır. Sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyolarının yaratılması yasaktır” ifadesini kullanarak devletlere geniş bir takdir yetkisi bırakmıştır.

karar verilmesi, insan onuru açısından sorunlu kabul edilmektedir⁹⁸. Bu bağlamda, genetik hastalıkların mutlaka ayıklanması gereken bir özellik olarak kabul edilmesinin, öjenizm tehlikesini barındırdığı, sözkonusu hastalığı taşıyanlar aleyhine ayrımcılığa yol açtığı ve bu nedenle insan onurunu ihlal ettiği ileri sürülebilirse de⁹⁹, kalıtsal hastalıkların insan genlerinden ayıklanması ile daha sağlıklı nesiller oluşturulmasının insalık onurunun korunması bakımından bir gereklilik olduğu da unutulmamalıdır.

Bugün, sözkonusu genetik teknolojilere bağlı olarak bir bebeğin cinsiyetin seçilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu bağlamda ebeveynlerin cinsiyet seçebilmelerinin, onların üreme özgürlükleri kapsamında olduğunu ve bu bağlamda en azında aile planlaması yapılabilmesi için bu yöntemin kullanılmasına izin verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁰. Ancak cinsiyetin belirlenmesinin ebeveynlere bırakılması, doğanın dengesini bozabilecek, tek tip cinsiyetin artmasına yol açarak cinsiyet dengesizlikleri oluşturabilecek ve özellikle kızlar aleyhine cinsiyet temelli ayrımcılığı körükleyebilecektir. Bu sakıncalara yol açması muhtemel bir seçim aynı zamanda, insana cinsiyetine göre değer biçilmesi anlamına gelecek ve bu yöntem ile insan metalaştırılmış, araçsallaştırılmış olacaktır¹⁰¹. Nitekim Biyotip Sözleşmesi'nin 14. maddesinde; "*cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla suni dölleme tekniklerinin kullanımından kaçınılacağı*" yer almaktadır. Düzenleme ile üreme özgürlükleri ile insanlık onuru arasında bir denge kurulmuş, insanlık onurunun korunması ön plana alınarak cinsiyet seçilmesi ciddi kalıtsal bir hastalıktan korunma hali dışında yasaklanmıştır.

Öte yandan, insanlık onuru açısından asıl sorun, biyoteknolojik ilerlemeler sayesinde fiziki yapı, hafıza, zeka, saç ve göz rengi, yetenek gibi özelliklerin belirlenebilmesinin mümkün olması durumunda ortaya çıkacaktır. Diğer bir deyişle, bu yöntemlerin genetik hastalıkların ayıklanması ve sağlıklı bebekler dünyaya getirilmesi amacıyla değil de, arzu

⁹⁸ Jürgen Habermas (çev. Kaan H. Ökten), **İnsan Doğasının Geleceği**, Everest Yayınları, İstanbul, 2003, s. 33; Gürbüz, s. 76-77; Soner Tauscher, "Genetik Teknolojisinin Siyasi ve Etik Sınırları: Genetiği Yönetmek", *International Journal of Political Studies*, V:1, 2015, s. 5.

⁹⁹ Habermas, s 31-32; Gürbüz, s. 76-77.

¹⁰⁰ National Health and Medical Research Council, *Ethical Guidelines*, 2007, Appendix C3, s.91.

¹⁰¹ Volha Parfenchyk/Alexander Flos, "Human Dignity in a Comparative Perspective: Embryo Protection Regimes in Italy and Germany", *Law Innovation and Technology*, Routledge, 2017, s. 3.

edilen cinsiyet ve hatta kişilik özelliklerine sahip bebeklerin dizayn edilmesi için kullanılması durumunda ne olacaktır. Böyle bir durumda bebeğin, ailenin isteğine göre biçimlenmiş bir ürün haline dönüşmesi nedeniyle araçsallaştırılmış olacağı kabul edilmektedir¹⁰².

Genetik özellikleri ailesi tarafından belirlenmiş bir çocuğun kendisini, kaderinin tek belirleyisi olarak görmeyeceği ve bu nedenle özgür ve eşit kişilerden meydana gelen bir toplum içinde kendilerini eşit ve özgür hissedemeyecekleri savunulmuştur¹⁰³. Bunun karşısında, genetik özellikleri ebeveynleri tarafından belirlenmiş bir çocuğun normal yoldan dünyaya gelmiş bir çocuktan daha az özerk hissetmeyeceği, tam tersine gelişmiş kapasiteleri ve sağlıklı olmaları sayesinde yaşamlarını daha iyi yönetebilecekleri ifade edilmiştir¹⁰⁴. Belirtmek gerekir ki, ebeveynlerin belirli genetik özelliklere sahip çocuk isteyerek çocuklarını kendi hırslarının aracı, arzuların ürünü haline dönüştürmeleri, çocukları, ebeveynlerin tasarımlarının objelerine çevirme sakıncası taşımaktadır. Nitekim Biyotıp Sözleşmesi'nin 13. maddesine göre, "*insan genomunu değiştirmeye yönelik bir müdahale, yalnızca, önleme, teşhis ve tedavi gayeleriyle ve sadece, amacının, herhangi bir altsoyun genomunda değişiklik yapılması olmaması halinde yapılabilir*".

Bu düzenleme, sözkonusu teknolojilerin gelişmesi halinde, sınırlı ölçüde kullanılabilmesine olanak vermekte, özellikle altsoyun genomunda değişiklik yapılması yasak olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, 1997 tarihinde kabul edilen UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin ilk maddesinde göre; "*insan genomu insanlık ailesinin tüm üyelerinin temel birimini ve aynı zamanda onların varlığında yerleşik insan onuru ve insan çeşitliliğinin tanınmasını vurgular. Sembolik anlamda insan genomu insanlığın mirasıdır.*" ifadesi yer almaktadır. Bu bağlamda insan genomuna yapılacak müdahalelerin kısıtlanması kolektif olarak insanlık onurunun korunması amacını gütmektedir. Ayrıca aynı Bildirinin 10. maddesinde; özellikle "*biyoloji, genetik ve tıp alanlarında olmak üzere, insan genomuna ilişkin hiçbir araştırma yahut araştırma uygulaması, bireylerin yahut uygulanabilir olan hallerde de insan gruplarının insan*

¹⁰² David S. King, "Preimplantation Genetic Diagnosis And The New Eugenics," *Journal Of Medical Ethics*, V:25, 1999, s. 176-182; Gürbüz, s. 76.

¹⁰³ Habermas, s. 122-124; Gürbüz, s. 77.

¹⁰⁴ Bostrom/ Roache, "*Ethical Issues...*", s.21.

haklarına, temel özgürlüklerine ve insan onuruna (haysiyetine) saygı gösterilmesinin önüne geçmeyeceği” ifade edilmiştir.¹⁰⁵

Belirtmek gerekir ki, ebevyenlerin daha yetenekli, daha sağlıklı ve akıllı çocuklara sahip olmak istemesi yadırganacak bir durum değildir¹⁰⁶. Zira daha iyi olan çocuğun, daha iyi yaşam süreceğine ilişkin anlayış bugün de mevcuttur. Ebeveyenler, sözkonusu genetik müdahalelerden bağımsız olarak, bugünün şartları dahilinde çocuklarının daha iyi, sağlıklı, akıllı, yetenekli olması için çaba sarfetmektedirler. Ayrıca, İGT ile bir çocuğun özellikleri ebeveyenleri tarafından seçildiğinde belirlenmiş olan nasıl bir çocuğun varolacağı değil, hangi kapasiteye sahip olarak doğacağıdır. Öte yandan bu özellikleri belirlenerek dünyaya gelen çocukların, normal biçimde dünyaya gelenler arasında üstün bir sınıf yaratarak eşitliği bozacağına ilişkin kaygı da çok tutarlı gözükmemektedir. Zira bugün dünya üzerinde tam anlamıyla eşitliğin varolduğu iddia edilemez. Afrika'nın uzak bir kasabasında doğan bir çocuk ile Kuzey Avrupa'da doğmuş bir çocuğun, eşit şartlara sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Farklı ve üstün genlere sahip olmak, eşit insan haklarına ve onura sahip olmayı engellemez.

Genetik müdahalelerle ilgili diğer bir eleştiride, öjenizm tehlikesi barındırması nedeniyle insan onurunun ihlal edildiğidir. Ancak bu yöntemler, ne zorlayıcı öjenizm (coercive eugenics) ne de bazı insanların diğerlerinden daha aşağı olduğu inancını içermez. Bu bağlamda, sözkonusu yöntemin, geçen yüzyılda devletçe desteklenen programlar ile ortaya çıkan, insanlara zarar veren, öldüren, üreme yeteneklerini ortadan kaldıran zorlayıcı öjenik uygulamalarla ilgisi bulunmamaktadır¹⁰⁷. Bu teknolojilerin, öjenizm uygulamaları gerçekleştirmek isteyenler açısından bir araç olarak kullanılması mümkün olabilirse de yöntem salt öjenizme hizmet etmez. Bu doğrultuda öjenizm amacını güdenler, farklı araçlarla da aynı sonuca varabilir. Öte yandan, insanın insan olmasının ötesine çevirme çabasının insanı böceğe çevirme çabasından farklı olmadığı, her ikisinde insanlıktan

¹⁰⁵ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 935-936.

¹⁰⁶ Julian Savulescu, “Procreative Beneficence: Why We Should Select The Best Children”, *Bioethics*, 2001, s. 413-426; Bostrom/Roache, *Ethical Issues...*, s. 22.

¹⁰⁷ Bostrom/Roache, *Ethical Issues...*, s. 23.

uzaklaşılması anlamına gelerek, insan onurunu ihlal edeceği de ileri sürülmüştür¹⁰⁸.

Belirtmek gerekir ki, farklı yetenek ve kapasiteye sahip olsalar bile insanlar ahlaki ve hukuki açıdan eşittirler. Bir insan diğerine oranla daha yetenekli, akıllı veya güzel olabilir. Bu durum onun bu özelliklere sahip olmayanların üzerinde yer almasını sağlamaz. Hatta tüm insanların onura sahip olması bakımından eşit olduklarının kabul edilmesinin temelinde, insanların daha iyi, da güçlü, daha akıllı, daha yetenekli karşısında korunması, bazı belirli kapasiteye sahip olanların diğerlerine hükmetmesinin engellenmesi yer almaktadır¹⁰⁹. İG yöntemlerinden yararlanmayanların, bundan yararlananlar karşısında, tüm farklı kapasitelere rağmen, farklı bir ahlaki konumu bulunmamaktadır. İnsanlar farklı yetenek ve kapasitelere sahip olsalar da onura sahip olmak bakımından eşittirler. Ancak burada diğer bir soru ortaya çıkar. Bu tür müdahaleler, bireyleri genetik özelliklerine indirgeyerek, benzersizlik ve çeşitliliğine zarar verebilir mi? Zira insanın öz değerini oluşturan onuru, onun benzersiz, biricik ve çeşitli özelliklere sahip olmasıyla da açıklanır. Nitekim UNESCO İnsan Genomu Bildirgesi'nin 2/a-b maddesi biyotıp uygulamaları bakımından “insan onuruna saygı duyulması” gerekliliğine işaret etmekte, insanın benzersizliğine ve çeşitliliğine saygı gösterilmesini vurgulamaktadır.

Öte yandan insan yapısını biyolojik özelliklere indirgeyen yaklaşım eleştirilmektedir. Buna göre, insanın belli biyolojik özelliklere sahip olması, bu durumun normatif olarak ahlaki değerlerle veya insan hakları anlayışıyla bağlantısı olduğu anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda, insanlar arasındaki en temel ortak nokta “insan onuru” olarak kabul edilse de aynı biyolojik benzerlik ve özellikleri paylaşıyor olmak, bu temel ortak nokta için yeterli değildir. Zira bazı ahlaki özelliklerin biyolojik özellikleri takip ettiği doğru olsa bile insan genomunun ahlaki değerler içinde yer alması için biyolojik özellikler zorunlu değildir¹¹⁰.

3.3.1.4. Gen Testleri ve Ayrımcılık Yasağı

Gen testi, bir gen veya kromozomda ortaya çıkan değişimi tanımlamak için kan veya dokudan yapılan, şimdiki veya ilerideki zamanlarda ortaya çıkması olası sağlık sorunları hakkında kişinin bilgilendirilmesini sağlayan

¹⁰⁸ Leon .R. Kass, “Ageless Bodies Happy Souls: Biotechnology and The Pursuit of Perfection”, *The New Atlantis*, 2003, s.20.

¹⁰⁹ Bostrom/Roache, *Ethical Issues...*, s. 24.

¹¹⁰ Elizabeth Fenton, **Genetic Enhancement-A Threat To Human Rights**, *Blackwell Publishing*, 2005, s. 4; Zengin, s. 82.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

bir sağlık testi türüdür¹¹¹. Bu testlerin temel amacı, hastalıklara neden olacak genetik eğilimler belirlenmesi ve bu doğrultuda hastalıkları önleyici tedavi ve planlamaların erken evrede yapılabilmesidir¹¹².

Sözkonusu testler, bir taraftan genetik hastalıkların erken teşhisi ve tedavisi için yol gösterici ve önemli bir araç haline gelirken; diğer taraftan, istihdam ve sağlık sigortası bakımından risk altındaki kimi kişilerin istihdamda ve sigortacılık sahasında ayırıcı uygulamalar ile karşı karşıya kalmalarına neden olabilmektedir¹¹³. Bu bağlamda gen testleri konusunda ortaya çıkan tartışmalar, genetik bilginin biyolojik silah olarak kullanılabilme riskinden, üstün insana ulaşma çalışmalarına; iş yaşamında genetik ayrımcılıktan, sigorta şirketlerinin sigorta oranlarını yükseltmesine kadar geniş bir yelpazede yer almaktadır¹¹⁴. Temel sorun, insan geni üzerine yapılan araştırmalarda kaydedilen gelişmeler sayesinde elde edilen eşsiz genetik bilgilere kimlerin erişeceği ve bu bilgilerin ne gibi bir role sahip olacağı konusudur¹¹⁵. Bu bağlamda ortaya çıkacağı düşünülen genetik ayrımcılığın, başta insan onurunun ihlali olmak üzere sağlığın ticarileştirilmesine neden olacağı düşünülmektedir. Nitekim Biyotip Sözleşmesi de bu bağlamda genetik teşhise yönelik testler konusunda bazı kısıtlamalar öngörmüştür. Sözleşme'nin 12. maddesine göre; “*genetik hastalıkları teşhise yönelik veya ya kişinin bir hastalığa neden olan bir geni taşıdığını belirlemeye ya da genetik bir yatkınlığı veya bir hastalığa eğilimi ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilecektir.*”

Bir başka tartışma da genetik tarama sonuçlarının, toplumdaki muhtelif grupların aleyhine yorumlanma riski taşıdığı noktasında çıkmaktadır. Sözgelimi; bazı ırkların diğerlerinden daha az zekâyâ sahip olduğunu veya belirli etnik gruba ait olan insanların bağımlılıklarının fazla bulunduğunu ortaya koyacak nitelikte gen çalışmaları ayrımcılığı teşvik edecektir¹¹⁶. Zira, gen haritalarının çıkarılması, gen testlerinin yaygınlaşması ile insan

¹¹¹ Zengin, s. 90-91.

¹¹² Zengin, s. 91.

¹¹³ Başak Işıl Çetin, “Gen-Etik” Bilgi ve Çalışma Hayatında Ayrımcılık: Türkiye İçin Proaktif Bir Model Önerisi”, *İş Ahlakı Dergisi*, 2017, s. 8.

¹¹⁴ A. Demir, “Etik Açından İnsan Genom Projesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimleri Dergisi*, 2013, s. 318.

¹¹⁵ Çetin, s. 13.

¹¹⁶ Uygur H. Tazebay, “Genetik Araştırmalar ve Etik”, *Avrasya Dosyası*, 2002, s. 60.

varoluşunun bilinmeyen yönleri ortaya çıkabilecek, etnik ve ırksal farklılıkların genetik nedenleri gibi karanlıkta kalmış konular aydınlanabilecektir¹¹⁷. Bu bağlamda genetik ayrımcılık kapsamında cinsiyet, ırk, etnik köken ayrımcılığı gibi unsurlar öne çıkacaktır¹¹⁸. Bu doğrultuda, Biyotıp Sözleşmesi 11. maddesinde yer alan ayrımcılıkla ilgili düzenlemede, bir kimseye, genetik kalıtımı nedeniyle herhangi bir ayrımcılık uygulanmasının yasak olduğunu açıkça belirtmiştir.

3.3.1.5. Ara Değerlendirme

Bu bölümde ayrıntılı olarak incelediğimiz konuların temel kaygısı genetik müdahaleler karşısında insan onurunun zedelenmesi ve insanlar arası eşitlik anlayışının zarar görmesidir. Buna göre genetik müdahaleler sonrasında ortaya çıkacağı varsayılan post-insanların, organik insandan¹¹⁹ daha üstün yetenek ve donanıma sahip olacağı ve bu anlamda ayrımcılığa neden olacağı kabul edilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, tüm insanlar, sadece insan olmaları nedeniyle eşit olarak onura sahiptir. Hiç kimse onura sahip olmak bakımından bir diğerinden daha üstün ya da daha aşağı konumda değildir. İnsan onuru, insanlıktan türediği için vazgeçilmez ve dokunulmaz kabul edilir¹²⁰. İnsanlık varolduğundan bu yana güçlü insanlar arasında homojen bir eşitliğin varlığından bahsedilemez.

Nitekim, her dönemde bir diğerinin üzerinde tahhakküm kurmak isteyen gruplar, diğerini köleleştirmek ve suistimal etmek isteyen anlayışlar ortaya çıkmıştır. İnsanlık için bu risk her dönemde mevcuttur. Sözelimi, soykırım suçu, dünyada genetik müdahale yöntemleri henüz keşfedilmezden önce ortaya çıkmış bir kavramdır. Dil, din, ırk ve etnik ayrımcılık ve bu uğurda yaşanan acı tecrübeler, insanlığın yabancı olduğu kavramlar değildir. Çağdaş toplumlarda bu gibi durumların önüne geçebilmek için hukuk ve kurumları ortaya çıkmıştır¹²¹. Bu hukuki kurumların varlık nedeni böyle eşitsizlikler üzerine kurulu bir dünyada, insanların sahip olduğu özelliklere

¹¹⁷ Curtis Naser, "High Speed Genetic Testing Technology and the Computerization of the Medical Record", **Genetic Information; Acquisition, Access and Control** içinde; (ed. Alison Thompson/Ruth Chadwick), New York, 1999, s.105; Zengin, s. 94.

¹¹⁸ Çetin, s. 31.

¹¹⁹ *Organik insan*, yazarın, genetik müdahale geçirmemiş, genetik yapısı dışarıdan müdahale ile değiştirilmemiş insanı ifade etmek üzere kullandığı bir kavramdır.

¹²⁰ Michael Barilan, **Human Dignity, Human Rights and Responsibility**, MIT Press, 2012, s. 93-95.

¹²¹ Bostrom, In Defense of Post Human Dignity..., s. 205-207.

bakmaksızın, eşit temel hak ve özgürlüklere sahip olmasını sağlamak, insanlık onurunu rasyonel ve maksimum düzeyde her şarttan bağımsız bir biçimde korumaktır. Tüm toplumlarda birileri, diğerlerinden farklı ve üstün özelliklere sahip olabilir ama hukuk önünde ve onura sahip olmak yönünde herkes eşittir. Bu bağlamda toplumda eşitsizliğin oluşacağı kaygısıyla bilimsel ilerlemelerin önüne toptancı bir anlayışla, yasakçı biçimde set çekmemek gerekir.

3.3.2. Klonlama: İnsan Türünün Sonu mu?

Bir canlı hücrenin bölünmesi veya canlı hücre çekirdeğinin, çekirdeği alınmış bir başka hücre yumurtasına yerleştirilerek döllenmenin sağlanmasına, böylece bir organizmanın kendisiyle aynı genetik yapıya sahip organizmalar üretmesine, yani kendisini kopyalamasına klonlama adı verilmektedir. Klon ise; tek bir bireyden eşeysiz üreme yoluyla üretilmiş, genetik yapısı birbirinin tıpatıp aynı olan canlı topluluğuna karşılık gelen bir biyoloji terimidir¹²².

İlk klonlama çalışmaları 1980 yıllarının başlarında başlamış, ancak çalışmalar, 1997’de dünya kamuoyunun tanıdığı koyun “Dolly”nin genetik kopyasının yapılmasıyla, büyük ivme kazanmıştır. Klonlama insanlar için yeni bir üreme yöntemi olup, aseksüellik olarak ifade edilmiştir. Bunun nedeni, iki karşı cinsin katkılarından bağımsız olarak bir çocuğun meydana getirilerek seksüel üremenin ortadan kaldırılıyor oluşudur.¹²³

Klonlama yöntem olarak iki farklı amaca hizmet edebilmektedir. Bunlar; (1) “*üreme amaçlı*” (2) “*tedavi amaçlı*” klonlamadır. İlkinde amaç, kişinin vücut hücresindeki genetik bilginin kullanılması yoluyla, yapay yoldan döllenme gerçekleştirilmesi ve bireyin ikizi yaratılarak, üreme yeteneği olmayan kimsenin çocuk sahibi yapılmasıdır¹²⁴.

“Tedavi amaçlı” klonlamada ise; embriyolardan kök hücreler elde edilerek, yeni organ ve dokuların üretilmesi sağlanmaktadır. Bu yeni üretilen sağlıklı doku ve organlar, sağlıklı organları onarmak veya onlarla değiştirilmek üzere kullanılmaktadır. Klonlanmış dokuların en büyük avantajı, orjinaliyle tıpatıp aynı özelliklere sahip olduğu için, kişinin genetik

¹²² Zengin, s. 21.

¹²³ “The President’s Council on Bioethics: Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry”, *Issues in Law and Medicine*, V: 18, 2002, s. 171; www.bioethics.gov, pre-publication version

¹²⁴ İrem Seyaloğlu/ Berna Şenel Erarlan/ İnci Hot/Tunç Demircan/ Gürsel Çetin, “Klonlamaya Genetik, Etik ve Hukuksal Açından Yaklaşım”, *Adli Tıp Dergisi*, 2017, s. 2.

yapısına uygun olması nedeniyle, vücut tarafından kolay kabul edilebilir olmasıdır. Vücudun bu dokuları reddetme riski bulunmamaktadır. Bu durum tıp alanında büyük ilerleme olarak nitelendirilmektedir çünkü bu konuda yaşanan en büyük sorun doku uyumsuzluklarıdır.¹²⁵

Tedavi edici klonlama biçimi ile üreme amaçlı klonlamanın başlangıç evreleri aynıysa da, tedavi amaçlı klonlamada kural olarak, oluşturulan embriyo ana rahmine yerleştirilmemekte, bunun yerine kök hücre elde etmek için kullanılmaktadır. Yani, klonlanan embriyonun kök hücreleri ayıklanarak insana dönüşmesi engellenmektedir. Bu bağlamda farklı tekniklerle de olsa bir embriyo üretilmekte, sonrasında amaca göre bu embriyo tahrip edilmekte veya ana rahmine yerleştirilerek insana dönüşmesine izin verilmektedir.

3.3.2.1.Klonlama Çalışmaları Karşısında İnsan Onuru

a. Üreme Amaçlı Klonlama

Klonlama konusunda esas sorun insanın metalaşması kaygısıdır. Böyle bir durumda insan, genetik dizaynı önceden belirlenmiş ve kendisinin kaynağı olan veya kendisini üretenlerin ihtiyaçlarını karşılamak üzere var edilen bir eşya, nesne olarak nitelenmektedir¹²⁶. Zira klonlamanın doğal üreme işleminden kopmuş olması onu, özellikle etik açıdan sorunlu hale dönüştürmektedir.

Klonlama ile birlikte özgün organizmaların yok olacağı, genetik çeşitlilik ve varyasyonların sonunun gelebileceği ve biyolojik bakımdan benzersiz olmayan bireyler meydana gelmesinin insanlık onurunu zedeleyeceği ifade edilmektedir¹²⁷. Ancak insanın eşsizliğinin ortadan kalkması nedeniyle onurunun ihlal edildiği düşüncesi, insanı sadece genetik kodlardan ibaret bir varlık olarak kabul etmek anlamına gelecektir. Oysaki insanı eşsiz ve biricik kılan sadece genetik özellikleri değildir. Sözgelimi; tek yumurta ikizlerinin genetik özdeşliği, her birinin kendine özgü ve biricik olmasına engel değildir. Yine, kendi kişiliğinde, başkasının iz ve amaçlarını görmenin klonun onurunun zedelenmesi sakıncası taşıdığı ifade edilmişse de, herkesin genetik bir aktarımla dünyaya geldiği akıldaki tutulmalıdır.

Öte yandan klonlamaya karşı getirilen diğer bir eleştiri de klonun, klonlandığı insana benzemesi umudu ve beklentisi nedeniyle psikolojik zarar görmesi ihtimalidir. Buna göre, benlik bilinci her insanda zaman

¹²⁵ Seyahioğlu/ Erarslan/ Hot/Demircan/ Çetin, s. 6-7; Yerdelen, s. 647.

¹²⁶ Yerdelen, s. 648.

¹²⁷ Yerdelen, s. 649.

içinde geliştiği halde klonlanmış insanda önceden hazır ve verili haldedir. Bu nedenle kişi varoluşuna ilişkin özgün bir kavrayıştan ve anlayıştan yoksundur¹²⁸.

Buna göre, klonlanmış kişiler, genetik olarak benzersiz olmadıklarından bağımsız bir birey ve özerk olmama duygusuna sahip olabilirler¹²⁹. Kişilerin kendilerine ait bir yaşamları olmadığı izlenimi doğurması nedeniyle bu durum “gölgede yaşam” olarak da adlandırılmıştır¹³⁰. Zira bu anlayışta klonlanmış çocuğun kendisini çekirdek bağlayıcısına, normal çocuğun ebeveynine hissettiğinden daha bağımlı hissedeceği kabul edilmektedir¹³¹.

Konuyu daha somut olarak değerlendirecek olursak; evlilik kurumu, soybağı, akrabalık ilişkisi gibi alanlarda da sorunların ortaya çıkabileceğini ifade etmek gerekir. Sözelimi; klonlanan kişinin, aslının çocuğu mu yoksa kardeşi mi olduğu, bunlar arasındaki hukuki, psikolojik, sosyolojik ilişkinin nasıl olacağı, hısımlık derecelerinin nasıl belirleneceği, evlenme yasaklarının nasıl düzenleneceği önemli belirsizliklerdir ve doğuracağı sonuçlar bakımından düşündürücüdür¹³². Yine klonlamanın insan üzerinde uygulanmasının henüz güvenilirlikten uzak ve olgunlaşmamış olduğu göz önüne alındığında, engelli doğumların, insana benzemeyen varlıkların dünyaya gelmesine zemin hazırlayabileceği de ifade edilen önemli sakıncalar arasındadır¹³³.

Özellikle güvenlik argümanı çerçevesinde değerlendirilen bu sakıncaların, bugün itibarıyla insan klonlanmasının istisnasız olarak yasaklanmasını haklı kıldığı, zira bu yasağın koruduğu değerlerin, klonlanmış insanın en önde gelen yaşam hakkı ve sağlık menfaatlerine ilişkin ortaya çıktığı kabul edilmektedir¹³⁴. Nitekim, konuyla ilgili olarak,

¹²⁸ Zengin, s. 162,163.

¹²⁹ “National Bioethics Advisory Commission Reports On Cloning Human Beings” (<http://www.bioethics.gov/bioethics/pubs.html.7.3.1997>); Cin, s. 128.

¹³⁰ Soren Holm, “A Life in the Shadow: One Reason Why We Should Not Clone Humans” *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, V:7, 1998 s. 160-161; Onursal Cin, “Üreme Amaçlı Klonlamanın Cezalandırılabilirliği Üzerine Etik ve Hukuki Argümanlar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 11, S:1-2, 2003, s. 129.

¹³¹ Dorothy Nelkin, “The Gene as a Cultural Icon”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, Vol.7 1998 ,s. 145; Cin, s. 129.

¹³² Cin, s. 133.

¹³³ Cin, s. 126; Yerdelen, s. 649.

¹³⁴ Trutz Rendtorff /Ludwig Winnacker, “Menschenwürde und Medizinische Konfliktfalle”, Berlin, 2000, s. 9; Cin, s. 125.

Biyotıp Sözleşmesi İnsan Klonlamasının Yasaklanmasına Dair Ek Protokol de¹³⁵ oldukça açık ve net bir yaklaşım benimsenmiştir. Protokol'e göre; “*canlı veya ölü olsun, bir başka insanla genetik olarak özdeş bir başka insan yaratmayı amaçlayan herhangi bir müdahale yasaktır*”.

BM İnsan Genomu Bildirisi'nin 11. maddesi de aynı yönde insan klonlamayı koşulsuz olarak yasaklamıştır¹³⁶. Belirtelim ki, bu yasakların sadece üreme amaçlı klonlamayı açıkça yasakladığı ifade edilmekte, bu nedenle tedavi edici klonlamanın bu kapsamda yer almadığı ileri sürülmektedir.

Söz konusu Sözleşmeler'de, üreme amaçlı klonlamanın yasaklanmasının nedeni olarak insan onuruna atıfta bulunmaktadır. Nitekim; “*insandan klonlama yoluyla ikinci bir insanın üretilmesi, insanın araçsallaştırılması, dolayısıyla insan onurunun çiğnenmesi, biyoloji ve tıbbın kötüye kullanılmasıdır*” ifadesi, Ek Protokol'ün gerekçesinde yer almıştır Buna göre insanların belirli amaçlar uğruna klonlanarak, üçüncü kişilerin menfaati için genetik yapılarının önceden belirlenmesi, insan kimliğine bir saldırıdır¹³⁷. Buna göre; klonlanan insan ancak aslının bir kopyasıdır ve kendine özgü kimlikten yoksundur. Klonun nitelikleri doğal olmayıp, tesadüfi olarak belirlenmemiştir. Bu durum, kendisini oluşturanların hizmetinde klonu hem eşya statüsüne indirgemekte, hem de kendi kişiliğinde başkasının iz ve amaçlarını görmek klonun onurunu ihlal etmektedir¹³⁸. Klonlama yöntemi ile bir insan üretildiğinde, dünyaya gelen klonun varlık nedeni, üçüncü kişilerin ilgi ve menfaatleri olup, bu ilgi özellikle klonun genetik yapısına yöneliktir¹³⁹.

¹³⁵ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin İnsan Klonlanmasının Yasaklanmasına Dair Ek Protokolü (No: 168, “*Additional Protocol to the Convention for the protection of Human Rights and Human Dignity With Regard to Application of Biology and Medicine/Convention on Human Rights and Biomedicine on the Prohibition of Cloning Human Beings*”)12.Ocak 1998'de Avrupa Konseyi, tarafından imzaya açılmıştır ve 1 Mart 2001'de yürürlüğe girmiştir.

¹³⁶ İnsan Klonlamaya Dair Birleşmiş Milletler Bildirisi (“*United Nations Declaration on Human Cloning*”) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 8 Mart 2005 tarihli ve 59/280 sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

¹³⁷ Fuat S. Oduncu, “Klonierung von Menschen-biologisch-technische Grundlagen, ethischrechtliche Bewertung”, *Ethik in der Medizin*, 2001, s. 111.

¹³⁸ Gürbüz, s 72-73; Frank Saliger, “Das Verbot des Reproduktiven Klonens nach dem 1. Zusatzprotokoll zum Menschenrechtsübereinkommen”, *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, 2005, s. 153

¹³⁹ Yerdelen, s.650.

Öte yandan, çocuk sahibi olamayan çiftler için bir üreme biçimi olarak kabul edildiğinde bile, klonun ebeveynlerinin amaçları için araç haline dönüşeceği ve bu nedenle insan onuruna aykırılık taşıyacağı ileri sürülmüştür¹⁴⁰. Ancak her çocuğun dünyaya gelmesinde tercih edilecek yöntemler vardır. Bunlar doğal yollardan olabileceği gibi, yapay yollarla da gerçekleştirilebilir. Çocuk sahibi olmak için başvurulun yöntemler, çocuğun bizzatı amaç olması gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Özetle, belirtmek gerekir ki, klonlamaya karşı duranların itirazları arasında; insan genetik havuzunun zarar görmesi, klonlama sonucu organların zarar görmesi, bağışıklık sisteminin zayıflaması, doğum oranlarının düşmesi, genetik çeşitliliğin yok olması, doğal dengenin bozulması, henüz güvenilirliği kanıtlanmamış bilimsel çalışma ve deneylerin yapılmasının insanlarda ağır ve telafisi mümkün olmayan hasarlara yol açma olasılığı, bu yöntemin askeri ve siyasi hedeflere ulaşmak için öjenizme hizmet eder biçimde kullanılabilme sakıncaları sayılmaktadır¹⁴¹. Bu sakıncalar, üreme amaçlı klonlamanın koşulsuz biçimde yasaklanması sonucunu doğurmuştur. Bu bağlamda, “tedavi amaçlı klonlamanın” aksine, “üreme amaçlı klonlama” kamuoyunun geniş bir kesimi tarafından reddedilmektedir¹⁴².

b. Tedavi Amaçlı Klonlama

Tedavi amaçlı klonlamada, yeni doku ve organların oluşturulması ve bunların tedavi amaçlı olarak kullanılması hedeflendiği için tıbbi yardım amacı öne çıkmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, üretim amaçlı ve tedavi amaçlı klonlamanın başlangıç evreleri ve geliştiriliş aşamaları aynı olsa da embriyonun ana rahmine yerleştirilmiyor olması aralarındaki temel farkı ortaya koyar. Zira tedavi amaçlı klonlama yönteminde, vücudun herhangi bir doku veya organına dönüşebilecek potansiyele sahip embriyo oluşturulmakta ve sonra da kullanılmak üzere tahrip edilmektedir. Yani, embriyo bir başka kişinin sağlığını kazanması ve tedavisi için yok edileceği bilinerek oluşturulmaktadır.

Bu durumun, insan yaşamının her türlü değerinin inkarı anlamına geldiği ve embriyoyu araçsallaştıracağı ileri sürülmüştür. Tahrip edilen sözkonusu embriyoyu, insan olma yolunda potansiyel olarak kabul ettiğimizde,

¹⁴⁰ Gürbüz, s. 73.

¹⁴¹ Seyalioğlu/ Erarslan/ Hot/Demircan/ Çetin, s. 9.

¹⁴² Seyalioğlu/ Erarslan/ Hot/Demircan/ Çetin, s. 8.

onurunun nasıl ve ne ölçüde korunacağı sorusu, embriyoya ne zamandan itibaren yaşama hakkı atfetmeliyiz sorusunun cevabına bağlıdır. Ancak buna cevap vermek kolay değildir ve ayrı bir tartışma konusudur¹⁴³. Zira embriyonun ne zaman canlı bir varlık haline dönüştüğü konusunda tıp bilimi çeşitli veriler sunsa da üzerinde uzlaşmış bir zaman aralığı yoktur¹⁴⁴.

Biyotıp Sözleşmesi dahil konuyu düzenleyen birçok devlette embriyonun yaşama hakkının başlangıcına ilişkin net bir yaklaşım benimsememiştir. Buna göre bazılarına göre embriyo sadece bir hücreler kitlesi iken, bazılarına göre yaşama hakkı dahil tüm haklara sahip olması gereken bireydir¹⁴⁵.

Burada yeni bir soru gündeme gelir; yaşam hakkı ve insan onuru birbirinden bağımsız değerlendirilebilir mi? Yani insan yaşamının olmadığı yerde insan onuru yoktur denilebilir mi? Bu doğrultuda sözgelimi; embriyonun yaşam hakkını kabul etmiyorsak bile ona onur atfedebilir miyiz¹⁴⁶? Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre; “insan yaşamının olduğu yerde insan onuru da vardır”. Bu bağlamda yaşam hakkı olmayanın insan onuru yok mudur? İnsan olmaya yönelik sürecin her bir basamağında insan onuru tanınmalı mıdır yoksa insan olarak gelişmek üzere yaratılmadığı için bazı embriyolar insan olma potansiyeline zaten hiç sahip olmamışlar mıdır?

Bize göre yaşama hakkı ve insan onuru birbirinden bağımsız değerlendirilmelidir. Zira, insan onuru hiçbir hak ve hukuki değer ile ölçülebilir değildir. Bu nedenle gerek yaşamın olduğu yerde ve gerekse olmadığı yerde de bulunmaktadır.¹⁴⁷ Nitekim bitkisel yaşam, koma hali, bilincin geri dönülmez biçimde kapandığı haller gibi bilinçli bir yaşamdan söz edilmeyen durumlarda dahi, kişinin onuru, korunacak bir değer olmaya devam etmektedir. Aynı durum ölümden sonra da geçerlidir. Doğaldır ki, insan biyolojik olarak sadece “yaşayan canlı bir varlık- nefes alıp veren bir canlı” olarak kabul edildiğinde, aynı kaniya varılması güçtür.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 18/2. maddesine göre; “*araştırma amacıyla embriyoların yaratılması yasaktır*”. Bu sayede potansiyel insan olma

¹⁴³ Canlı varlık olma hali; “kimilerine göre, ceninin uzuvlarının veya sinir sisteminin oluşmaya başladığı, kimilerine göre döllenmenin gerçekleştiği, kimilerine göre ise kutsal kitapların ve çeşitli inanışların işaret ettiği anlardır”; Tacir, s. 1304-1305.

¹⁴⁴ Hamide Tacir, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi Nur Centel'e Armağan*, C:19, S:2, 2013, s.1304.

¹⁴⁵ Yerdelen, s. 650; Tacir, s. 1304-1305.

¹⁴⁶ Gürbüz, s. 64.

¹⁴⁷ Ulfried Neumann, “Die Würde des Menschen, in der Diskussion um Gentechnologie und Befruchtungstechnologien”, ARSP; Wiesbaden,1998, s. 154; Cin, s. 130.

yolunda olan embriyonun araç haline gelmesi engellenmektedir. Ancak konumuz açısından dikkat çekici nokta, tedavi amaçlı klonlamanın bu kapsama dahil olup olmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır. Zira, bazı görüşler, yukarıda da değindiğimiz üzere, Sözleşme maddesini dar yorumlayarak, araştırma amacıyla embriyo yaratılmanın yasaklandığını buna karşın, tedavi amaçlı embriyo yaratılmasının yasaklanmadığını ileri sürmektedir¹⁴⁸. Ancak bize göre tedavici edici çalışmaların yapılması için tahrip edilmek üzere embriyo üretilmesinin, araştırma amacıyla embriyo yaratmaktan bir farkı bulunmamaktadır. O nedenle yasağın tedavi edici klonlama yöntemini de kapsadığı düşünülmelidir. Öte yandan, tedavi amaçlı klonlamada, embriyonun insan haline gelerek doğması değil de salt doku üretimi hedeflendiğinden ve bu nedenle biyolojik gelişim erken evrede kesildiğinden, insan onurunun korunmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı ifade edilmektedir¹⁴⁹. Ayrıca embriyoların yerleştirilmeden (implant) önce böyle bir potansiyele sahip olmadığı bu kapsamda savunulan diğer görüşler arasındadır¹⁵⁰. Embriyonun tahrip edilmek üzere oluşturulmasının insanlık onuru açısından sakıncalı bulunmayan görüş şu örnekten hareket etmektedir: “100 embriyonun dondurulduğu bir dolap ile bir çocuğun içinde bulunduğu bir laboratuvarında yangın çıksa ve bunlardan birini kurtarmak gerekse, çoğu insanın tercihi çocuğu kurtarmaktan yana olacaktır¹⁵¹. İşte bunun nedeni, “birşeyin potansiyelini taşımak” ile “o şeyi olmak” arasında farktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle savunulanın aksine, bilimin gelişmesiyle, yeni tedavi yöntemlerin bulunması ve bundan insanlığa faydalı sonuçların elde edilmesinin engellenmesi esasen insanlık onuru açısından ihlal teşkil etmektedir. Zira embriyo üzerinde yapılacak araştırmalarda temel hedef insalığın iyiliği olup bu yolda yok edilen embriyolar amaç değil, sonuçtur. Getirilecek kısıtlamaların, gelişen ve değişen insanın ihtiyaçları doğrultusunda, yasaklamalardan çok düzenleyici biçimde yapılması, bunlar arasında optimal bir denge bulma olasılığını artıracaktır.

¹⁴⁸ Seyalioğlu/ Erarşlan/ Hot/Demircan/ Çetin, s. 11; Gürbüz, s. 66.

¹⁴⁹ Zengin, s. 177-178; Seyalioğlu/ Erarşlan/ Hot/Demircan/ Çetin, s. 11; Gürbüz, s. 38

¹⁵⁰ Margaret Foster Riley, “A Critique on Human Cloning and Human Dignity: The Report of the President’s Council on Bioethics”, *Journal of Law and Politics*, V.20, 2004, s. 475; Zengin, s.178; Seyalioğlu/ Erarşlan/ Hot/Demircan/ Çetin, s. 38.

¹⁵¹ Bu varsayım ilk defa, University of Virginia’da, William F. May tarafından 31 Ekim 2003 te seminer dersinde ifade edilmiştir; aktaran Riley, s. 477.

3.3.2.2. Ara Değerlendirme

Üreme yeteneği olmayan çiftlerin çocuk sahibi olması, genetik hastalığa sahip ebeveynlerin bu genleri taşımayan sağlıklı çocuklar dünyaya getirebilmesi, klonlanan organ ve dokularla daha sağlıklı ve uzun yaşama sahip olma, çaresiz ve acı verici hastalıklardan kurtulma imkanları gibi durumlar klonlama yönteminin olası yararları olarak ifade edilse de, özellikle üreme amaçlı klonlamaya karşı itirazlar belirgin biçimde yükselmektedir. Bu bağlamda yukarıda detaylı olarak açıklamaya çalıştığımız itirazları şu biçimde özetlemek mümkündür¹⁵²;

i. Klonlama yöntemi güvenilir değildir. Günümüz teknolojisi, klonlamayı kabul etsek bile, hala çok risklidir. Bir sürü düşük yapılmasına, hastalıklı veya engelli bebeklerin dünyaya gelmesine neden olabileceği gibi, insalığın ortak mirası olan gen havuzunda birtakım dejenerasyonlara ve bozulmalara yol açabilecektir¹⁵³.”

*ii. Klonun eşsiz, biricik ve benzersiz olma hakkı ihlal edilmiş olacaktır*¹⁵⁴. Ancak bu yaklaşıma itiraz, temel olarak, insan kişiliğinin ve biricikliğinin sadece genetik özelliklere indirgenemeyeceği noktasında ortaya çıkmaktadır. Buna göre insan kişilik, karakter ve bireyselliğin oluşmasında çevrenin büyük katkısı göz ardı edilemez. Bireyin kişilik olarak eşsizliği onun kendi doğal çevresi ve arkadaşlarıyla ilişkisi, bulunduğu kültürel çevresiyle iletişimi ve kendini geliştirme süreciyle ilgilidir. Bu nedenle insan genetiğın tek belirleyici olduğunu savunmak güçtür¹⁵⁵. Birlikte yetiştirilmiş olsalar dahi, genetik olarak aynı özelliklere sahip, tek yumurta ikizlerinin eşsiz ve biricik olmadıklarını söylemek mümkün değildir. Klonlanan kişi ile klon sadece fiziksel olarak aynı olacaktır, düşünce ve ruh olarak tamamen ayrı kişilerdir. İnsanı insan yapan da taşıdığı ruh değil midir¹⁵⁶? Öte yandan bir klonun “*ben genetik olarak eşsiz değilim, bu yüzden insan değilim*” veya “*hiç varolmamayı tercih ederdim*” diyebileceği akla yakın gelmemektedir. Sonuçta klonlama bir üreme yöntemidir ve

¹⁵² Charles Foster, “Human Dignity in Bioethics and Law”, *Hart Publishing*, 2011, s. 81-82.

¹⁵³ The President’s Council on Bioethics: Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry..., s. 170; Foster, s. 81.

¹⁵⁴ The President’s Council on Bioethics: Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry..., s. 174; Foster, s. 81;

¹⁵⁵ Thomas Gutmann, “Auf der suche nach einem rechtsgut: Zur Strafbarkeit des Klonens von Menschen”, *Medizinstrafrecht*, Stuttgart, 2000 s. 364; s. Cin, s. 129

¹⁵⁶ Clark Garrison, “Who is Clone?” *J.A.M.A.*, December, 2002, s.261.

ortaya çıkan bir insandır. Klonlanmış olması bu insanın haklara ve onura sahip olmadığı anlamına gelmez.

iii. *Klonlama aile yapısı ve hısımlık derecesinin belirlenmesinde sorunlar meydana getirecektir*¹⁵⁷. Klonlanan kişi annesin veya babasının kardeşi mi yoksa çocuğu mu olacaktır, aralarında sosyolojik ve hukuki ne tür bir kan bağı tesis edilecektir. Bu husus gelecekte çözülmesi gereken önemli teknik sorunlardan biridir.

iv. *Kadın aleyhine ayrımcılığa yol açacaktır*. Zira bu yöntemde, üreme tedavisi gören kadınların hem psikolojik hem fiziksel olarak ağır baskıya maruz kaldıkları; yumurtanın alınması, embriyonun oluşturulması, embriyonun transferi gibi aşamalarda meydana gelecek travmaları öncelikli olarak kadınların yaşadığı ifade edilmektedir¹⁵⁸.

v. *Klonlama yönteminin askeri ve siyasi menfaatler için kullanılması durumunda insanlık medeniyeti büyük zarar görecektir*. Sözelimi; askeri ve siyasi alanda kullanılmak üzere koloniler oluşturulması, klonların bioterör yaratması ve kitle imha silahları haline dönüştürülmesi olasılıkları gibi. Bu bağlamda Nazi Almanyası'nda belirginleşen ve üstün ari ırk yaratmak amacıyla yapılan uygulamalar daha gelişmiş tekniklerle klonlamada vücut bulabilecektir. Daha dayanıklı, daha dirençli, bedenen ve mental olarak idealize edilmiş bir neslin oluşturulması insanlık açısından tedirgin edici bulunmaktadır¹⁵⁹. Ancak öjenizm tehlikesi bu gelişmelerden bağımsız olarakta mevcuttur ve salt klonlamanın ortaya çıkardığı bir sakınca değildir.

vi. *“Klonlama bir çeşit üretim demektir. Üretim ise araçsallaştırmadır.”* Buna göre bebekler doğaya özgü biçimde yapılmamakta (made) sadece bu yöntemle elde edilmektedir(begotten). Bu biçimde üretim haline geçildiğinde, insanlık kimliğinin kaybolması ve insanlık onurunun zedelenmesi en büyük risklerden biridir. Zira kişi olmak ile “şey” olmak arasındaki sınırın belirsizleşmesi mümkündür. Bir insana üçüncü kişilerin amaçları uğruna genetik müdahalede bulunmak, insanın bizatihi amaç olma durumunu ihlal eden bir araçsallaştırmadır. Zira bu durumda insanın özü, insanın salt insan olması ve taşıdığı özgün değer zedelenmektedir. Diğer yandan araçsallaştırma argümanının kabul etmeyen görüş; ebeveynlerin, sağlıklı ve kendilerine genetik olarak akraba bir çocuğa sahip olmak

¹⁵⁷ The President's Council on Bioethics: Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry..., s. 175.

¹⁵⁸ Foster, s. 82; Zengin, s. 181.

¹⁵⁹ Cin, s. 136.

amacıyla bu yöntemi seçebileceklerini ve böyle bir durumda, doğacak çocuğun başlı başına bir amaç olacağını ifade etmektedir¹⁶⁰.

SONUÇ

1- Biyotıp uygulamaları açısından insan onuru ile ilgili temel sorunlardan biri, bireysel özerklik ile insan onuru arasındaki ilişkide ortaya çıkmaktadır. Zira bazı durumlarda özerklik insan onurunun bir unsuru olarak ortaya çıkarken, bazı durumlarda, insan onuru kişisel özerkliği sınırlamak için kullanılmaktadır. Ve hatta kişiyi kendine karşı koruma aracı haline dönüşmektedir. Bu durumda insan onurunu korumak adına devletin özgürlüklere müdahale alanının genişlemesi sakıncası olduğu savunulsa da bireysel özgürlükler sınırlandırılırken asıl konu, anayasal yada yasal yönden getirilmiş güvencelere aykırı davranılmamış olmasıdır.

2- İnsan onuru kavramının yeniden ve güçlü bir biçimde gündeme gelmesinin önemli nedeni, Biyotıp alanında yaşanan gelişmelerin insan haklarına ve insan türünün devamına yönelik yeni tehditler doğurduğu varsayımıdır. *İnsan onurunun niteliği açısından, özellikle biyotıp uygulamaları bağlamında öne çıkan en önemli nokta da, insan onurunun bireysel olma yönünün yanı sıra, kolektif olma yönüdür.* Bu bağlamda son yıllarda, insan onurunun korunması ifadesi, salt bireyin içsel değerinin, özünün korunmasına anlamında değil, bir bütün olarak insanlık değerlerinin korunması biçiminde anlaşılmaktadır. Bireysel insan onurunda, somut bir biçimde insana yönelmiş korunan bir hak varken; kolektif insanlık onurunda, insan kimliği, insan yaşamı, gelecek nesiller gibi daha soyut kavramlar korunmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla, bugün insanlık onurunun kolektif olarak korunması gereğine daha çok vurgu yapılması gereklidir¹⁶¹.

3- Biyotıp uygulamalarında insan onurunun bireyi yetkilendirici bir hak olma özelliğinin yanı sıra birey açısından getirdiği yükümlülük, bir ödev niteliği taşımaktan çok bir gereklilik biçiminde ortaya çıkmakta, insan onurunun korunması açısından sınırlandırıcı değil koruyucu işlev görmektedir. Bireylerin kendileri rıza gösterse bile onurlarına yönelik tehditlerden korunmayı hak ettikleri kabul edildiğinde, kişinin kendine rağmen onurunun korunması bu yükümlülük kapsamında düşünülmelidir. Zira gerek insan onuruna saygı gösterilmesi, gerekse kolektif olarak

¹⁶⁰ Cin, s. 132.

¹⁶¹ Adnorno, s. 5

“insanlık onuru”nun korunması, insan onuru temelinde oluşan insan hakları fikrinin ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.

4- İnsan yapısının esas itibariyle biyolojik olduğunu kabul eden yaklaşım, insanın temel özelliklerinin değişim karşısında korunması gerektiğini ve türü değiştirecek düzeyde biyoteknolojinin kullanımının insanlığa karşı suç olduğunu kabul etmektedir. Ancak insan olmanın limiti var mıdır? Bunu kim ve nasıl belirleyecektir. İGT ile insanın fiziksel, bilişsel ve mental olarak kendini geliştirmesi karşısında insanlık onuru gerçekten tehdit altında mıdır? Tedavi amaçlı olsun veya olmasın, genetik müdahaleler ya da klonlama yöntemleriyle insanın kendi sınırlarını aşması, yeni sınırlar keşfetmesi gerçekten de insanlık türünün sonunun geldiği biçimde yorumlanabilir mi? Tüm bu sınırları aşarken gerçekten insanlık onuru nasıl korunabilir? gibi sorulara net bir cevap vermek zordur. Ancak belirtilmelidir ki, farklı yetenek ve kapasiteye sahip olsalar bile insanlar ahlaki ve hukuki açıdan eşittirler. Bir insanın diğerine oranla daha yetenekli, akıllı veya güzel olması, onun bu özelliklere sahip olmayanların üzerinde yer almasını sağlamaz. Hatta tüm insanların onura sahip olması bakımından eşit olduklarının kabul edilmesinin temelinde, bazı belirli kapasiteye sahip olanların diğerlerine hükmetmesinin engellenmesi yer almaktadır¹⁶². İnsanlar farklı yetenek ve kapasitelere sahip olsalar da onura sahip olmak bakımından eşittirler. Buna göre insan vücudunun sıradan bir obje biçiminde algılanması, temel değerlerini ve haklarını zedeleyecek biçimde muamele görmesi, gerek insanlık onuru gerekse insanlık onurunun üzerine oluşturulan temel değerler açısından kabul edilebilir değildir. Öte yandan bu gelişmeler ve uygulamaların insanlık onuru açısından tehdit edici yönlere sahip olduğu kabul edilse bile, insanlık çağlar boyu buna benzer tehditler altında kalmıştır ve bu tehditlere yabancı değildir. Dünyada nükleer enerjinin bulunması, atom bombasının yapılması, silahlanmanın artması, kimyasal silahların üretilmesi, doğanın sömürülmesi ve global ısınmanın başlaması ile birlikte insanın yaşarkalma sorunu ortaya çıkmıştır. Ayrıca ağır insan hakları ihlalleri, soykırım, insanlığa karşı işlenen suçlar da içinde yaşadığımız dünyanın acı gerçekleridir. Kan transferi, kürtaj, yapay dölleme, ötanazi, organ ve doku nakli gibi konular bugün büyük ölçüde genel bir uzlaşma zeminine oturmuşsa da, yakın geçmişin en tartışmalı meselelerini oluşturmuştur. O nedenle, biyoteknolojik gelişmeler karşısında insan onurunun korunması, bu gelişmelerle insanlığın sağlayacağı faydayı

¹⁶² Bostrom/Roache, “*Ethical Issues* s. 24.

görmezden gelen yaklaşımları titizlikle ayrımalı, konulara ihtiyatlı ama önyargılardan uzak biçimde yaklaşılmalıdır.

Çocuk sahibi olamayan bir çiftin klonlama yoluyla çocuk sahibi olması, genetik bozuklukların ayıklanarak sağlıklı nesillerin meydana gelmesi, dermansız birçok hastalığa çare bulunarak, insalığın çektiği acıların dindirilmesi ve insanın kendini gerçekleştirme bu teknolojiler sayesinde mümkün olacak ise, bunların toptancı bir anlayışla yasaklanmasının da insanlık onurunun zedelenmesi sonucunu doğurabileceği akılda tutulmalıdır. Çünkü insanlık tarihi varolmasından bugüne dek, korkulan tüm senaryolara rağmen kendini koruyarak ve kendini gerçekleştirerek gelmiş, yeniliklere kendini adapte edebilmiştir. Atalarımızın gözünden bakıldığında, bizler de internet kullanan, dünyanın her yeriyle anında bağlantıya geçebilen, akıllı cep telefonlarıyla görüntülü iletişim kuran, dünyanın yuvarlak olduğunu bilen!, birçok hastalığın mikrobunu yeryüzünden silmiş, yaşam süresini uzatmış, yaşlanmayı geciktirmiş, kalp naklini gerçekleştirmiş, roket ve uçağı keşfetmiş, buna benzer birçok yeniliğe ayak uydurmuş post-insanlar sayılabiliriz.

Dolayısıyla, hukuk düzenlemelerin amacı koşulsuz yasaklamalarla bu gelişmeyi durdurmak değil, bu gelişmeler yaşanırken insan onuruna uygun biçimde sürecin daha tutarlı ve sağlam biçimde yol almasını sağlamak olmalıdır. Bu bağlamda, ortak davranış ve etik kurallarının geliştirilmesi, uluslararası işbirliğine duyulan gereksinim konusunda farkındalığın artırılması, yeniliklerin şeffaf bir biçimde kamuoyu ile paylaşılması ve tartışılması, insan onurunu zedeleyebilecek yöntemlerle ilgili hukuki denetimlerin artırılarak kontrolsüz çalışmaların en aza indirgenmesi önerilebilir.

KAYNAKÇA

- Adorno, Roberto. "The Dual Role of Human Dignity in Bioethics." *Medicine, Health Care and Philosophy* (2011): 5.
- Alpinar-Sencan, Zümrüt. "A Social Understanding of Dignity: A Promising Approach in the Organ Selling Debate." *Bioethica Forum*, (2014): 149.
- Annas, George. **American Bioethics: Crossing Human Rights and Health Law Boundries**. Oxford University Press, 2005.
- Arslan, Kahan Onur. "İnsan Onuru Kavramı İnsan Onuru Kavram Ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması" (çevrimiçi)<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-120-1511>, 23.07.2018.

- Aşar, Haluk. "İnsan Hakları Düşüncesinin Temeli Olan İnsanın Onuru Sorunu." *Felsefe Dünyası* 1 (2014): 234.
- Aydemir, Firdevs and Gülzade Uysal. "Genetik, Genomik Bilimi ve Hemşirelik." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Elektronik Dergisi* (2010): 96.
- Aydın, Erdem. **Tıp Etiğine Giriş**. Ankara: Pegem, 2001:4.
- Aydın, Turhan. "İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2013): 375.
- Beyleveld, Deryck; Brownsword Roger, **Human Dignity in Bioethics and Biolaw**, Oxford University Press; 2004.
- Bostrom, Nick. "In Defense of Posthuman Dignity." *Bioethics* 19.3 (2005): 202.
- Bostrom, Nick. "The Transhumanist FAQ." (2003): 7-14.
- Bostrom, Nick and Rebecca Roache. "'Ethical Issues in Human Enhancement" **New Waves in Applied Ethics** içinde; Ed. Jesper Ryberg, Thomas Petersen and Clark Wolf. 2008: 120.
- Barilan, Michael. **Human Dignity, Human Rights and Responsibility**, *MIT Press*, 2012, s. 93-95.
- Brownsword, Roger. "Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity." **Human Rights in Private Law** içinde; Ed. Daphne Barak Eren Daniel Friedmann. Oregon: Hart Publishing, 2001.
- Brownsword, Roger. "Human Dignity From A Legal Perspective." **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives** içinde; Ed. Jens Braarvig, Roger Brownsword and Diether Mieth Marcus Düwell. Cambridge University Press.
- Cin, Onursal. "Üreme Amaçlı Klonlamanın Cezalandırılabilirliği Üzerine Etik ve Hukuki Argümanlar." *SÜHFD*, 11 (2003): 129.
- Council of Europe, No:164, Preamble, "European Treaty Series." Avrupa Konseyi Resmi Sitesi.
- Çakar, Ayşe Seymen. "Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru." 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu. Antalya: Umut Vakfı Araştırma Merkezi 2013.
- Çetin, Başak Işıl. "Gen-Etik" Bilgi ve Çalışma Hayatında Ayrımcılık: Türkiye İçin Proaktif Bir Model Önerisi." *İş Ahlakı Dergisi* (2017): 8.
- Dadak, Kemal. "Yeni Kuşak Hak Olarak Çevre Hakkı." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2015): 314-315.
- D, David Beyleveld and Brownsword Roger. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. Oxford University Press, 2004.

- Demir, Aysel. "Etik Açından İnsan Genom Projesi." İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimleri Dergisi (2013): 318.
- Deryck, Beyleveld "**Human Dignity in Bioethics and Biolaw**" Oxford Scholarshiponline, 2012:113-124.
- Doğan, İlyas. "Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş." Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2 (2005):53.
- Dürig, Günter. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Archiv für öffentliches Recht 2, 1956.
- Dworkin, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1994: 236.
- Egesoy, Halit, Hayrettin Gümüşdağ and Kartal Alpaslan. "Gen Dopingi ve Sportif Performans." Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (2013): 71-85.
- Emini, M.Emin. "Hak Kavramı." Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 12 (2004): 204.
- European Parliament. "Human Enhancement Study." Science and Technology Options Assesement. 2005. 5-6.
- Fenton, Elizabeth. **Genetic Enhancement-A Threat To Human Rights**. Blackwell Publishing, 2005:4
- Foster, Charles. "Human Dignity in Bioethics and Law". Hart Publishing, 2011: 81-82.
- Fukuyama, Francis. **İnsan Ötesi Geleceğimiz**. Çev. Çiğdem Aksoy Fromm. Ankara: ODT, 2003.
- Garrison, Clark. "Who is Clone?" J.A.M.A (2002): 261.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007:935-936.
- Genetik Terimler Sözlüğü. *Sinogenetik Kavramlar*. İstanbul: Türk Hemotoloji Derneği.
- Gören, Zafer. **Anayasa Hukuku**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Gutmann, Thomas. "Auf der suche nach einem rechtsgut: Zur Strafbarkeit des Klonens von Menschen ." Medizinstrafrecht (2000): 364.
- Gül, Cengiz. "Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısından İnsan Onurunun Korunması Hakkı." Hukuk,Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi e-akademi, (2010): 1.
- Gürbüz, Nagehan. **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**. İstanbul: On İk Levha Yayıncılık, 2014.
- Habermas, Jürgen. **İnsan Doğasının Geleceği**. Çev. Kaan H. Ökten. İstanbul: Everest Yayınları, 2003:33.

- Haferkamp, Björn. "The Concept of Human Dignity:An Annotated Bibliography." **Sanctity of Life and Human Dignity:An Annotated Bibliography** içinde, Ed. Kurt Bayertz. 284.
- Heinzman, Richard. "İnsan ve İnsan Onuru- Toplumsal Yaşam İçin Etik ve Ahlak ." 2010. (çevrimiçi)www.konrad.org.tr/Islam. 22.07.2018.
- Holm, Soren. "A Life in the Shadow: One Reason Why We Should Not Clone Humans." *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 7 (1998): 160-161.
- "Human Enhancement" A Discussion Document, *Conference on European Churches*.(çevrimiçi)http://www.ceceurope.org 22.07.2018
- Janet Brewer. "Health Law, Human Rights and the Biomedical Convention: Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing." *Medical Law Review* 15 .1 (2007):136
- Kaboğlu, Ö. İbrahim. "Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri." *İnsan Hakları Yıllığı*: 37-48.
- Kaboğlu, Ö. İbrahim. "İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği ve Anayasa Yargısı." *Anayasa Yargısı* 9 (1992): 123.
- Kain, Eric. "The Politics of Biology: Bioproggressives vs. Bioconservatives" (çevrimiçi)https://www.forbes.com/sites/erikkain/2012/02/22, 10.07.2018
- Kant, Immanuel. **Groundwork of Metaphysic of Morals**. Çev. H.J. Paton. London: Harper Torchbook Edition.
- Kass, Leon .R. "Ageless Bodies Happy Souls: Biotechnology and The Pursuit of Perfection." *The New Atlantis* (2003): 20.
- King, David S. "Preimplantation Genetic Diognasis And The New Eugenics." *Journal Of Medical Ethics* 25 (1999): 176-182.
- Klaus Stern. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik* (çevrimiçi) <https://d-nb.info/941326322/04> 25.07.2018
- Kuçuradi, İoanna. **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 1982.
- Livanelioğlu, K. "Sporda Gen Dopingi Uluslararası Sempozyumu", 1998.
- Lukov, Pawel. "Difficult Legacy: Human Dignity as the Founding Value of Human Rights." *A Human Rights Review*: 1-17.
- Maradiegue, Ann. "A Resource Guide for Learning About Genetics." 2008. <http://ojin.nursingworld.org/MainMenuCategories>.
- Midgley, Mary. "Towards an Ethic of Global Responsibility." **Human Rights in Global Politics** içinde Ed. T. Dunne and N.J. Wheeler. Cambridge: Cambridge University Press, 1990: 160.
- Naser, Curtis. "High Speed Genetic Testing Technology and the Computerization of the Medical Record." **Genetic Information;** *YUHFD Vol. XV No.2 (2018)*

- Acquisition, Access and Control** içinde Ed. Alison Thompson and Ruth Chadwick. 1999:105.
- National Bioethics Advisory Commission Reports On Cloning Human Beings. (çevrimiçi) <http://www.bioethics.gov/bioethics/pubs.html>. 7.3.1997." 22.07.2018.
- National Health and Medical Research Council. *Ethical Guidelines*. Appendix C3 vols. 2007.
- Nelkin, Dorothy. "The Gene as a Cultural Icon." *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 7 (1998): 145.
- Neumann, Ulfried. "Die Würde des Menschen, in der Diskussion um Gentechnologie und Befruchtungstechnologien", *ARSP*, Wiesbaden.1998:154.
- Oduncu, Fuat S. "Klonierung von Menschen-biologisch-technische Grundlagen, ethischrechtliche Bewertung." *Ethik in der Medizin* (2001): 111.
- Öztürk, Bahri and Mustafa Ruhan Erdem. **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**. Ankara: Seçkin, 2001.42.
- Parfenchyk, Volha and Alexander Flos. "Human Dignity in a Comparative Perspective: Embryo Protection Regimes in Italy and Germany." *Law Innovation and Technology* (2017): 13.
- Parker, Lyn. "Reshaping The Human Condition Exploring Human Enhancement." Foreword. Ed. Huub Dijnstbloem, Danielle Ringoir and Zonneveld Leo. Rathenau Institute, 2008: 9.
- Rashnonejad, Afrooz, B. Durmaz and Ferda Özkınay. "Gen Tedavisinin Temel İlkeleri ve Son Gelişmeler." *Ege Tıp Dergisi* (2014): 231-240.
- Rendtorff, Trutz and Ludwig Winnacker. *Menschenwürde und Medizinische Konfliktfälle*. Berlin, 2000.
- Riggs, Leslie. "Teknoloji İle Değişen İnsan: Post-Human." (çevrimiçi) <http://www.theposthuman.org/uploads/8/8/7/7/8877263>, 15.07.2018
- Riley, Margaret Foster. "A Critique on Human Cloning and Human Dignity: The Report of the President's Council on Bioethics. 20 (2004): 475.
- Rossenau, Hennig. "Yeniden Canlı Üretimi, Tedavi Edici Klonlama Tartışmaları ve Alman Kök Hücre Kanunu". **Tıp ve Ceza Hukuku** içinde Ed. Yener Ünver. Çev. Hakan Hakeri. Ankara: Seçkin, 2004: 66.
- Rumi, Mevlana Celaleddin. **Mesnevi**. Çev. Veled Çelebi İzbudak. Doğan Kitap, 2015.
- Saliger, Frank. "Das Verbot des Reproduktiven Klonens nach dem 1. Zusatzprotokoll zum Menschenrechtsübereinkommen." *Türk Alman Tıp*

- Hukuku Uluslararası Sempozyumu. Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, 2005: 153.
- Savulescu, Julian. "Procreative Beneficence: Why We should Select The Best Children ." *Bioethics* (2001): 413-426.
- Schroeder/, Doris and AbolHassan BaniSadr. "Dignity in the 21st Century". Springer, 2017.
- Sensen, Oliver. **Kant on Human Dignity**. De Gruyter, 2011.
- Seyalioğlu, İrem, et al. "Klonlamaya Genetik, Etik ve Hukuksal Açından Yaklaşım." *Adli Tıp Dergisi* (2017): 2.
- Singer, Peter. **Hayvan Özgürleşmesi**. Çev. Hayrullah Doğan. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2002.
- Stoecker, Ralf. "İnsan Onuru ve Rencide Paradoksu." *Menschenwürde - Annäherung an einen Begriff*. Çev. Büşra Çakıl. 2006: 133-151.
- Tural, Ş; Tural, E; Kara, N.Ağaoğlu, "Sporda Gen Dopingi" *Selçuk Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Bilim Dergisi*, 2011: 253-260.
- Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması** . Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999.
- Tacir, Hamide. **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**. İstanbul: On İki Levha , 2010: 95-96.
- Tacir, Hamide. "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi Nur Centel'e Armağan* 19. (2013): 1304.
- Tarakçıoğlu, Sait. "Genetik Mühendisliği ve Spor." *Türkiye Klinikleri Spor Bilimleri Dergisi* (2013): 49.
- Tauscher, Soner. "Genetik Teknolojisinin Siyasi ve Etik Sınırları: Genetiği Yönetmek." *International Journal of Political Studies* 1 (2015): 5.
- The President's Council on Bioethics: Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry . *Issues in Law and Medicine* 18 (2002): 171.
- Topakkaya, Arslan. "H. Jonas'ta İnsan ve Doğanın Değeri." *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, 15 (2013): 45.
- Turgut, Cemile. "Preimplantasyon Genetik Tanı, Testlerinin Hukuki Boyutu ve Biyoetik." *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (2017): 182.
- "Türk Dil Kurumu, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*." (çevrimiçi) <http://tdkterim.gov.tr>. 25.07.2018
- Uygur H. Tazebay. "Genetik Araştırmalar ve Etik." *Avrasya Dosyası* (2002): 60.

- Uygun, Oktay. "Çağımızın İnsan Onuruna Yönelttiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi". **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik** içinde; İstanbul: On İki Levha, 2011: 46.
- Yerdelen, Erdal. "Klonlamanın (Kopyalama) Ceza Hukukundaki Yeri?". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63.3 (2014): 660.
- Zengin, Mehmet Ali. **Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması**. Adalet Yayınevi, 2012.

KARARLAR

- Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1966 tarihli, E. 1963/132, K. 1966/29 sayılı kararı, (çevrimiçi), <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> 25.07.2015.
- BVerwGE 64, 274 - Sittenwidrigkeit von Peep-Shows Materielle Begründung, (çevrimiçi) <http://www.servat.unibe.ch/dfr/vw064274.html> 26.07.2018.
- Laskey, Jaggard ve Brown v. United Kingdom, (App. No: 21627/93, 21826/93, 21974/93, § 36), European Court of Human Rights (ECHR) of 19 February 1997, (çevrimiçi) <http://www.hrcr.org/safrica/privacy/Laskey.html>, 25.07.2018.
- Manuel Wackenheim vs France. No. 854/1999, (2002), Selected Decisions Of the Human Rights Committee under The Optional Protocol: Seventy-fifth to eighty-fourth sessions (July 2002 – July 2005), Vol: 8, United Nations, 2007, s. 110-114, 28.07.2018.
- (çevrimiçi)
<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol8en.pdf>, 23.07.2018
- Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin in der Bundesstadt Bonn,(Case No. 36/02), Judgement of the European Court of Justice (EJC), 2004. (çevrimiçi)
(<http://curia.europa.eu/juris/showPdf>, 22.07.2018.

‡ AMERICAN FEDERAL APPROACH TO TORT LIABILITY OF GOVERNMENT FOR ACTS OF ITS EMPLOYEES

(İDARENİN PERSONELİNİN HAKSIZ MUAMELELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUNA AMERİKAN FEDERAL YAKLAŞIMI)

Dr. Öğr. Üyesi Özge Atıl KAYA * **

ABSTRACT

The Federal Tort Claims Act, enacted by the United States Congress, allows people injured by the tortious or negligent acts of federal employees to bring an action against the federal government for several types of torts perpetrated by government employees while acting within the scope of their employment on behalf of the United States government. By allowing people to sue the federal government, the Federal Tort Claims Act clearly waives the sovereign immunity of the United States from legal actions regarding tort. However, while enacting this Act, Congress balanced this purpose with the congressional interest in limiting that waiver by providing several statutory exceptions. Furthermore, several other statutes also preclude or have been interpreted to preclude suits under the Federal Tort Claims Act.

This study contains a review of the Federal Tort Claims Act for the Turkey's judicial system and remedy mechanism to get an alternative and new perspective on the interpretation and understanding of the concept of tort liability of Turkish government.

Key Words: Federal Tort Claims Act (FTCA), United States (US), Turkey, tort, liability, government.

ÖZ

Birleşik Devletler Meclisi tarafından kabul edilen Federal Haksız Muamele İddiaları Yasası, bireylere, federal idare çalışanlarının Birleşik Devletler adına yürüttükleri görevleri kapsamında işledikleri belirli tiplerdeki haksız veya ihmali davranışlar neticesinde zarar görmeleri durumunda, federal idareyi dava etme hakkı verir. Yasa, bireylere federal idareyi dava etme hakkı verirken, açıkça Birleşik Devletlerin haksız muamelelere ilişkin yargı dokunulmazlığını ortadan kaldırır. Fakat, Meclis,

‡ Eserin Dergimize geliş tarihi: 6.08.2018. İlk hakem raporu tarihi: : 04.10.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 15.10.2018. Onaylanma Tarihi: 18.10.2018.

* Karadeniz Teknik Üniversitesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7618-6935

bu yasayı kabul ederken, yasanın getirmiş olduğu bu yargı dokunulmazlığı feragatini bazı yasal istisnalar sağlayarak dengeler. Öyle ki bazı başka yasalar da açık veya zımni olarak Federal Haksız Fiil İddiaları Yasası kapsamında dava açılmasına engel olur.

Bu çalışma, Türk yargı sistemi ve hukuki himaye mekanizmasının, Türk idaresinin haksız fiil sorumluluğu kavramına ilişkin alternatif ve yeni bir bakış açısı ve anlayışı kazanmasını sağlaması fikriyle, Federal Haksız Fiil Davaları Yasası'nın değerlendirilmesini içerir.

Anahtar Kelimeler: *Federal Haksız Fiil İddiaları Yasası (FTCA), Birleşik Devletler (US), Türkiye, haksız fiil, sorumluluk, idare.*

1. INTRODUCTION

You might presume that government itself should compensate its citizens when they are injured by unlawful acts or omissions of any employee of the government. However, American law system developed in the opposite direction. Adopting from the idea of the English principle that “the King can do no wrong,”¹ early United States (US) courts had jurisdiction in tort² (negligent) actions against the government only to the extent that Congress (legislative branch) itself consented to a cause of action against the government.³

This ancient principle is a key fundamental of a common-law doctrine of sovereign immunity for the English sovereign, which provides that a king is immune from his tortious acts.⁴ Borrowing this approach, it shortly became an absolute rule for American citizens seeking relief against the US government; the federal government was immune from liability for damages unless it consented to be sued.⁵ Even so, people injured by tortious or

¹ Gannon, John S., Federal Tort Claims Act-Seeking Redress Against the Sovereign: Balancing the Rights of Plaintiffs and the Government When Applying Federal Rule of Civil Procedure 15(c) to FTCA Claims, 2007, W. New Eng. L. Rev., Vol. 30, p. 232-33.

² The US legal system chooses the word of “tort” to describe commonplace negligence of government employees for their wrongful acts or omissions.

³ Figley, Paul F., Understanding the Federal Tort Claims Act: A Different Metaphor, 2009, Tort Trial & Ins. Prac. L.J., Vol. 44, p.1107.

⁴ Gannon, *supra* note 1, at 233.

⁵ *Id.* at 233-34 (The US Supreme Court upheld this doctrine in a huge number of decisions during the 19th century.); United States v. Testan, 424 U.S. 392, 399 (1976); Rosenthal, Lawrence, A Theory of Governmental Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings, 2007, U. Pa. J. Const. L., Vol. 9, p.801 (This body of law, however, only protects the US government from being sued; federal government employees can be liable for their own unlawful and tortious acts when engaging in the dimensions of employment.)

wrongful activities of government employees could seek money remedies by petitioning to Congress for private bills.⁶

Over the years, some legal experts and lawmakers have suggested that allowing tort claims against wrongful acts or omissions of the federal government that cause damage would ensure significant motivation to inspire the US and its employees to abstain from committing unlawful acts and to locate compliance within the boundaries of law.⁷ This suggestion was basically based on the fact that the Congress's billing process was demanding task to Congress⁸ and was a costly way for damaged citizen plaintiffs.⁹

The significant increasing annoyance surrounding the implementation of the doctrine of sovereign immunity showed that legitimate law was seriously required to get rid of governmental immunity from suits for tortious or unlawful acts of government employees.¹⁰ Thus, in 1946, Congress enacted the Federal Tort Claims Act (FTCA) as part of the Legislative Reorganization Act of 1946, waiving governmental sovereign immunity within the context of tort for actions of government employees.¹¹ The overall purpose of the FTCA is to create a tort (commonplace negligence) remedy for those who were injured by unlawful or wrongful acts or omissions of federal employees working on behalf of the US government.¹²

The ultimate goal of this article is to scrutinize the implementation and evaluation of the FTCA with regards to legal, administrative, and

⁶ Bain, Adam & Colella Ugo, *Revisiting Equitable Tolling and the Federal Tort Claims Act: Putting the Legislative History in Proper Perspective*, 2000, *Seton Hall L. Rev.*, Vol. 31, p. 189; Gannon, *supra* note 1, at 235.

⁷ Jr., Richard J. Pierce, *Administrative Law*, 2008, Hudson Street, New York, Foundation Press, p. 167.

⁸ Cann, Steven J., *Administrative Law*, 2006, Thousand Oaks, California, Sage Publications, p. 455 (While between the years of 1927-29, Congress passed 336 bills regarding the subject, between the years of 1929-145, 408 bills passed.).

⁹ Wexler, Elena, Note, Section 2401(B) Reconfigured: *Irwin v. Department of Veterans Affairs Leads to the Right Result for the Wrong Reasons*, 2006, *Fordham L. Rev.*, Vol. 74, p.2933; Gannon, *supra* note 1, at 235.

¹⁰ Gannon, *supra* note 1, at 236.

¹¹ *Id.*; Figley, *supra* note 3, at 1109.

¹² Gannon, *supra* note 1, at 236; Figley, *supra* note 3, at 1105.

jurisdictional issues of it.¹³ The chapter following this introduction is dedicated to the review of the general analysis of the current structure and scope of the FTCA. The chapter is designed to give the reader the background information needed to understand later sections by presenting the historical background, emergence, scope, and prior conditions of the FTCA. The third chapter introduces statutory bars that prevent tort victims of the government from bringing an action under the Act. The fourth chapter briefly analyzes the concept of tort liability of Turkish government in order to help readers to distinguish between American and Turkish approaches and to better understand the prominent features of the FTCA. Finally, the fourth chapter provides the conclusion of the study by presenting the main findings of the research.

Such analyses are significant for the legal system and judicial solution mechanism of Turkey to get a different and new perspective on the interpretation and understanding of the concept of tort liability of government. This is because, first, principles regarding government liability in Turkey have substantially been developed in accordance with judicial decisions so traditional Anglo- American judge –made-law is essentially meaningful for the matter here.¹⁴ Second, for many years, Turkish judicial interpretation of government liability in tort has been a complex and confusing matter as courts have been unpredictable in either extending or limiting tort liability for acts of government employees.¹⁵ This lack of certainty is a good reason to take a glance at the implementation of the other state's law. In this regard, American law system, contrary to what is believed, is not that distant and irrelevant; rather, is a systematic and detailed model for Turkey.¹⁶

¹³ This study is limited to tort liability of federal government in order to eliminate highly possible confusion might be caused by the fact that liability rules differ at federal, state, and local levels.

¹⁴ Gözübüyük, Şeref/ Tan, Turgut, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar [Administrative Law Book 1 General Principles], 11th Edition, 2016, Kızılay, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları [Turhan Bookstore Publications], p. 729-31; Tan, Turgut, İdare Hukuku [Administrative Law], 5th Edition, 2016, Kızılay, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları [Turhan Bookstore Publications], p.438-41.

¹⁵ Tek, Savaş, İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu [Governmental Liability in Administrative Law], 2010, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi [Journal of Turkey Justice Academy], Vol. 1, p. 315-16.

¹⁶ Berkarda, Kemal, Amerika'da İdare Hukuku Var mı? [Is There Administrative Law in America?], 2000, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi [Journal of Administrative Law and Its Disciplines], Vol.13, p. 87, 107.

2. THE GENERAL REVIEW OF THE FTCA

2.1. Historical Background and Emergence of the FCTA

The FTCA of 1946 enacted in the same year as the Administrative Procedure Act (APA)¹⁷ provides a tort remedy for private parties damaged by negligent or other wrongful acts or omissions of any employee of the federal government while acting within the scope of their employment.¹⁸

Prior to the enactment of the FTCA, when people were damaged by the negligent acts of government or a government employee, they could not bring an action against the US in federal courts to recover damages.¹⁹ They could only apply to Congress for private bills of relief.²⁰ This implementation was based on the doctrine of sovereign immunity that arises from the ancient English rule that “the King can do no wrong”.²¹ The doctrine, basically, provides that people can commence a tort action against the government to the extent that the government itself gives consent to be sued.²²

The doctrine of sovereign immunity was an underlying need to create and enact the FTCA.²³ Under the American understanding and acceptance of the doctrine, in essence, the federal government was immune from liability for damages caused by tortious acts of federal employees unless it gave permission to be sued.²⁴ Even so, Americans damaged by negligent or wrongful behaviors of government employees could seek monetary relief, petitioning to Congress for private bills.²⁵ In the early days of the US, sovereign immunity was absolutely accepted and applied

¹⁷ The APA does not require the federal government or its employees to pay damages to those who injured by negligent or unlawful acts of the government. It, however, allows a court to annul and remand a government action when it decides that the government action is against the law in some ways. (Pierce, *supra* note 7).

¹⁸ Gannon, *supra* note 1, at 232; Pierce, *supra* note 7; Figley, *supra* note 3, at 1105.

¹⁹ Cann, *supra* note 8.

²⁰ Gannon, *supra* note 1, at 235; Cann, *supra* note 8; Bain & Colella, *supra* note 6.

²¹ Asimow, Michael R., *Administrative Law*, 14th Edition, 2008, Thomson\ West Press, p.180; Harrington, Christine B. / Carter, Lief H., *Administrative Law and Politics*, 4th Edition, 2009, 2300 N Street, Washington, DC, CQ Press, p. 337.

²² Asimow, *supra* note 21.

²³ Figley, Paul F. / Tidmarsh, Jay, *The Appropriations Power and Sovereign Immunity*, 2009, Mich.L.Rev., Vol. 107, p. 1207; Figley, *supra* note 3, at 1107.

²⁴ Rosenthal, *supra* note 5. (However, according to the doctrine of sovereign immunity, federal employees are personally liable for their wrongful or unlawful acts while acting within the scope of their employment.); Gannon, *supra* note 1, at 233-34.

²⁵ Gannon, *supra* note 1, at 235; Bain & Colella, *supra* note 6.

throughout the country.²⁶ However, as the government extended its functions –simultaneously increasing the number of unlawful or wrongful acts caused by government employees-²⁷, this billing process was considered by Congress as kind of “unsatisfactory, and an outright failure”.²⁸ Congress, also started to relax the doctrine of sovereign immunity in many situations such as suits against the government caused by maritime and contract torts.²⁹

The huge and growing dissatisfaction with regard to the practice of the doctrine of sovereign immunity, along with “Congress’s partial waiver of immunity” in some circumstances, showed that law in that period was necessarily needed to dismiss governmental immunity from suits for negligent or wrongful behaviors of government employees.³⁰ Additionally, the Congress’s billing process of tort claims was often technically or financially difficult for damaged plaintiffs and troublesome and time-consuming enough to cause difficulties for Congress.³¹ Consequently, in 1946, Congress passed the FTCA within the Legislative Reorganization Act of 1946, waiving sovereign immunity in the context of negligent or tortious claims against the federal government.³²

2.2. Scope of the FTCA

When it enacted the FTCA, Congress specified the scope of the Act. Section 1346(b) expressly provides federal district courts with exclusive jurisdiction over tort or negligence claims for which the American government has declared itself liable by waiving its sovereign immunity.³³

Accordingly, the FTCA covers claims that are: “against the United States, for money damages, ... for injury or loss or property, or personal injury or death caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, under circumstances where the United States, if a private

²⁶ Fox, William F., *Understanding Administrative Law*, 5th Edition, 2008, Newark, NJ, Matthew Bender & Company, Inc., p. 327.

²⁷ Wexler, *supra* note 9; Gannon, *supra* note 1, at 234.

²⁸ Gottlieb, Irvin M., *Tort Claims Against the United States*, 1942, *Geo. L. J.*, Vol. 30, p. 464; Read, Daniel Shane, *The Court’s Difficult Balancing Act to be Fair to Both Plaintiff and Government Under the FTCA’s Administrative Claims Process*, 2005, *Baylor L. Rev.*, Vol. 57, p. 785, 89; Gannon, *supra* note 1, at 235.

²⁹ Wexler, *supra* note 9, at 2935; Gannon, *supra* note 1, at 235-36.

³⁰ Gannon, *supra* note 1, at 236.

³¹ Wexler, *supra* note 9; Gannon, *supra* note 1, at 235.

³² Figley, *supra* note 3, at 1109; Gannon, *supra* note 1, at 236.

³³ Figley, *supra* note 3, at 1110.

person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred.”³⁴ If any claim does not fall within the specific language of the Section 1346(b), courts lack subject matter jurisdiction to hear FTCA suits.

To better understand the scope of the FCTA, it is necessary and helpful to more deeply analyze the language of the Section 1346(b). In this regards, in order to fall within the Section 1346(b), first, a claim must be “against the United States.”³⁵ In other words, the FTCA allows only the US to be sued. Second, money damages is the only remedy accessible under the Section 1346(b); a claim must seek money damages.³⁶ Third, a claim must be only “for injury or loss of property, or personal injury or death.”³⁷

Four, a claim must be “caused by the negligence or wrongful act or omissions.”³⁸ Therefore, the FTCA does not include claims for absolute or strict liability.³⁹ Five, “the negligence or wrongful act or omission” must belong to an “employee of the Government.”⁴⁰ In this regard, the FTCA does not apply to tortious or negligent acts of employees of the District of Columbia or territorial governments.⁴¹ Six, the Section 1346(b) covers torts of government employees “acting within the scope of their office or employment.”⁴² Therefore, the FTCA suits cannot be used for omissions or acts that are not fit in the scope of the employment.⁴³

Seven and last, the Section 1346(b) applies only to negligent or wrongful acts or omissions “under circumstances where the United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred.”⁴⁴ This approach indicates that

³⁴ 28 U.S.C. § 1346(b).

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*

³⁹ Figley, *supra* note 3, at 1111. (For instance, according to the US Supreme Court, the FTCA does not support claims arising from sonic booms.)

⁴⁰ 28 U.S.C. § 1346(b).

⁴¹ Figley, *supra* note 3, at 1112.

⁴² 28 U.S.C. § 1346(b).

⁴³ Fox, *supra* note 26, at 332. (For instance, if an off-duty government employee has a car accident while on vacation will not be found liable under the FTCA because she is not operating her service or duty at that time. However, if a government employee is involved in a car accident while driving a cabinet officer to a Senate meeting will be sued under the FTCA.)

⁴⁴ 28 U.S.C. § 1346(b).

Congress intended not to formulate new circumstances of action while enacting the FTCA; instead, it inclined to create the US liability in the same direction with private person liability in tort under actual and progressive tort law of the states.⁴⁵ This resulted in the US government being liable to the same extent as a private person for tort. In other words, unless there is an actionable duty according to state law against a private person, the federal government cannot be sued in tort.⁴⁶

To sum up, in order for a claimant to be successful in his tort or negligence claim against the US government under the FTCA, he must meet all the above-mentioned criteria. In the absence of any of these criteria, there can be no FTCA subject matter jurisdiction over tort claims.

2.3. Prior Conditions for FTCA Suits

Prior to a FTCA suit can be initiated on a claim that fall within the specific language of the Section 1346(b), claimants must primarily satisfy the procedural conditions (statutory prerequisites) of the Act.

The first FTCA condition is for a claimant to comply with the administrative reliefs established by the Act itself. The FTCA rules, “[an] action shall not be instituted upon a claim against the United States for money damages ... unless the claimant shall have first presented the claim to the appropriate Federal agency...”⁴⁷ In order to meet this condition, the claimant who has been damaged by acts or omissions that fall within the FTCA must submit an administrative claim for compensation to the “appropriate Federal agency” and grant permission that agency six months in which to settle or deny the claim before the claimant can bring a suit in federal courts under the FTCA.⁴⁸ Consequently, failure to file an administrative claim before filing a suit under the FTCA causes dismissal of the suit.

The second condition is that a suit under the FTCA must be filed within the Act’s two different version of statutes of limitations.⁴⁹ The first FTCA statute of limitations requires that claimants must bring their administrative claims based on tort or negligence against the “appropriate federal agency”

⁴⁵ Conk, George W., Will the Post 9\11 World Be a Post-Tort World?, 2007, Penn St. L. Rev., Vol. 112, p. 247; Figley, *supra* note 3, at 1114.

⁴⁶ Figley, *supra* note 3, at 1114.

⁴⁷ 28 U.S.C. § 2675(a).

⁴⁸ Pierce, *supra* note 7, at 167-68.

⁴⁹ Figley, *supra* note 3, at 1120.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

within two year after the claims accrues.⁵⁰ The second one, additionally, requires that FTCA suits must be filed within six months of the refusal of administrative claims.⁵¹ As a consequence, there can be no suits under the FTCA unless both of these two statute of limitations requirements are met.

The third and the last condition is that a FTCA suit must be filed in the accurate or appropriate court.⁵² In this regard, only federal district courts have subject matter jurisdiction to hear tort or negligence claims against the US government for acts or omissions of its employees.⁵³ The appropriate venue is a federal district where “plaintiff resides or wherein the act or omission complained of occurred.”⁵⁴

If both all these three above-mentioned conditions and the Section 1346(b)’s criteria are met, a claimant is very like to achieve his claim against the US government for tort or negligent acts or omissions of its employees under the FTCA. Otherwise, in the absence of one of these elements, the claimant cannot use FTCA suits as a tort remedy.

3. CONTOURS OF THE FTCA

3.1. Exceptions Within the FTCA

The overall purpose of the FTCA is to provide a balance and equal remedy for people damaged by tortious or negligent acts or omissions of government employees working in their administrative or governmental positions by waiving sovereign immunity. However, when Congress enacted the FTCA, it sought to balance this intention with the congressional interest in limiting that waiver by including numerous statutory exceptions.⁵⁵ If one of the FTCA exceptions applies, the hindrance of sovereign immunity continues.⁵⁶ There are also some other statutes that preclude or have been construed to preclude suits under the FTCA, which will be mentioned later on.⁵⁷

The first FTCA exception is contained in Section 2680(a) of the Act, which applies to “any claim based upon an act or omission of an employee of the Government, exercising due care, in the execution of a statute or

⁵⁰ 28 U.S.C. § 2401(b).

⁵¹ *Id.*

⁵² Figley, *supra* note 3, at 1121.

⁵³ *Id.*; 28 U.S.C. § 1346(b).

⁵⁴ 28 U.S.C. § 1402(b).

⁵⁵ 28 U.S.C. § 2680(a)-(n).

⁵⁶ *Dolan v. U.S. Postal Serv.*, 546 U.S. 481, 485 (2006).

⁵⁷ Figley, *supra* note 3, at 1122.

regulation, whether or not such statute or regulation be valid or based upon the exercise or...”⁵⁸ This means that it bans FTCA suits when a course of action of government employees exercised with due care that is empowered by a law or regulation. For example, in *Welch v. United States*, the 4th Circuit barred a FTCA suit in which an immigrant held in custody for 422 days according to the relevant law.⁵⁹

The second exception included in the FTCA is the discretionary function exception of Section 2680(a).⁶⁰ It reads as follows: the provision of this chapter ... shall not apply to... “any claim ... or based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the Government, whether or not the discretion involved be abused.”⁶¹ The declared purpose of that exception is to help government employees to freely perform their acts of discretion and to make their decisions without fear or hesitation to be sued.⁶²

In the aspect of administrative law, the most significant and frequently applied exception is considered to be the discretionary function exception.⁶³ This exception bars a huge number of alleging tortious or unlawful government acts or omissions from possible governmental liability, simultaneously widening the scope of the doctrine of sovereign immunity.⁶⁴

The discretionary exception has given the courts difficulty in practice.⁶⁵ The main problem raised in this exception is whether the US government or its employees responsible for the alleged tortious or negligent acts performed within their discretionary power and whether such discretionary action causes liability. As a general assessment, modern and contemporary interpretation of the discretionary function exception requires two elements to be in place.⁶⁶ Accordingly, first, an action of government must include a component of “judgment or choice.”⁶⁷ However, if the alleged action is not

⁵⁸ 28 U.S.C. § 2680(a).

⁵⁹ *Welch v. United States*, 409 F.3d 646, 652 (4th Cir. 2005); Figley, *supra* note 3, at 1122.

⁶⁰ 28 U.S.C. § 2680(a).

⁶¹ *Id.*

⁶² Cann, *supra* note 8, at 456.

⁶³ Pierce, *supra* note 7, at 168; Niles, Mark C., “Nothing but Mischief”: The Federal Tort Claims Act and the Scope of Discretionary Immunity, 2002, *Admin L. Rev.*, Vol. 54, p. 1275.

⁶⁴ Pierce, *supra* note 7, at 168.

⁶⁵ Asimow, *supra* note 21, at 185. (This exception applies to a huge variety of decisions.)

⁶⁶ Figley, *supra* note 3, at 1123.

⁶⁷ *Id.*, *Gaubert v. United States*, 499 U.S. 315, 322.

permissible according to a law, regulation, or policy guideline, it is considered and presumed that the action does not involve a discretionary function.⁶⁸ Second, the requisitory judgment must include social, economic, or political policy.⁶⁹ These two elements are met regardless of whether a government employee consciously made a policy judgment nor the decision was made at the planning or operational level.⁷⁰

The third exception sets forth at Section 2680(b) prevents suits for “any claim arising out of the loss, miscarriage, or negligent transmission of letters of postal matter.”⁷¹ The postal exception does not apply to claims remotely related to the transmittal of mails such as negligently driving mail cars or leaving mails where it can easily fall.⁷²

The fourth exception bars “claims arising in respect of the assessment or collection of any tax or customs duty, or the detention of any goods, merchandise, or other property by any officer of customs or excise or any other law enforcement officer...”⁷³ The detention of goods exception bars suits if ever any law enforcement officer “holds, ships, or stores detained goods.”⁷⁴

The fifth exception is contained in Section 2680(d) of the FTCA, which bars “any claim for which a remedy is provided by chapter 309 or 311 of Title 46, relating to claims or suits in admiralty against the United States.”⁷⁵ This exception applies to claims, which are recognizable under the Suits in Admiralty Act or Public Vessels Act.⁷⁶

The sixth exception bars “any claim arising out of an act or omission of any employee of the Government in administering the provisions of sections

⁶⁸ Asimow, *supra* note 21, at 185. (For example, even though driving a car is a discretionary decision, if this discretion is not based upon a regulatory policy, an action of negligent driving is not evaluated within the discretionary function exception and thus the government will very likely be held liable under the FTCA.)

⁶⁹ *Gaubert v. United States*, 499 U.S. 315, 322.

⁷⁰ *Id.* at 324-25.

⁷¹ 28 U.S.C. § 2680(b).

⁷² Figley, *supra* note 3, at 1125.

⁷³ 28 U.S.C. § 2680(c).

⁷⁴ Figley, *supra* note 3, at 1127. (For instance, in *Ali v. Fed. Bureau of Prisons*, where a federal inmate alleged his personal property was lost during transfer to other prison; the court barred a FTCA suit by applying the detention of goods exception.)

⁷⁵ 28 U.S.C. § 2680(d).

⁷⁶ *Id.*; Figley, *supra* note 3, at 1127.

1-31 of Title 50, Appendix.”⁷⁷ This exception applies to claims stemming from the management of the Trading With the Enemy Act.⁷⁸

The next and seventh exception, Section 2680(f), applies to “any claim for damages caused by the imposition or establishment of quarantine by the United States.”⁷⁹ For instance, in *Rey v. United States* case, the court barred a FTCA suit where hogs died because of cholera vaccine after other hogs were medically isolated with cholera.⁸⁰

The eight exception sets forth at Section 2680(h) maintains sovereign immunity for the federal government in the case that one of its employees committed one of eleven explicitly mentioned torts.⁸¹ It bars “any claim arising out of assault, battery,⁸² false imprisonment, false arrest, malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation,⁸³ deceit, or interference with contract rights⁸⁴.”⁸⁵ However, under the 1974 amendments to the FTCA, the law enforcement proviso was enacted as an exception to the Section 2680(h).⁸⁶ It basically invalids the FTCA exceptions for assault, battery, false imprisonment, false arrest, malicious prosecution, and abuse of process for acts or omissions of federal investigative or law enforcement officers of the US government.⁸⁷

The ninth exception, Section 2680(i), applies to “any claim for damages caused by the fiscal operations of the Treasury or by the regulation of the

⁷⁷ 28 U.S.C. § 2680(e).

⁷⁸ *Id.*; Figley, *supra* note 3, at 1127.

⁷⁹ 28 U.S.C. § 2680(f).

⁸⁰ *Rey v. United States*, 484 F. 2d 45, 46 (5th Cir. 1973).

⁸¹ *Cann, supra* note 8, at 469; Figley, *supra* note 3, at 1128; 28 U.S.C. § 2680(h).

⁸² Assault (putting someone in fear or panic) and battery (touching without permission) torts by federal employees apply if injury was intended or plaintiff qualifies the act or omission as negligent. *Turner v. United States*, 595 F. Supp. 708, 709 (W.D. La. 1984); *United States v. Faneca*, 332 F.2d 872, 875 (5th Cir. 1964).

⁸³ Misrepresentation exception applies if the misrepresentation is intentional or negligent and a plaintiff’s harm arises from its confidence or trust on data or information communicated by the federal government. (*Frigard v. United States*, 862 F.2d. 201, 202 (9th Cir. 1988); *United States v. Neustadt*, 366 U.S. 696, 702 (1961).

⁸⁴ Interference with contract rights exception applies if the interference is resulted by ordinary bureaucratic delay or government conspiracy. (*Shapiro v. United States*, 566 F. Supp. 886, 888 (E.D. Pa. 1983; *Daisley v. Riggs Bank, N.A.*, 372 F. Supp. 2d 61, 64 (D.D.C. 2005).

⁸⁵ 28 U.S.C. § 2680(h).

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

monetary system.”⁸⁸ The tenth exception is contained in Section 2680(d) of the FTCA, combatant activity exception, and deals with claims arising from the “combatant activities of the military or naval forces, or Coast Guard, during time of war.”⁸⁹ The application of this exception does not depend on the existence of a formal declaration of war.⁹⁰

The next and eleventh exception, Section 2680(k), prevents “claims arising in a foreign country.”⁹¹ The foreign tort exception applies all claims arising from any damage suffered in a foreign country, regardless of where wrongful or unlawful acts or omissions occurred.⁹²

The rest three exceptions infrequently come up.⁹³ They prevent claims resulting from the activities of the “Tennessee Valley Authority,”⁹⁴ the “Panama Canal Company,”⁹⁵ or “a Federal land bank, a Federal intermediate credit bank, or a bank for cooperatives.”⁹⁶

3.2. Exceptions Under Other Statutes

Some statutes explicitly bar government liability brought by FTCA for several kinds of claims by creating their own extensive systems.⁹⁷ For example, the Flood Control Act states, “no liability of any kind shall attach to or rest upon the United States for any damage from or by floods or flood waters...”⁹⁸ The Supreme Court, in *Central Green Co. v. United States*, interpreted this language to mean that the Act itself precludes suits at any time floods or flood waters which were or were not included in flood control

⁸⁸ 28 U.S.C. § 2680(i).

⁸⁹ 28 U.S.C. § 2680(j).

⁹⁰ *Clark v. United States*, 974 F. Supp. 895, 898 (E.D. Tex. 1996); Figley, *supra* note 3, at 1132.

⁹¹ 28 U.S.C. § 2680(k).

⁹² *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 712 (2004); Figley, *supra* note 3, at 1132.

⁹³ Figley, *supra* note 3, at 1133.

⁹⁴ 28 U.S.C. § 2680(l) (It bars “any claim arising from the activities of the Tennessee Valley Authority.”).

⁹⁵ 28 U.S.C. § 2680(m) (It bars “any claim arising from the activities of the Panama Canal Company.”).

⁹⁶ 28 U.S.C. § 2680(n) (It bars “any claim arising from the activities of a Federal land bank, a Federal intermediate credit bank, or a bank for cooperatives.”).

⁹⁷ Figley, *supra* note 3, at 1133.

⁹⁸ 33 U.S.C. § 702c.

project supposedly result in personal damages, death, or property damages.⁹⁹

To give another example, the Federal Employee's Compensation Act (FECA) precludes FTCA suits whenever a FECA remedy might be available, ensuring an extensive worker compensation type remedy for government employees killed or damaged on the job, which is exclusive.¹⁰⁰ Panama Canal Act of 1979 also precludes any suit against the United States or its Panama Canal Commission for actions arising in the Canal Zone except those including ships in transit.¹⁰¹

There are some other statutes inexplicitly or indirectly preclude particular kinds of claims. In the lack of explicit language, if a statute designates a specific court having jurisdiction over a subject, that jurisdiction might be particular or exclusive and preclude FTCA claims.¹⁰² Maybe, the most significant is the Clean Water Act, which assigns the US Court of Federal Claims jurisdiction over claims to heal up or enhance particular cleanup costs from the US.¹⁰³ Consequently, courts cannot have jurisdiction under the FTCA over suits for cleanup costs.

Similarly, if statutes provide extensive remedy plans, those remedies might be held to be exclusive and to bar suit in tort even if they do not include explicit language.¹⁰⁴ For example, the Civil Service Reform Act is considered as an exclusive remedy by which government employees can ask for redress of employment-associated grievances by precluding FTCA liability.¹⁰⁵ Likewise, in the Feres case, the Supreme Court stated that courts could not have jurisdiction over FTCA claims arising from military services.¹⁰⁶

⁹⁹ Cent. Green Co. v. United States, 531 U.S. 425, 434 (2001) (The Supreme Court hold that “the text of the statute directs us to determine the scope of the immunity conferred, not by the character of the federal project or the purposes it serves, but by the character of the waters that cause the relevant damage and the purposes behind their release.”); Figley, *supra* note 3, at 1134-35.

¹⁰⁰ 5 U.S.C. § 8116(c); Figley, *supra* note 3, at 1133; Sw. Marine v. Gizoni, 502 U.S. 81,90 (1991).

¹⁰¹ 22 U.S.C. § 3761; Husted v. United States, 667 F. Supp. 831, 832 (S.D. Fla. 1985); Figley, *supra* note 3, at 1135.

¹⁰² Figley, *supra* note 3, at 1136.

¹⁰³ 33 U.S.C. § 1321(i); Figley, *supra* note 3, at 1136.

¹⁰⁴ Figley, *supra* note 3, at 1137.

¹⁰⁵ Kennedy v. U.S. Postal Serv., 145 F. 3d 1077, 1078 (9th Cir. 1988); Figley, *supra* note 3, at 1137.

¹⁰⁶ Feres v. United States, 340 U.S. 135, 142, 145 (1950); Figley, *supra* note 3, at 1138.

To sum up, the FTCA includes several exceptions, which reinstate the hindrance of sovereign immunity in order to balance the Act's purpose of ensuring a balance and equal remedy for those damaged by tortious or negligent acts of government employees by waiving sovereign immunity. Additionally, some statutes explicitly or inexplicitly preclude government liability brought by FTCA.

4. REVIEW OF GOVERNMENTAL TORT LIABILITY IN TURKEY

The government may cause damages on the material and spiritual assets of private people by administrative acts and actions that it has done while fulfilling its duties. Although it is a general requirement of the rule of law principle to compensate these damages, constitutional and legal grounds for reimbursement are also foreseen. According to the first paragraph of Article 125 of the Turkish Constitution, "recourse to judicial review shall be available against all actions and acts of administration."¹⁰⁷ This sentence is strengthened and reinforced by the seventh paragraph that states, "the administration shall be liable to compensate for damages resulting from its actions and acts."¹⁰⁸ Accordingly, people may ask compensation from the government for their damages resulting from unlawful administrative actions or acts.¹⁰⁹ This provision of the Constitution is a general provision for the compensation of damages arising from the acts and actions of a government employee.

Additionally, Articles 40/3 and 129/4 of the Constitution set forth the rules of procedure for the responsibility arising from the activities of government employees. Article 40/3 says "damages incurred to any person through unlawful treatment by public officials shall be compensated for by the State as per the law. The state reserves the right of recourse to the official responsible."¹¹⁰

Article 129/4 similarly states "compensation suits concerning damages arising from faults committed by public servants and other public officials

¹⁰⁷ Constitution of the Republic of Turkey, Article 125, Paragraph 1 (1982).

¹⁰⁸ *Id.* at Paragraph 7.

¹⁰⁹ Atil, Ozge, Adopting the Citizen Suit Provision of the United States Clean Water Act as a Tool for Water Pollution Enforcement in Turkey, 2016-2017, *J. Transnat'l L. & Pol'y*, Vol.26, p.108 (People may also ask suspension of execution of an administrative action if it has huge potential to cause damages that are "difficult or impossible to compensate" for unless any of the signified exceptions exists.)

¹¹⁰ Constitution of the Republic of Turkey, Article 40, Paragraph 3 (1982).

in the exercise of their duties shall be filed only against the administration in accordance with the procedure and conditions prescribed by law, as long as the compensation is resorted to them.”¹¹¹ This provision brings a distinction between service negligence and personal negligence. According to the Turkish doctrine, personal negligence is separated from official duties of government employees and their official status.¹¹² If a government employee is not using the authorities that are exercising functions in relation to public services and has caused the damage by an act that can be easily separated from the nature of the public service that he has fulfilled, he can only be sued for his personal negligence according to the principles of civil or criminal jurisdiction. In this regard, personal negligence is not relevant to the main subject of the study because the FTCA covers torts of government employees “acting within the scope of their office or employment.”¹¹³ Therefore, it is clear that personal negligence stays out of the FTCA.

In some legal relationships, the government acts like a private person and contracts with private people under equal conditions. The disputes arising from these kinds of relations in Turkey are solved by civil tribunals in accordance with the principles of private law in respect of lease or purchase and sale contracts, and so. In this regards, the FTCA is meaningful here as the US “government is liable in the same manner as a private citizen.”¹¹⁴

In Turkish Law, if an action of the government is completely legally unfounded and has a heavy attack on fundamental rights and freedoms or the right to property, the government may be sued for its damages.¹¹⁵ This legal tool, called ‘de facto way’ is excluded from administrative jurisdiction and subject to civil or criminal jurisdiction. The FTCA, however, does not provide an exception similar to “de facto way;” therefore, cases of “de facto way” are considered meaningful and functional here since, as above-mentioned, the FTCA ensures that the US government is held liable similarly to a private citizen.¹¹⁶

¹¹¹ *Id.* at Article 129/4 (Article 13 of the Public Servants Law also provides a very similar provision.).

¹¹² Gözübüyük/Tan, *supra* note 14, at 739.

¹¹³ 28 U.S.C. § 1346(b).

¹¹⁴ Fox, *supra* note 26, at 333; 28 U.S.C. § 1346(b) (The Section 1346(b) applies only to negligent or wrongful acts or omissions “under circumstances where the United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred.”).

¹¹⁵ Supreme Court, 5. HD, E. 2005/2714, K. 2005/2845, T. 17.3.2005; Court of Conflicts, Law Department E. 2009/244, K. 2010/108, T. 3.5.2010.

¹¹⁶ Fox, *supra* note 26, at 333; 28 U.S.C. § 1346(b).

So far it is mentioned about damages arising from personal negligence of government officials, cases in which the government acts like a private person, and ‘de facto way’ cases, which all are subject to civil and/or criminal jurisdiction. Turkish legal system, however, also provides administrative jurisdiction for governmental liability for damages arising from service negligence of government officials and absolute liability of government.

According to the principles of absolute liability in Turkey, even if the government does not have any negligence, it is obliged to compensate the damages of the individuals in accordance with the principle of equitability against the principle of public onus and risk principle.¹¹⁷ Absolute or strict liability, however, stays out of the FTCA since the Act clearly requires that a claim must be “caused by the negligence or wrongful act or omissions.”¹¹⁸ There is one thing important to be mentioned here: in lieu of the principle of social risk, both the doctrine and judicial decisions have accepted the compensation of damages of the individuals arising from terrorist actions when they have not if Turkey enters into a war.¹¹⁹ Similarly, the FTCA provides a combatant activity exception and precludes claims arising from the “combatant activities of the military or naval forces, or Coast Guard, during time of war.”¹²⁰ In fact, unlike the Turkey’s approach to terrorist actions, the application of the FTCA’s exception does not depend on the existence of a formal declaration of war.¹²¹

Under the Turkish legal system, existence of a service negligence in administrative acts or actions is determined after the fact that whether or not the expected service is to be taken, whether the service is done on time, and in what form it is done. Accordingly, in three circumstances, the government may be negligent: if the service is bad, late, or has never worked.¹²² However, under some conditions, the liability of the government

¹¹⁷ Gözübüyük/Tan, *supra* note 14, at 760-65; Çağlayan, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri* [Administrative Law Courses], 5th Edition, 2017, Ankara, Adalet Yayınevi [Justice Publications], p. 648; Kalabalık, Halil, *Kısa İdare Hukuku* [Brief Administrative Law], 2th Edition, 2016, Konya, Sayram Yayınları [Sayram Publications], p. 272.

¹¹⁸ 28 U.S.C. § 1346(b).

¹¹⁹ Council of State, 10. D., E. 1995/566, K. 1995/5746, T. 16.11.1995; Gözübüyük/Tan, *supra* note 14, at 763-67; Supreme Military Administrative Court, 2. D., 14.04.1993; E. 1992/625, K. 1993/178.

¹²⁰ 28 U.S.C. § 2680(j).

¹²¹ *Clark v. United States*, 974 F. Supp. 895, 898 (E.D. Tex. 1996); Figley, *supra* note 3, at 1132.

¹²² Gözübüyük/Tan, *supra* note 14, at 751; Çağlayan, *supra* note 117, at 629-30.

may be reduced or completely eliminated: (1) if the government takes the advantages of grounds for the compliance with laws, (2) force majeure, (3) unexpected case, (4) negligent behaviors of the injured party, and (5) third parties' negligent behaviors.¹²³

Articles 10, 11, and 12 of the Administrative Trial Procedure Act (İYUK) basically determine the procedure for administrative jurisdiction for governmental liability. According to Article 10, Turkish citizens may bring informal complaints to draw the attention of governmental authorities to administrative transactions or actions that seem illegal and may be subject to administrative proceedings.¹²⁴ They may also file an administrative application prior to filing a suit against higher administrative authorities to compel them to set-aside or revise an administrative action or to commence a new one, under Article 11.¹²⁵ Lastly, Article 12 empowers citizens to bring an action as a result of infringement of their rights deriving from an administrative action.¹²⁶ Accordingly, they may first file an annulment action, and in pursuit of the finalization of annulment decision they may file a suit to get compensation for their damages.¹²⁷ Second, citizens may move directly to a suit for compensation.¹²⁸ Lastly, they may file an annulment action and a compensation claim in the meantime.¹²⁹

To sum up, Turkish legal system provides two types of jurisdiction for governmental liability. Damages arising from personal negligence of governmental officials, cases in which the government acts like a private person, and 'de facto way' cases are subject to civil and/or criminal jurisdiction, when damages arising from service negligence of government officials and absolute liability of government are subject to administrative jurisdiction.

¹²³ Gözübüyük/Tan, *supra* note 14, at 784-93; Çağlayan, *supra* note 117, at 686-705; Kalabalık, *supra* note 117, at 279-281.

¹²⁴ Code of Administrative Trial Procedure, Article 10; Atıl, *supra* note 109, at 108-09 (Administrative bodies need to investigate and respond to these complaints within a certain time. Article 10 states that if the related governmental body does not respond within 60 days, complaints are automatically considered refused.)

¹²⁵ Code of Administrative Trial Procedure, Article 11; Atıl, *supra* note 109, at 109 (Under Article 11, if the related administrative body does not respond within 60 days, applications are automatically considered refused.)

¹²⁶ Code of Administrative Trial Procedure, Article 12; Atıl, *supra* note 109, at 109.

¹²⁷ Code of Administrative Trial Procedure, Article 12.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Id.*

4-CONCLUSION

The history of governmental tort liability in the US represents a progress from a common-law doctrine of sovereign immunity to a statutory structure largely shaped by the FTCA. The FTCA permits people damaged by tortious or unlawful acts or omissions of federal employees while acting within the scope of their employment on behalf of the US to bring an action against the government, clearly waiving the sovereign immunity of the US from legal actions regarding tort. However, when Congress enacted the FTCA, it aimed to stabilize this intention with the congressional interest in limiting that waiver by providing several statutory exceptions. In general speaking, the FTCA ensures compensation to those damaged by commonplace negligence of federal employees, but no solution or remedy for people whose claims include intentional torts, based on strict liability doctrine, or derive from a number of other conditions. Additionally, some other statutes also bar or have been interpreted to bar suits under the FTCA.

Turkey's legal approach to the case of government liability in tort has been a complicated and puzzling topic as courts have been unpredictable in either expanding or discouraging tort liability for acts or omissions of government employees.¹³⁰ In this regard, this study argues that the general analysis of the implementation and evaluation of the FTCA is significant for the judicial system and solution mechanism of Turkey to get an alternative and new perspective on the interpretation and understanding of the concept of tort liability of Turkish government. In fact, rules for governmental liability in Turkey have substantially been shaped up in accordance with judicial decisions so traditional Anglo- American judge –made-law is substantially meaningful for the matter here.¹³¹

Consequently, analysis of both American and Turkish approaches in this study reveals five major findings. First, the FTCA covers torts of government employees “acting within the scope of their office or employment;”¹³² therefore, cases arising from personal negligence of governmental officials in Turkey stay out of the Act. Second, cases arising from absolute or strict liability also stay out of the FTCA since the Act clearly requires that a claim must be “caused by the negligence or wrongful act or omissions.”¹³³ Third, under the principle of social risk, Turkey

¹³⁰ Tek, *supra* note 15.

¹³¹ Gözübüyük/Tan, *supra* note 14, at 729-31; Tan, *supra* note 14, at 438-41.

¹³² 28 U.S.C. § 1346(b).

¹³³ *Id.*

compensates the damages of the individuals arising from terrorist actions when it does not if Turkey enters into a war.¹³⁴ The FTCA's combatant activity exception, however, does not require the existence of a formal declaration of war to preclude claims arising from the combatant activities.¹³⁵ Fourth, both cases in which the government acts like a private person and 'de facto way' cases are considered meaningful and functional under the FTCA since the Act ensures that the US government is held liable similarly to a private citizen.¹³⁶ Fifth and last, cases arising from service negligence of governmental officials in Turkey are the most similar ones to cases under the FTCA and both the American and Turkish law systems provide several exceptions to preclude compensation claims and to keep alive the doctrine of sovereign immunity.

BIBLIOGRAPHY

Books and articles

Asimow, Michael R., *Administrative Law*, 14th Edition, 2008, Thomson\West Press, p.180.

Atıl, Ozge, *Adopting the Citizen Suit Provision of the United States Clean Water Act as a Tool for Water Pollution Enforcement in Turkey*, 2016-2017, *J. Transnat'l L. & Pol'y*, Vol.26, p. 108.

Berkarda, Kemal, *Amerika'da İdare Hukuku Var mı? [Is There Administrative Law in America?]*, 2000, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi [Journal of Administrative Law and Its Disciplines]*, Vol.13, p. 87, 107.

Cann, Steven J., *Administrative Law*, 2006, Thousand Oaks, California, Sage Publications, p. 455.

Conk, George W., *Will the Post 9\11 World Be a Post-Tort World?*, 2007, *Penn St. L. Rev.*, Vol. 112, p. 247.

Çağlayan, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri [Administrative Law Courses]*, 5th Edition, 2017, Ankara, Adalet Yayınevi [Justice Publications], p. 648.

Figley, Paul F., *Understanding the Federal Tort Claims Act: A Different Metaphor*, 2009, *Tort Trial & Ins. Prac. L.J.*, Vol. 44, p.1107.

¹³⁴ Council of State, 10. D.,E. 1995/566, K. 1995/5746, T. 16.11.1995; Gözübüyük/Tan, *supra* note 14, at 763-67; Supreme Military Administrative Court, 2. D., 14.04.1993; E. 1992/625, K. 1993/178.

¹³⁵ *Clark v. United States*, 974 F. Supp. 895, 898 (E.D. Tex. 1996); Figley, *supra* note 3, at 1132.

¹³⁶ Fox, *supra* note 26, at 333; 28 U.S.C. § 1346(b).
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Figley, Paul F. / Tidmarsh, Jay, *The Appropriations Power and Sovereign Immunity*, 2009, *Mich.L.Rev.*, Vol. 107, p. 1207.

Fox, William F., *Understanding Administrative Law*, 5th Edition, 2008, Newark, NJ, Matthew Bender & Company, Inc., p. 327.

Gannon, John S, *Federal Tort Claims Act-Seeking Redress Against the Sovereign: Balancing the Rights of Plaintiffs and the Government When Applying Federal Rule of Civil Procedure 15(c) to FTCA Claims*, 2007, *W. New Eng. L. Rev.*, Vol. 30, p. 232-33.

Gottlieb, Irvin M., *Tort Claims Against the United States*, 1942, *Geo. L. J.*, Vol. 30, p. 464.

Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar [Administrative Law Book 1 General Principles]*, 11th Edition, 2016, Kızılay, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları [Turhan Bookstore Publications], p. 729-31.

Harrington, Christine B. / Carter, Lief H., *Administrative Law and Politics*, 4th Edition, 2009, 2300 N Street, Washington, DC, CQ Press, p. 337.

Jr., Richard J. Pierce, *Administrative Law*, 2008, Hudson Street, New York, Foundation Press, p. 167.

Kalabalık, Halil, *Kısa İdare Hukuku [Brief Administrative Law]*, 2th Edition, 2016, Konya, Sayram Yayınları [Sayram Publications], p. 272.

Niles, Mark C., “Nothing but Mischief”: *The Federal Tort Claims Act and the Scope of Discretionary Immunity*, 2002, *Admin L. Rev.*, Vol. 54, p. 1275.

Read, Daniel Shane, *The Court’s Difficult Balancing Act to be Fair to Both Plaintiff and Government Under the FTCA’s Administrative Claims Process*, 2005, *Baylor L. Rev.*, Vol. 57, p. 785, 89.

Rosenthal, Lawrence, *A Theory of Governmental Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings*, 2007, *U. Pa. J. Const. L.*, Vol. 9, p.801.

Tan, Turgut, *İdare Hukuku [Administrative Law]*, 5th Edition, 2016, Kızılay, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları [Turhan Bookstore Publications], p.438-41.

Tek, Savaş, *İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu [Governmental Liability in Administrative Law]*, 2010, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi [Journal of Turkey Justice Academy]*, Vol. 1, p. 315-16.

Wexler, Elena, Note, Section 2401(B) Reconfigured: *Irwin v. Department of Veterans Affairs Leads to the Right Result for the Wrong Reasons*, 2006, *Fordham L. Rev.*, Vol. 74, p.2933.

Court Cases

Cent. Green Co. v. United States, 531 U.S. 425, 434 (2001).

Clark v. United States, 974 F. Supp. 895, 898 (E.D. Tex. 1996).

Council of State, 10. D.,E. 1995/566, K. 1995/5746, T. 16.11.1995.

Court of Conflicts, Law Department E. 2009/244, K. 2010/108, T. 3.5.2010.

Daisley v. Riggs Bank, N.A., 372 F. Supp. 2d 61, 64 (D.D.C. 2005).

Dolan v. U.S. Postal Serv., 546 U.S. 481, 485 (2006).

Feres v. United States, 340 U.S. 135, 142, 145 (1950).

Frigard v. United States, 862 F.2.d. 201, 202 (9th Cir. 1988).

Gaubert v. United States, 499 U.S. 315, 322.

Husted v. United States, 667 F. Supp. 831, 832 (S.D. Fla. 1985).

Kennedy v. U.S. Postal Serv., 145 F. 3d 1077, 1078 (9th Cir. 1988).

Rey v. United States, 484 F. 2d 45, 46 (5th Cir. 1973).

Shapiro v. United States, 566 F. Supp. 886, 888 (E.D. Pa. 1983).

Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 712 (2004).

Supreme Court, 5. HD, E. 2005/2714, K. 2005/2845, T. 17.3.2005.

Supreme Military Administrative Court, 2. D., 14.04.1993; E. 1992/625, K. 1993/178.

Turner v. United States, 595 F. Supp. 708, 709 (W.D. La. 1984).

United States v. Faneca, 332 F.2d 872, 875 (5th Cir. 1964).

United States v. Neustadt, 366 U.S. 696, 702 (1961).

United States v. Testan, 424 U.S. 392, 399 (1976).

Welch v. United States, 409 F.3d 646, 652 (4th Cir. 2005).

**# İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUK
UYGULAMASI**
(MANDATORY MEDIATION IN LABOR LAW JURISDICTION)

Ar. Gör. Çağatay Serdar ŞAHİN***

ÖZ

7036 sayılı İMK ile iş hukukunda yeni bir süreç başlamış ve bazı uyuşmazlıklarda, dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak dava şartı haline getirilmiştir. Böylelikle Türk hukukunda da, dünyada giderek etkisini artıran ve alternatif çözüm yollarından biri olan arabuluculuk gündemde daha sık yer alacaktır. Ancak, söz konusu değişiklik hem medenî usûl hukuku hem de iş hukuku açısından çokça tartışılır niteliktedir. Zira işçilerin taraf olduğu hukuki uyuşmazlıklar; diğer uyuşmazlıklardan farklı bir incelemeyi gerektirir nitelikte olup, bu türden bir düzenlemenin ve arabuluculuk sürecinin getireceği sonuçlar da çok çeşitli olacaktır. Bu çalışmanın amacı da, yapılan bu düzenleme çerçevesinde Türk hukukunda gelinen noktayı mukayeseli hukukla birlikte değerlendirerek, uygulamada yaşanabilecek sorunlara çözüm önerileri getirmektir. Bu sonuca ulaşabilmek için önce arabuluculuk kavramından bahsedilecek; daha sonra kanuni düzenleme ile ilgili görüşlerimiz aktarılacaktır.

Anahtar Sözcükler: Karşılaştırmalı hukuk, iş hukuku, zorunlu arabuluculuk, alternatif çözüm yolları, dava şartı, İş Mahkemeleri Kanunu

ABSTRACT

By the Labor Courts Law numbered 7036, a new period has begun for labor law and application to mediation has become compulsory before commencing an action about some legal disputes in labor law. In consequence, mediation, as one type of alternative dispute resolution, which has been increasing its effects in the whole world; can be at Turkish law agenda more often. However, this change is highly debatable for both the civil procedure law and labor law; because the legal disputes in which

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 11.07.2018. İlk hakem raporu tarihi: 14.08.2018; İkinci hakem raporu tarihi: 15.10.2018; Onaylanma tarihi: 22.10.2018

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fak. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku ABD Araştırma Görevlisi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4849-9050

Esere Atıf Şekli: Çağatay Serdar ŞAHİN, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması”, YÜHFD, C.XV, 2018/2, s.75-114

workers are parties requires a different examination. So, the results of mediation process in terms of these changes would be various. The intent of this study is to examine the current situation in Turkish law in accordance with the comparative law and to offer solutions to the possible problems in application. In order to reach this aim, firstly the concept of mediation will be mentioned; and then our personal view will be detailed.

Key Terms: *Comparative law, labor law, mandatory mediation, alternative dispute resolutions, Labor Courts Law*

GİRİŞ

Dünyadaki birçok hukuk sistemi, bir hukuki uyuşmazlığın taraflarının mahkemelere başvurması dışında ikinci bir yol olarak alternatif çözüm yollarını benimsemiş ve çeşitli düzenleme ve uygulamalarla; bu çözüm yollarına başvurulmasını teşvik etmiştir. Söz konusu bu çözüm yolları böylelikle, tahkim yoluyla sıklıkla uygulama alanı bulduğu milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarından, iç hukuka aktarılmaya ve yaygınlaştırılmaya çalışılmıştır.

Türk hukukunda da, alternatif çözüm yollarının varlığı aslında yeni olmayan bir anlayışla kabul edilmiş ve hem hukuk hem de ceza yargısında başta tahkim olmak üzere, arabuluculuk ve uzlaşma gibi çeşitli kurumlarla mahkemelerin iş yükü azaltılmaya çalışılmıştır.

Hukukumuzda yerleşen bu anlayışın, son zamanlardaki en somut görünümü ise İMK’da yapılan değişiklik ile iş hukuku kapsamında kalan bazı uyuşmazlıkların öncelikle arabuluculuğa başvurularak çözümlenmeye çalışılması ve daha sonra mahkemelere başvurulması usulünün kabul edilmesi ile olmuştur. Böylelikle uygulamada, ülkemizin yaşamakta olduğu ekonomik değişim sürecinde önem ve sayısı daha da artan iş yargılamaları açısından bu husus kabul edilerek, alternatif çözüm yolları ve arabuluculuk kavramı üzerine çalışılması daha belirgin hale getirilmiştir.

İşte bu çalışmada, HUAK kapsamında arabuluculuk kurumuna ilişkin genel bir perspektif çizilecek; daha sonra İMK’da yapılan bu düzenlemeler, mukayeseli hukuk ve arabuluculuk kavramına ilişkin temel düzenleme olan HUAK ile karşılaştırmalı olarak incelenerek; arabuluculara zorunlu olarak yapılacak başvuruların kapsam ve içeriği ile bu başvuru sürecinde uygulamada yaşanan sorunlara da değinilerek yer verilecektir.

I. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI KAVRAMI

Uyuşmazlık, bir hak ile ilgili birden fazla taraf arasında ortaya çıkan bir anlaşmazlığı ifade eder. Bu anlaşmazlık, hakkın var olup olmadığı ya da var ise içeriğinin ne olduğu hususunda olabilir. Bu noktada genellikle, bir hakkın varlığı ve söz konusu hukuken korunan menfaatin ihlâl edildiği iddiasının karşı tarafa bildirilmesi söz konusu olur. Bir diğer deyişle uyuşmazlık, esasında; bir tarafın bir hak üzerindeki anlaşmazlık içinde olduğu hususu karşı tarafa bildirmesi ve karşı tarafın da bu bildirim karşılık taleplerini ileri sürmesi hâlinde ortaya çıkan durumdur¹.

İşte söz konusu bu uyuşmazlıkların nasıl nihayete erdirileceği hususunda temel ve en yaygın uygulama alanı olan güç yargı erkidir. Yani kişiler, taraf oldukları uyuşmazlıkların çözümünü esasında mahkemelerden talep eder ve mahkemelerin hukuk ve kanunu uygulayarak haklı olan tarafı tespit etmesini beklerler. Bu açıdan yargı, devletin en temel güçlerinden biri olup, bir uyuşmazlığı yargı eliyle çözmek devlet için hem bir hak hem de bir görevdir².

Fakat, günümüzde teknolojinin hızla ilerlemesi ve ekonomik duvarların yıkılması ile kişiler arasında başta ekonomi olmak üzere çeşitli alanlarda iletişim ve etkileşim hızla artmaktadır. Bu hızlı yükseliş, elbette kişiler arasında çıkabilecek ve hukuki çözüme muhtaç olan uyuşmazlıkları hem artırmış hem de daha karmaşık hâle getirmiştir. Bu açıdan bakıldığında yaşayan bir disiplin olan ve hayatın her alanında hiç kuşkusuz var olan hukuk da, bu sorunların çözümü için kalıcı, etkili ve hızlı yollar bulmaya çalışmıştır³. Zira özellikle ülkemizde de görüldüğü gibi, adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan makul sürede yargılama artık çoğu olayda gerçekleşmemektedir. Bir diğer deyişle adalet gecikmekte ve adalet olmaktan çıkmaktadır.

İşte bilhassa bu sıkıntı ve mahkemelerin yaptığı yargılamalarda yaşanan diğer sıkıntılar nedeniyle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ön plana çıkmıştır. Zira alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, doktrinde de sıklıkla ifade edildiği şekilde; “tarafsız ve objektif konumda bulunan üçüncü bir kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları, ortaklaşa bir çözüme

¹ **ÖZEKES, Muhammet;** *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, İstanbul 2017, s. 2803; **OĞUZ, Özgür;** *Türk İş Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları*, İstanbul 2016, s. 27.

² **KARSLI, Abdürrahim;** *Medeni Muhakeme Hukuku*, İstanbul 2014, s. 19.

³ **BULUR, Alper;** “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, *ABD*, S. 4, 2007, s.31; **ÖZEKES, Muhammet;** “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçerisinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, *HPD*, S. 7, 2006, s.40.

ulaşmaları için bir araya getirerek iletişim kurmalarını ve bu suretle sorunlarının çözümünü kendilerinin bulmalarını sağlamasını yahut onlara somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak, üzerinde mutabakata varabilecekleri optimal çözüm önerileri üretip sunmak suretiyle, uyuşmazlığın halli bağlamında destek vermesini öngören ve Devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle gönüllülük esası üzerine bina edilmiş olan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür.”⁴

Bu tanımdan hareket edildiği zaman, esasında ilk göze çarpan husus; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yargı hak ve görevinden bağımsız olmasıdır. Fakat bir AYM kararında da ifade edildiği gibi⁵, devletin yargı görevi elbette sona ermemekte, yargılama sistemi ile çekişme hali söz konusu olmamaktadır⁶. Zira bu çözüm yollarında hedef, uyuşmazlığın mahkemelerin mevcut yükünü artırmadan çözülebilmesini sağlamaktır ve ancak tarafların bu yola başvurmasına birlikte rıza göstermelerine dayanır.

Söz konusu bu uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hem lehte hem de aleyhte çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu kapsamda, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının varlığına karşı görüşler, yargının egemenliğin bir parçası olduğunu ve bu hakkın başka bir makam veya kişiye bırakılamayacağını, böylelikle yargıdan kaçış yoluyla devlet otoritesinin zayıflayacağını ifade etmektedir⁷. Buna karşın bu tür çözüm yollarının

⁴ **TANRIVER, Süha**; “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *TBB D*, S. 64, Mayıs-Haziran 2006, s.151; **SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral**; “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, *MİHDER*, 2005/2, s. 353-369; **OĞUZ**, s. 27.

⁵ “Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemeleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir.” (AYM 2012/94 E. 2012/89 K. 10.07.2013 T. (RG, 25.01.2014, S. 28893))

⁶ Bu husus HUAK Genel Gerekçesi’nde de şu şekilde ifade edilmiştir: “Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümlü amaçlanmaktadır.” (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>) (Erişim Tarihi: 20.06.2018).

⁷ **KARSLI, Muhakeme**, p. 805; Hatta bu husus, daha önce bir Anayasa Mahkemesi kararına da konu olmuş; HUAK ile kişilerin hak arama hürriyetinden mahrum kalacağına ve hakkın

lehinde olan görüşler ise, uyuşmazlıkların daha hızlı ve az masrafla çözülebileceğini, gizlilik ilkesi gereği taraflar arasındaki ilişkinin ileride de zara görmeden devam edebileceğini, uyuşmazlık konusunun daha uzman kişilerce ve yaratıcı çözümler içerir şekilde çözülebileceğini, burada kazan-kazan anlayışının egemen olduğunu ve menfaatler dengesini gözettiğini vurgulamaktadır⁸.

Alternatif çözüm yolları sınırlı sayıda değildir ve birden fazla türü vardır. Bunlar genel olarak müzakere, uzlaştırma, arabuluculuk olarak ortaya çıkmaktadır. Dikkat edilmelidir ki, her ne kadar mahkemeler teşkilatı içinde yer almasa da tahkim yoluyla uyuşmazlıkların çözümü; alternatif uyuşmazlık çözümü kapsamında değerlendirilmemektedir⁹. Zira tarafların uyuşmazlığın çözümünü hakemlere havale ederek, uyuşmazlıkların bu kimseler tarafından çözülmesini amaçlayan tahkimde taraflar, hakem kararına razı olmakta ve bu yönüyle hakemler o uyuşmazlık yönünden sanki bir mahkeme olmuştur¹⁰.

II. ARABULUCULUK KAVRAMI

A. Tanım ve Arabuluculuğun Temel İlkeleri

Ülkemizde alternatif çözüm yöntemlerine duyulan ihtiyaç ve Avrupa Birliği müktesebatında da arabuluculuğa sıklıkla yer verilmesi sonucu, HUAK 07.06.2012 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiştir. HUAK md. 2 uyarınca arabuluculuk, “*sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak bunu dışında doktrinde, “*tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlık içinde bulunan taraflara kabul edilebilecekleri ortak bir çözüm*

hukuk dışı yollardan elde edilmesinin önünü açacağına ilişkin Anayasa’ya aykırılık itirazları yerinde bulunmamıştır. (AYM 2012/94 E. 2012/89 K. 10.07.2013 T.)

⁸ PEKCANİTEZ, Hakan; “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, HPD, 2005/5, s. 12-16; İLDIR, Gülgün; *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2003, s. 61-64.

⁹ TANRIVER, Arabuluculuk, s. 153; KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan; “Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri”, BATİDER, C. XXII, S.4, s. 48; Aksi yönde görüş için bkz. ÖZBEK, Mustafa Serdar; *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü C. I*, Ankara 2013, s. 213.

¹⁰ KURU, Baki; *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, İstanbul 2017, s.660.

bulmaları konusunda, yardımcı olmasını gözeten bir uyumsuzluk çözüm yöntemi", şeklinde bir tanım da bulunmaktadır¹¹.

Söz konusu tanımlara bakıldığı zaman göze çarpan ilk husus, arabuluculukta tarafsız bir üçüncü kişinin katılımının esas olduğudur. Zira bu nokta, arabuluculuğu müzakereden ayırmaktadır. Fakat bu üçüncü kişi, alelaide bir üçüncü kişi olmayıp; arabuluculuğun temel amacından hareketle, tarafsız olması (HUAK md. 9/1) ve tarafların sahip olduğu eşit hakları gözetmesi (HUAK md. 3/2) en önemli noktalar olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bu arabulucu, tarafların birbirlerini anlamaları için onlara yardım eden ve ileri sürülen görüşlerin karşı tarafça da anlaşıldığı hususunda her iki tarafı ikna eden bir kimsedir¹². Yine buradan hareketle, arabuluculukta yargılamada olduğu gibi tarafların haklılığı veya haksızlığı konusunda karar verilmez; sadece taraflar uyumsuzluğun sona erdirilmesi konusunda ikna edilir.

Arabuluculukta etkin olan bir diğer ilke ise gizlilik ilkesidir. Hem Anayasa md. 141, hem de HMK md. 28 uyarınca kural olarak devlet yargılamasında aleniyet ilkesi esas iken, arabuluculuk açısından durum farklıdır. Zira, arabulucu taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür (HUAK md. 4/1). Bu gizlilik ilkesi açısından HUAK md. 5 ve HUAKY md. 7, hem tanıklık hem de delil hususlarında detaylı düzenlemeler içermektedir. Bu hükümlere göre, arabuluculuk faaliyeti için hazırlanan belgeler, tarafların kabul, öneri, görüş ve teklifleri ile arabulucuya katılma istekleri ve davetleri; ne tahkim yargılamasında ne de hukuk davasında delil olabilir. Bu belgeler delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz (HUAKY md. 7/3). Ancak dikkat edilmesi gereken bir husus, belgeler yönünden sadece tarafların daha önce elinde olmayan ve arabuluculuk faaliyeti esnasında üretilen belgelerin yasak kapsamında olup, arabuluculuktan önce taraflarda olan belgelerin delil olma özelliğini kaybetmemeleridir¹³. Ancak bu gizlilik, arabuluculukla elde edilen anlaşmanın icrası için gerekli olan hallerde uygulanmaz (HUAK md. 5/3).

Söz konusu gizlilik ilkesine riayet yükümlülüğü, arabulucunun yanında çalışan kişiler ve denetim ve gözetimi altında staj yapanlar için de geçerlidir (HUAKY md. 6/3). Gizlilik kuralına aykırı davranan arabulucunun hukuki

¹¹ AKÇA, Çağatay; "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Arabuluculuk ve Uzlaştırma", *HGD*, Makaleler, S. 2009/1, s. 26.

¹² ŞAHİN, Hüseyin Güngör; *Arabuluculuk*, İstanbul 2008, s. 54.

¹³ ÖZEKES, *Pekcanitez Usûl*, s. 2820.

ve cezai sorumluluğu da saklı olup, sicilden silinmesine de karar verilebilir (HUAKY md. 6/4).

B. Arabulucu Olma Şartları

HUAK, kimlerin arabulucu olabileceği hakkında belirli düzenlemeler yapmış ve şartlar getirmiştir. Bu kriterler, İMK'da aksine bir düzenleme olmadığı için iş yargılamasında öngörülen zorunlu arabuluculukta da uygulanacak olduğundan kısaca bu hususta bilgi verilmesi gerekmektedir.

Arabulucu olarak görev yapabilmek için öncelikli şart, arabulucunun Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından kurulacak sicile kayıtlı bir kimse olmasıdır. Bu sicile kaydolabilmek için HUAK md. 20 uyarınca;

- a. Türk vatandaşı olmak,
- b. Mesleğinde en az 5 yıl kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak,
- c. Tam ehliyetli olmak,
- d. (Değişik: 12/10/2017-7036/25 md.) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak,
- e. (Ek: 5/6/2017-KHK-691/9 md.) Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak,
- f. Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak gerekir.

Ancak söz konusu şartlara ek olarak HUAKY, başvuru tarihi itibarıyla fiilen avukatlık mesleğini veya bir kamu görevini ifa etmeyen başvuru sahiplerinin, arabuluculuk mesleğini yapmalarına ruhen ve bedenen bir engellerinin bulunmadığını sağlık kuruluşlarından alacakları raporla da belgelenmelerini zorunlu kılmıştır (HUAKY md. 30)

C. Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler

Modern anlamda arabuluculuk, 1970'li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde, daha sonra 1980'li yıllarda Birleşik Krallık'ta ve 1990'lı yıllarda Kıta Avrupası ülkeleri ile ivme kazanmış ve böylelikle 2000'li yıllarda Türk hukukuna da tesir etmeye başlamıştır. Zaten HUAK tasarısının

genel gerekçesinde de bu husus ifade edilmiştir. Böylelikle Anglo-Sakson kökenli olan aletnatif uyuşmazlık çözüm yolları ve bilhassa arabuluculuk dünya çapında bir uygulama ve tecrübe biriktirme aşamasına sahip olmuştur.

a. Alman Hukukunda Arabuluculuk

Alman hukukunda arabuluculuğa ilişkin temel düzenleme Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin 2008/52/EC sayılı ve 21.05.2008 tarihli direktifine uygun olarak çıkarılan MG'dir. Arabuluculuk esasında Almanya'da daha çok ticaret, aile içi uyuşmazlıklar ve iş uyuşmazlıklarında başvurulmuş bir yoldur¹⁴.

Söz konusu kanunun¹⁵ 2. bölümünde, arabulucunun tüm taraflara eşit davranma, taraflara arabuluculuğun önemi ve prensiplerinin anlatılması ve tarafların istedikleri zaman arabuluculuk prosedürünü sonlandırma hakları düzenlenmektedir. Bu kapsamda arabulucu da taraflar arasındaki iletişimin veya uzlaşmanın sağlanamayacağı düşüncesinde ise süreci sonlandırabilir.

Yukarıda ifade edildiği gibi arabulucu bağımsız ve tarafsız nitelikte olduğundan, bunu engelleyebilecek tüm durumları taraflara açıklama ve sürece devam edebilmek için tarafların rızasını alma yükümlülüğü altındadır. Yine Türk hukukunda olduğu gibi arabulucular için gizliliğe riayet yükümlülüğü öngörülmüştür. Fakat herkesin ortak bilgisi dahilinde olan hususlar hakkında veya arabuluculuk anlaşmasının uygulanması ve icrasına dair hususlar hakkında ya da çocuklara yönelik riskli durumun önlenmesi ve kişilerin ruhi ve bedeni bütünlüğüne zarar verilmesinin engellenmesi gibi hususlarda gizliliğe riayet zorunluluğu yoktur (MG Bölüm 4 Art. 1-2).

Alman hukukunda iş yargılaması açısından arabuluculuğa ilişkin düzenleme ArbGG'de yer almaktadır¹⁶. ArbGG Art. 54a'da düzenlenen arabuluculuk, esasında Türk hukukunda olduğu gibi zorunlu nitelikte değildir. Bu kapsamda ilgili maddede, mahkemenin taraflara arabuluculuk önerebileceğinden söz edilmekte; maddenin ikinci fıkrasında ise taraflar arabulucuya veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmak isterlerse yargılama sürecinin durdurulacağı ve tarafların arabuluculuk

¹⁴ **DENDORFER, Renate**; "Almanya'da Arabuluculuk Uygulamaları", Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Ankara 2012, s. 48 vd.

¹⁵ Kanunun metninin İngilizce çevirisi için bkz. (http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=317753) (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

¹⁶ Kanun metni için bkz. (<https://www.gesetze-im-internet.de/arbogg/>) (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

görüşmelerinin sürdüğünü kabul etmezlerse 3 ay sonra mahkeme tarafından yargılamanın devam ettirileceği ifade edilmektedir. (ArbGG Art. 54a) Dolayısıyla Alman iş yargılamasındaki arabuluculuk, İMK'daki arabuluculuktan ziyade HMK md. 140/2 uyarınca önincelem duruşmasında hakimin tarafları sulh ve arabuluculuğa teşvik etmesi; ve bu yolla çözüm sağlanabileceği kanaatine varılırsa duruşmanın başka bir güne bırakılması şeklindeki düzenlemeye yaklaşmaktadır.

b. Avusturya Hukukunda Arabuluculuk

Avusturya hukukunda arabuluculuğa ilişkin tıpkı Almanya'da olduğu gibi müstakil bir kanun olarak Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu bulunmaktadır¹⁷. Bu kanun uyarınca arabuluculuk yine esasen ihtiyari niteliktedir. Bu kapsamda ZivMediatG Art. 2 uyarınca, arabuluculuk; hukuk mahkemelerinin hakkında karar vermeye yetkili oldukları tüm uyuşmazlıkları konu alır. Bir diğer deyişle Türk Hukuku'ndan farklı olarak, arabulucular sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular hakkında değil fakat her hukuki uyuşmazlıkla ilgili görev alabilirler. Ancak arabulucular, yalnızca asliye hukuk mahkemelerinin yetkisine giren anlaşmazlıklarda görev alabilirler. Dolayısıyla böyle bir sınırlandırmanın esasında daha önce söylenen serbesti kuralına da bir tezat oluşturduğu ifade edilmektedir¹⁸.

Türk hukukundan farklı olarak Avusturya hukukunda arabulucuların hukuk fakültesi mezunu olma zorunluluğu olmayıp, arabulucular; hukuk, psikoloji, iktisat ve işletme eğitimi alanlar ile diğer alanlarda eğitim almış kimseler şeklinde dört ayrı sınıfta düzenlenmiştir¹⁹. Dolayısıyla Türk hukuku ile Avusturya hukuku arasında hem arabulucu olma şartları hem de iş yargılaması yönünden arabulucuya başvurma zorunluluğu açısından farklılık bulunmaktadır. Ancak değinilmesi gerekir ki, Avusturya'da iş hukukunda arabulucuya başvurulması kural olarak zorunlu olmamakla birlikte özel desteğe ihtiyacı olan işçilerin ayrımcılık nedeniyle tazminat

¹⁷ Kanunun Türkçe Çevirisi için bkz. **AKİL, Cenk**; "Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu", *İÜHFİM*, C. LXX, S. 2, 2012, s. 287-296.

¹⁸ **TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis**; *Türk Hukuku'nda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, İstanbul 2012, s. 61.

¹⁹ **ŞAMİL, Demir**; "Arabuluculuk Eğitiminde Avusturya Örneği", s. 7. (<http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-egitimi/arabuluculuk-egitiminde-avusturya-ornegi>) (Erişim Tarihi: 21.06.2018)

talepleri veya işten çıkarmaya ilişkin itirazları bakımından öncelikli olarak arabuluculuk prosedürünün uygulanması gerekmektedir²⁰.

c. Fransız Hukukunda Arabuluculuk

Fransız hukukunda arabuluculuk düzenlemeleri, İMK gerekçesinde de ifade edildiği gibi içerik bakımından Türkiye’de yapılan düzenlemeye daha yakın niteliktedir. Fransız hukukunda arabuluculuğa ilişkin en temel düzenleme, Fransız Medeni Usûl Kanunu’nda bulunmaktadır²¹. CPC Art. 131-1 ilâ 131-15 arasında düzenlenen arabuluculuk yine bizim hukukumuzdaki gibi esasında ihtiyari niteliktedir. Fakat Fransız hukukunda da, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk uygulaması bulunmaktadır. Yani Fransa’da iş yargılaması açısından, arabuluculuğa başvurma zorunluluğu; yerine getirilmediği takdirde davanın dava şartı yokluğundan usulden reddedilmesini sağlayan bir dava şartıdır²².

Fransız hukukunda arabulucular, taraflara çözüm önerileri sunma yetkileri dışında ayrıca görüş bildirme veya sözleşme taslakları oluşturma hususunda da yetkilidirler. CPC Art. 131-2 uyarınca arabuluculuk davanın bir kısmına veya tamamına ilişkin olabilir. Bu hukuk sisteminde arabulucu, Türk hukukundan farklı olarak bir kurum da olabilir. Ancak kurumların arabulucu olarak görevlendirilmeleri hâlinde, hâkimden de onay alınması gerekmektedir (CPC Art. 131-4). Arabuluculuk süreci başladıktan sonra, arabulucunun tarafları yönlendirme şeklinde bir yetkisi olmayıp (CPC Art. 131-8), sadece tıpkı Almanya’da olduğu gibi arabuluculuk görüşmeleri ile bir nihayete varılamayacağı hususunda kanaat getirmesi durumunda arabuluculuğu sonlandırma yetkisi bulunmaktadır (CPC Art. 131-10).

Buna ek olarak Fransız hukukunda özellik gösteren bir diğer nokta ise, arabuluculuk vesilesi ile yapılan anlaşmaların icra edilebilmesi için, yapılacak sözleşmenin icra mahkemesi tarafından onaylanması; bir diğer deyişle icra edilebilirlik şerhinin konulması zorunluluğudur. Buradaki

²⁰ İMK Genel Gerekçesi bkz. (http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf) (Erişim Tarihi 21.06.2018)

²¹ Kanun metninin İngilizce çevirisi için bkz. (https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1962/13735/version/3/.../Code_39.pdf) (Erişim Tarihi: 21.06.2018)

²² **KEKEÇ, Elif Kismet;** *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara 2016, s. 228 dn. 318.

onayın, anlaşmaya kesin hüküm etkisi kazandırmadığı, yalnızca icrai etkisini kuvvetlendirmek için öngörüldüğü ifade edilmektedir²³.

d. İngiliz Hukukunda Arabuluculuk

Yukarıda, alternatif uyuşmazlık çözümünün aslında Anglo-Sakson hukukundan ve özellikle ABD ve Avrupa'da İngiltere uygulamasından yayıldığı söylenmiştir. Bu kapsamda İngiliz hukukunda arabuluculuğun irdelenmesi, bu kurumun iyi anlaşılması ve Türk hukukundaki düzenlemenin özellikleri açısından önem arz etmektedir.

İngiliz hukukunda, Türk hukukundakinden farklı olarak bağımsız bir arabuluculuk kanunu bulunmamakta; ve 1998'de yürürlüğe konan Medeni Usûl Kanunu'nda²⁴ düzenlenmektedir. İngiltere'de arabuluculuk kesin olarak ihtiyari niteliktedir; gönüllülük esasına dayanır. Bu hukuk sisteminde, uzlaşma ile arabuluculuk aynı anlamda kullanılmaktadır²⁵. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları açısından ise en etkili kurum olarak Etkin Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (CEDR) ön plana çıkmaktadır.

Tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi İngiliz hukukunda da mahkemenin tarafları arabuluculuğa teşvik etme ve uyuşmazlık konusu üzerinde kısmen veya tamamen uzlaşmalarını sağlama imkânı vardır (CPR Art. 1.4/2-e). Bu arabulucular, Türkiye'deki gibi hukuk fakültesi mezunu olmak zorunda değildirler. Söz konusu arabuluculara, uyuşmazlık çıktıktan sonra başvurulabileceği gibi, uyuşmazlık çıkmadan önce tarafların olası bir uyuşmazlığı arabulucuya başvurma yoluyla çözmeleri hususunda anlaşmaları mümkündür. Bu anlaşma ise, tarafların arabulucunun kimliği ve görüşmelerin yapılacağı mekan ve zamanı belirledikleri bir protokol vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Arabuluculuk görüşmelerinde ise Türk hukuku ve birçok diğer çağdaş hukuk sisteminde de kabul edilmiş olmak üzere gizlilik ilkesinin yürüyeceği, arabulucunun taraflara öneriler getirebileceği hususları kabul edilmiştir.

Konumuz ile alakası olduğundan değinilmesi gereken bir diğer husus ise arabulucuya başvurmanın zorunlu olması gerekliliğinin tartışıldığı ve bu kapsamda mahkemenin tarafları arabuluculuğa teşvik etme hususunda ilkelerin ortaya konulduğu Halsey&Milton Keynes General HNS Trust

²³ PEKCANITEZ, Hakan; "Hollanda'da Arabuluculuk Uygulamaları", Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, TBB Yayınları, Ankara 2012, s. 123.

²⁴ Kanun metni için bkz. (<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>) (Erişim Tarihi: 21.06..2018)

²⁵ SEVİM, Onur Utku; *Avrupa Birliği Mükteşebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara 2016, s. 79; ÖZBEK, C.I, s. 367 vd.

davasıdır²⁶. Zira söz konusu davada temyiz mahkemesi, zorla arabuluculuğa başvurması istenen kimselerinin anlaşma olasılığının, gönüllü olarak başvuranlara göre daha düşük olacağını; tarafların bu şekilde zorlanmasının AİHS md. 6'da adli yargılanma hakkı kapsamında öngörülen mahkemeye erişim hakkının ihlali olacağını ifade etmiştir. Bu kapsamda mahkeme arabuluculuğa başvurulmasını konu bakımından da sınırlamış, geçici hukuki koruma tedbiri verilmesini gerektiren acil bir durumun varlığı veya emsal karar alınması için mahkemelere başvurulmuş olması ya da ticari itibarı zedeleyen bir davranışın ya da dürüstlüğe aykırı olarak gerçekleşen bir hilenin uyuşmazlık konusu olması halinde arabulucuya başvurulamayacağını ifade etmiştir. Ancak bu karar, zorunlu olarak arabulucuya başvuran kimselerin, yöntemin içine dahil olduktan sonra uzlaşabilecekleri ve böyle bir zorunluluk olmadıkça yöntemin hiç denenmemesinin söz konusu olduğu, böylelikle aslında zorunlu da olsa başvuranların anlaşma ihtimalinin daha yüksek olduğu gerekçeleri ile eleştirilmiştir²⁷. Türk iş yargılamasında da ikinci görüşün daha baskın çıktığı ve taraflara en azından başvuru yaparak düşünme fırsatı verilmek istendiği görülmektedir.

Bu kararla ilgili değinilmesi gereken son husus ise HUAK'ta olmayan fakat İMK'da kabul edilmiş olan yargılama giderlerine ilişkin hükümdür ki; Halsey kararında temyiz mahkemesi, mahkemenin tarafları arabulucuya sevk etmesi üzerine geçerli bir sebep göstermeksizin arabulucuya gitmeyi reddetmesi halinde davayı kazansa dahi lehine yargılama giderine hükmedilemeyeceğini ifade etmiştir²⁸. Buna benzer bir husus aşağıda inceleneceği üzere, dava şartı olan arabulucuya başvurulduktan sonra toplantıya gelmeyen (bir diğer deyişle arabuluculuğa uygunsuz davranışta bulunan) taraf için öngörülmüş olup önemli bir yaptırımdır.

²⁶ Karar metnine ulaşmak için bkz. (https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JPF_MA_29940.pdf) (Erişim Tarihi: 03.04.2018); **AKSU GRUND, Özge**; "Ticari ve Hukuki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümünde İngiltere Örneği Merkezinde Bir Değerlendirme", *Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S.95-96, s. 182 vd.; **SEVİM**, s. 79.

²⁷ **KEKEÇ**, s.226 dn. 314; **SEVİM**, s. 80.

²⁸ **GOODMAN, Andrew**; *Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği*, Çev. Aşiyen Süleymanoğlu, Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2016, s. 10 vd.

III. İŞ MAHKEMELERİ KANUNUNDA ÖNGÖRÜLEN ARABULUCULUK

İMK'nın yürürlüğe girmesi ile Türk hukukunda arabuluculuk uygulaması açısından büyük bir gelişme ve değişme yaşanması muhakkaktır. Fakat söz konusu değişme, uygulaması başlayalı yaklaşık 4 ay olan zorunlu arabuluculuk uygulaması açısından hemen gerçekleşir nitelikte değildir. Dolayısıyla arabulucuya başvurulma süreci ve arabulucunun görevleri; uygulamada yaşanan veya yaşanabilecek sorunlar ve HUAK'taki prosedür ile karşılaştırmalı olarak incelenmesi gerekmektedir.

A. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Zorunlu arabuluculuğun kapsamı belirlenmeden önce belki de tartışılacak en önemli nokta, bu “zorunluluk” niteliğinin Anayasa'ya ve iş hukukunun niteliklerine aykırı olup olmadığı sorunudur. Anayasa md. 9, yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağını ifade etmiş; Anayasa md. 36 ise “Hak Arama Hürriyeti” başlığı altında “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.” şeklinde bir düzenleme yapmıştır. AYM, HUAK'ın çeşitli hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna dair çeşitli defalar yapılan itirazları incelemiş ve bir kararında, “... *Tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları açıkça ifâde edilmiştir. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılama yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır. Dolayısıyla, Anayasa'nın 9. ve 36. Maddelerine aykırı bir yönü yoktur.*” şeklinde içtihat oluşturmuştur.

Hak arama hürriyetinin içeriği yönünden AYM “*Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Bu hak, hukuki bir uyumsuzluğun bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne taşınması hakkını da kapsar. Kişinin uğradığı haksızlığa veya zarar karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.*” Şeklinde değerlendirme yaparak, hak arama hürriyetinde yargı mercileri önündeki dava hakkını bu hürriyet açısından temel saymaktadır. Yargı, şekli anlamda yargı ve maddi anlamda

yargı olarak ikiye ayrılmaktadır. Şekli anlamda yargı, faaliyette bulunan makamı esas alarak; mahkemelerin yaptığı her türlü faaliyeti yargı faaliyeti olarak nitelendirir²⁹. Fakat bu tarif yargısal faaliyetin belirlenmesinde yeterli olmadığından maddi anlamda yargı kavramına da başvurmak gerekir. Buna göre maddi anlamda yargı, objektif hukukun bağımsız ve tarafsız hakimler tarafından belirli bir olaya uygulanmasıdır³⁰. Her ne kadar arabulucular da İMK md. 3/21 uyarınca atf yapılan HUAK md. 9 uyarınca tarafsız olsalar da; hakim değildirler. Zira arabulucular; hakimlerin sahip olduğu teminatlara sahip olmadıkları gibi, görevleri bir uyuşmazlığı kesin hüküm etkisi (HMK md. 303) ile sonuca bağlamak değildir. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyeti, yargı faaliyeti olarak nitelendirilemez. Kaldı ki HUAKY md. 17/4 de, arabulucuların niteliği gereği yargısal bir faaliyet olarak yalnızca hakim tarafından yapılabilecek işlemleri yapamayacağını hüküm altına almakla; aslında bu hususu vurgulamaktadır.

Bu yönden değerlendirildiğinde, İMK uyarınca belirli uyuşmazlıklarda öncelikle arabulucuya başvurma zorunluluğu; tarafların iradeleri dışında haklarını yargı mercileri önünde ileri sürmeden önce maddi anlamda yargı faaliyetinde bulunmayan bir mercide ileri sürmeleri zorunluluğunu doğurmaktadır. Kaldı ki, uygulamada da sıklıkla görülmesi kuvvetle muhtemel olacak şekilde, arabuluculuk görüşmelerinde; yargılamada var olan teminatlara sahip olunmadığından, özellikle daha zayıf konumdaki işçiler baskı altına alınabilir ve belirli talepleri kabul etmeye zorlanabilirler³¹. Dolayısıyla arabuluculuğun niteliği gereği, zorunlu olması Anayasa md. 36'ya aykırılık oluşturacaktır.

Kaldı ki AYM'nin daha önce İŞK md. 20/1 hükmünü iptal ettiği kararında da benzer bir sonuca varmıştır. Bu kapsamda İŞK'nın ilk yürürlük metninde, md. 20/1; "*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.*" hükmünü içermekte idi ve bu maddenin gerekçesi olarak iş mahkemelerinin yoğun iş yükünden kurtarılması için böyle bir yolun kabul edildiği ifade edilmiş idi³².

²⁹ KURU, *Usûl*, s. 15; TANRIVER, *Süha*; *Medeni Usul Hukuku C.I*, İstanbul 2016, s. 75.

³⁰ AKKAN, *Mine*; *Pekcantez Usul Medeni Usûl Hukuku*, İstanbul 2017, s. 79; ÜSTÜNDAĞ, *Saim*; *Medeni Yargılama Hukuku C.I*, İstanbul 2000, s. 44 vd.

³¹ NAMLI, *Mert*; "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı*, TİSK Yayınları, Ankara 2016, s. 157.

³² Kanun metninin ilk hâli ve genel gerekçesi için bkz. (<https://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is-kanunu-yenilenmis-4-baski/pdf-is-kanunu-yenilenmis-4-baski.pdf>)

(Erişim Tarihi: 22.06..2018)

Bu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile açılan davada AYM, “*toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa*” kısmını Anayasa'ya aykırı görerek iptal etmiştir. Bu kararına gerekçe olarak AYM şu ifadeleri kullanmıştır: “*20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesi uyarınca, toplu iş sözleşmesine özel hakeme gitme hükmü konulmuşsa, bu hüküm normatif niteliktedir ve sendika üyesi olan işçiyi bağlar. Çünkü, 20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinde emredici nitelikte bir ifadeyle, “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa... özel hakeme götürülür” denilmektedir. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunmak ve adil yargılanmak hakkına sahiptir. İşçinin, 20. maddenin birinci fıkrasındaki uyumsuzluğu özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında, dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olacağından Anayasa'nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez...*”

...Bu nedenlerle, kuralın “...tarafklar anlaşılırsa uyumsuzluk aynı sürede özel hakeme götürülür” bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.”

Böylelikle AYM de, tarafların hür iradeleri ile; yani ihtiyari olarak alternatif çözüm yollarına başvurmalarını kriter olarak aldığından; zorunlu arabuluculuk da Anayasa'ya yukarıda ifade ettiğimiz gerekçeler ve bu kriterler dolayısıyla aykırı olacaktır³³.

B. Sistemin İş Uyuşmazlıklarına Uygunluğu ve Yargılama İlkeleri Açısından Sorunları³⁴

İş hukukuna dair belirli uyumsuzlukların zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmasının lehinde ve aleyhinde farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde bazı yazarlar tarafından; iş hukukunun alternatif uyumsuzluk çözüm yollarına ve özellikle arabuluculuğa en çok ihtiyaç duyulan alanlardan biri olduğu ifade edilmiştir³⁵. Bu görüşün dayanağı olarak da, yargılama prosedürünün uzun sürmesinden dolayı, dava da haklı çıksa dahi işçinin mali menfaatlerinin geç

³³ Aynı yönde bkz. **GÜZEL, Ali**; “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 50, 2016/3, s. 1131 vd.

³⁴ Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. **KARACABEY, Kürşat**; “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, *ABD*, Yıl 74 S. 2016/1, s. 457- 489.

³⁵ **ÖZBEK, C. II**, s. 869.

yerine geldiği ve işçinin bu yolla mali haklarına daha kısa sürede ulaşabileceği gösterilmektedir³⁶.

Fakat kanaatimizce, bu şekilde bir arabuluculuk hem iş hukukunun niteliği hem de medeni usul hukuku ilkeleri açısından pratikte etkili ve verimli olmayacaktır. Zira, iş hukuku diğer özel hukuk dallarından daha farklı nitelikte bir hukuk dalıdır. Bu noktada iş hukukuna karakterini veren en önemli özellik işverene bağlı olarak çalışan ve hem ekonomik hem de sosyal olarak işverene göre daha zayıf konumda bulunmasıdır. İşte bu durumdan yola çıkılarak iş hukukunda “işçiyi koruma ilkesi” ve kamu düzeninden olma kuralı yürümektedir. Bir diğer deyişle, iş hukukundaki çoğu kural emredici nitelikte olup işçiyi koruma amacına yönelmiştir. Fakat ülkemizdeki hukuk uygulamasından da hareketle söylenebilir ki, işverene karşı daima daha zayıf konumda bulunan işçi için arabuluculuk bir baskı aracı haline gelebilir. Zira işçi, hem zorunlu olarak arabulucuya başvuracak; hem de bu arabuluculuk görüşmesinde alacağını daha çabuk almak için genellikle de gelirinden başka bir mali kaynağı olmadığından hakkından feragat etmek zorunda kalabilecektir. Dolayısıyla bu arabuluculuk görüşmelerinde, eşit oldukları söylenebilir de; tarafların aynı silahlara sahip olmadığı açıkça görülebilir. Bunun sonucu olarak da genellikle işveren tarafı masadan kâr elde ederek kalkarken, hakkından feragat edecek işçi genellikle zarar uğrayacaktır. Bu kapsamda esasında aralarında bu denli önemli ekonomik ve sosyal farklar bulunan tarafların; eşit bir şekilde görüşme yaparak sonuca ulaşmaları Türkiye gerçeği açısından son derece zor bir husustur.

Bu konuda değinilmesi gereken bir diğer nokta ise, medeni usul hukuku ve makul sürede yargılanma açısından yapılacak değerlendirmedir. Zira Anayasa ve AİHS’te teminat altına adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından biri adalete kolay erişim ve makul sürede yargılanmanın tamamlanması hususudur. Bu açıdan değerlendirildiğinde, zorunlu arabuluculuğun, tarafların mahkemeye erişimini zorlaştırması bir yana; iş yargılamaları özelinde taraflar arasından şiddetli ve yıpratıcı geçen uyuşmazlığın sonuçlandırılması dönemini daha da uzatacağı açıktır. Zira HMK md. 140/2 uyarınca, hâkim zaten öninceleme duruşmasında tarafları arabuluculuğa ve sulhe teşvik edecek ve gerekirse bir defaya mahsus olarak yeni bir duruşma günü tayin edebilecektir. Ayrıca AvK md. 35/A uyarınca avukatların uzlaşma sağlama yetkileri de mevcuttur. Dolayısıyla, böyle

³⁶ ÖZDEMİR, Olgı; “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, *İÜHFİM*, S. 74 (Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN’a Armağan Özel Sayısı), İstanbul 2016, s. 610.

imkânlar varken, arabuluculuğun dava şartı hâline getirilmesi ve yukarıda belirtilen sakıncaları içeren sisteme tarafların zorlanması; bu uyuşmazlığın çözümünü öteleyen bir uygulama haline gelecektir.

C. Zorunlu Arabuluculuk Uygulamasının Nitelik ve Kapsamı

a. Uygulamanın Hukuki Niteliği

Yukarıda ifade edildiği gibi HUAK kapsamında daha önce Türk hukukunda pozitif düzenlemeye kavuşan arabuluculuk, HUAK md. 15/2 uyarınca taraflar arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabileceklerinden; ihtiyari niteliktedir. Bu ihtiyarilik, esasında HMK md. 24'te yer alan tasarruf ilkesinin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve arabuluculuk açısından yansımaları niteliğindedir. Zira HMK md. 24 uyarınca hiç kimse kendi lehine bir dava açmaya veya bu davayı sürdürmeye zorlanamayacağı gibi, dava açılması kural olarak uyuşmazlık konusu hakkında tarafların tasarruf yetkisi ortadan kalkmaz. Bu ilke, sadece yargılamanın başlaması ve sonlanması değil sulh, kabul, feragat, davayı geri alma gibi çok çeşitli usul işlemlerine de şamil olup arabuluculuğa başvurmayı da kapsar³⁷. Zira bir davayı sürdürme hususunda zorlanamayan tarafın arabuluculuğa başvurması veya bu görüşmeyi sürdürmesi zorunluluğu evleviyetle kabul edilmemiştir.

Fakat medeni usûl hukukunda söz konusu ilkenin istisnaları da bulunmaktadır. Örneğin, İİK md. 165 uyarınca alacaklı davacının, borçlunun iflâsına karar verilmesinden sonra davadan feragati mümkün değildir; veya taraflar boşanma davasını sulh ile sona erdiremezler, Cumhuriyet Savcısının yer aldığı dava ve işlerde, taraflar dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemezler³⁸.

İşte bu türden bir istisna, arabuluculuk açısından İMK ile getirilmiş ve İMK md. 3 uyarınca bireysel ve toplu iş sözleşmelerine dayanan işçi ve işveren alacakları ile işe iade davalarında arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartı haline getirilmiştir. Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılama yapabilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan

³⁷ YILMAZ, Ejder; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C.I*, Ankara 2016, s. 272; MERİÇ, Nedim; *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, Ankara 2011, s. 189 vd.; ERDÖNMEZ, Güray; *Pekcamtez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, İstanbul 2017, s. 786; ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, M. Kamil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis; *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, İstanbul 2009, s. 183; BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol; *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2017, s. 73.

³⁸ KURU, Usûl, s. 217; GÖRGÜN, Şanal/ BÖRÜ, Levent/ TORAMAN, Barış/ KODAKOĞLU, Mehmet; *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul 2017, s. 349.

hallerdir³⁹. Bu kapsamda dava şartları açısından herhangi bir sorun bulunmadığını mahkeme yargılamanın her aşamasında denetleyebilecek, eğer dava şartındaki eksiklik giderilebilecek nitelikteyse, bunun tamamlanması için kesin süre verecektir. Bu süre içinde tamamlama gerçekleşmez ise davayı usulden reddedecektir.

İMK uyarınca, davacı davasını açarken arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılamadığına dair tutanağın aslını veya onaylı örneğini, dava dilekçesine eklemek zorundadır. Eğer bu husus eksik bırakılırsa, mahkeme tarafından verilecek 1 haftalık kesin süre sonunda eksiklik tamamlanmamış ise davanın usulden reddi yoluna gidilir. Burada dikkat edilirse, kanun koyucu verilen kesin süreyi sadece arabuluculuk tutanağının dava dilekçesine eklenmesi için öngörmüştür. Bir diğer deyişle, eğer arabulucuya başvurulmamış ise dava şartı yerine getirilmemiş olacak ve bu dava şartı tamamlanabilir bir şart olarak görülmediğinden bir hafta içerisinde arabulucuya başvurulması ve bunun sonucunun beklenmesi mümkün olmayacaktır. Zira kanun koyucu İMK md. 3/2'de açıkça bu hususu öngörerek, yargılamaların boş yere uzatılmasını engellemek istemiştir.

b. Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olduğu Uyuşmazlıklar

Yukarıda ifade edildiği gibi, İMK md. 3/1 uyarınca, kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmelerine dayanan işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabuluculuğa başvurulmuş olması bir dava şartıdır. Bu hüküm, esasında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıkların iş hukukunda yansımaları olan davaları ifade etmektedir. İMK, böyle bir düzenleme yaparken, iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan tazminat ve rücu davaları ile bunlara ilişkin tespit ve itirazları da arabuluculuk kapsamı dışında bırakmıştır (İMK md. 3/3). Zira iş kazası ve meslek hastalığı, SSGSSK md. 13/2-e uyarınca, doğrudan ya da taahhütlü posta ile SGK'ya bildirilmek zorundadır. SGK'ya bildirilen olayın iş kazası olup olmadığının tespiti hakkında da SGK'nın denetim ve kontrol ile yetkilendirilen memurları tarafından veya Bakanlık iş müfettişleri vasıtasıyla soruşturma yapılabilir. Dolayısıyla görüldüğü gibi, iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat ve SGK'nın sigortalı için yaptığı her türlü gider ve ödemeleri için o zarar neden olanlara rücu hakkı kamusal karakter de taşımaktadır. Dolayısıyla arabuluculuğun tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda mümkün olması prensibine uygun bir düzenleme yapılmıştır.

³⁹ KURU, *Usûl*, s. 136; KARSLI, *Muhakeme*, s. 394.

Her ne kadar dava şartı olarak arabuluculuğu kapsamı son derece açık gibi gözükse de, bu hükümler birçok tartışma yaratabilecek niteliktedir. Örneğin bu kapsamda değerlendirilmesi gereken ilk nokta, iş sözleşmesinin varlığı hususunda bir uyuşmazlık olması hâlinde arabulucunun ne yapacağıdır. Zira arabulucu, bilindiği üzere yargılama yapmamakta, tarafları bir araya getirerek uzlaşmalarını sağlamaya çalışmaktadır. Buna göre kanımızca taraflar arasında iş sözleşmesinin varlığına ilişkin bir uyuşmazlık çıktığında; bu uyuşmazlık niteliği gereği tarafların üzerinde uzlaşabileceği bir husus olmadığından, arabuluculuk faaliyetine son verilmelidir. Zira bir iş sözleşmesinin kısmen var olduğu kısmen de var olmadığı gibi bir sonuca varılamaz; bir diğer deyişle bu gibi bir uyuşmazlıkta tarafların taleplerinden feragati veya karşı tarafın talebini kısmen kabulü yolu ile uzlaşmaları söz konusu olamaz. Dolayısıyla arabulucu, iş sözleşmesinin varlığı veya yokluğu hususunda bir karar veremeyecek; verirse hem yetkisini aşmış hem de tarafsızlığını kaybetmiş olacaktır⁴⁰.

Yine benzer şekilde, işe iade talebiyle açılacak davalarda da arabuluculuk zorunlu hale getirildiğinden, kanaatimizce bu da sorun yaratabilecek bir hükümdür. Zira işe iade davasının açılabilmesi için İşK md. 18 uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilir bir işçi olması gerekmektedir. Buradan hareketle iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçinin işe iade davası açmasına engel bir durum olmayıp, böyle bir hâlde davanın esastan reddi gerekecektir. İşte böyle bir durumda, arabulucunun işe iade talebini dikkate almaması gibi bir husus düşünülemez. Dolayısıyla, bu faaliyet bir yargı faaliyeti olmadığına göre, arabulucu; işçi işe iade hükümleri kapsamında olmasa da olası bir anlaşma üzerine gerekli tutanağı düzenlemeye mecburdur.

Her ne kadar maddede ifade edilmese de, arabuluculuğa elverişli olmayan bir diğer dava türü ise hizmet tespiti davalarıdır. İşverenin, işçi sıfatıyla çalıştırdığı kimsenin çalıştığına dair aylık prim ve hizmet belgelerinin ya da işe giriş bildirgesini SGK'ya vermemesi veya işverenin çalışılan işyerini SGK'ya hiç bildirmemiş olması halinde; çalışan kimsenin sigortalı olarak çalıştığı sürenin yargı kararı ile tespit edilmesi için açtığı davalara uygulamada hizmet tespiti davaları denilmektedir⁴¹. Söz konusu davalar, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre kamu düzenini

⁴⁰ KAR, Bektaş; *İş Güvencesi ve Uygulaması (6374 sayılı STİK ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (Arabuluculuk) Kapsamında Yenilenmiş*, Ankara 2017, s. 362.

⁴¹ TUNCAY, Aziz Can/ EKMEKÇİ, Ömer; *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, İstanbul 2016, s. 255.

ilgilendirmekte olup⁴²; davanın işverenin kabul veya feragati ile sona ermesi mümkün değildir⁴³. Dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği ve ihbar suretiyle SGK'nın da fer'i müdahil haline geldiği bu davalar arabuluculuğa yapısı gereği elverişli olmayıp, kanun metninde istisna olarak belirtilmemiş olsa da bu düzenleme dışındadır.

Bütün bu açıklamalar ve niteliği gereği arabuluculuğa konu edilebilen talepler ifade edildikten sonra akla tıpkı davalarda olduğu gibi, söz konusu taleplerin terditli olarak ileri sürülüp sürülemediği sorusu gelmektedir. HMK md. 111 uyarınca terditli dava, davacının davalıya karşı aralarında hukukî veya ekonomik bağ bulunan birden fazla talebini aralarında aslilik fer'ilik ilişkisi kurmak suretiyle aynı dava dilekçesinde ileri sürmesidir. Mahkeme, asıl talebin reddine karar vermedikçe fer'i talebi inceleyemez. İşte hakkında arabulucuya başvurulacak uyuşmazlıklarda, hem işe iade hem de işçilik alacaklarının terditli olarak ileri sürülmesi mümkün müdür? Bir diğer deyişle işçinin, öncelikle işe iadeyi talep etmiş, fakat bu mümkün olmazsa işçilik alacaklarının ödenmesini istemiş olması durumunda ne olacaktır. Böyle bir talebin ileri sürülmesine kanımızca herhangi bir engel yoktur. Böylelikle, eğer işe iade talebi üzerinde uzlaşılsa zaten işçilik alacaklarına ilişkin talep ayrıca incelenmeyecek ve bu durumda İMK md. 12 gereği anlaşma belgesi düzenlenecektir. İşe iade talebinin kabulü üzerine, işçilik alacakları da İMK md. 12 gereği anlaşma tutanağında yer alacağından herhangi bir sorun kalmayacaktır. Eğer işe iade talebi üzerinde uzlaşma gerçekleşmez ise işçilik alacaklarına ilişkin uzlaşma sürecine geçilecek ve bu hususlarda uzlaşılsa anlaşma tutanağı alacaklar hakkında düzenlenecektir. Elbette böyle bir durumda, işe iade talebi hakkında dava açma imkânı devam etmektedir. Açılacak işe iade davası neticesine göre, işverenin kıdem ve ihbar tazminatları gibi daha önce kararlaştırdıkları işçilik alacağı kalemlerini yerine getirme yükümlülüğü kalmayacak; buna rağmen işe iade davasını kazanan işçi, buna rağmen işçilik alacağına ilişkin anlaşma tutanağına dayanarak takibe geçerse bu takibin İİK hükümleri uyarınca iptali istenebilecektir.

Kapsam açısından tartışılması gereken bir diğer nokta da itirazın iptali davalarının durumudur. Bilindiği üzere, İİK sistematığında icra takipleri, ilamlı ve ilamsız icra olarak temelde ayrılmaktadır. Bu kapsamda bir

⁴² **Yargıtay 10. HD. 2014/15576 E. 2014/20486 K. 24.10.2014 T.** (emsal.yargitay.gov.tr) (Erişim Tarihi: 22.06.2018)

⁴³ **Yargıtay 10. HD. 2013/11506 E. 2013/13291 K. 12.06.2013 T.** (emsal.yargitay.gov.tr) (Erişim Tarihi: 22.06.2018) ; **Ankara BAM 11. HD. 2017/50 E. 2017/89 K. 24.01.2017 T.** (lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 22.06.2018)

kimsenin başkası aleyhine ilamsız icra takibi başlığı altında olan genel haciz yoluyla takibe girişebilmesi için; alacağın rehinle temin edilmemiş ve kambiyo senedine bağlanmamış olması yeterlidir. Bir diğer deyişle, genel haciz yoluyla takibe girişilmesi için alacağın senede bağlanmış olması dahi gerekmez⁴⁴. Dolayısıyla iş ilişkisinden doğan alacaklar için işçi veya işverenin öncelikle mahkemeye başvurarak ilâm alması ve takibe başlaması zorunlu değildir. İşte bu hâlde, takibe itiraz üzerine alacaklının İİK md. 67 uyarınca itirazın iptali davası açması halinde arabuluculuk zorunlu olacak mıdır?

İtirazın iptali davası İİK md. 67 uyarınca, kendisine karşı ilamsız icra takibine girişilmiş olan borçlunun; ödeme emrine itiraz etmesi üzerine alacaklının açtığı ve takibi durduran itirazın hükümden düşürülmesini sağlayan yollardan biridir⁴⁵. İtirazın iptali davasının hukuki niteliği açısından farklı görüşler bulunmaktadır. Bunların ilkinde göre, itirazın iptali davası; konusu icra takibine konu edilen alacak olan bir eda davasıdır⁴⁶. Bu görüş uyarınca davacı, davada itirazın iptalini ve alacaklının takip konusu borcu ödemeye mahkum edilmesini istemektedir; dolayısıyla bu dava hem alacağın tespitine hem de ödenmesine yönelik bir davadır. Bu görüşü savunanlar, özellikle İİK md. 67’de bu davanın özel nitelikli bir dava olduğundan bahsedilmediği ve bir yıllık sürenin borçlunun icra tazyiki altında kalmasını engelleyici nitelikte düzenleyici bir süre olarak getirildiği ve muhakeme masrafları ile bu davada öngörülen icra inkâr tazminatı için ilamlı takip yapılabileceği; dolayısıyla alacak için de bu imkânın tanınması gerektiği gerekçelerine dayanmaktadır⁴⁷. İkinci görüş uyarınca, itirazın iptali klasik bir eda davası niteliğinde değil icra hukukuna özgü bir dava olup, bu dava sonucunda takibe konu edilen alacağın tahsiline dair hüküm kurulmamaktadır⁴⁸. Yargıtay’ın her iki görüş kapsamında da kararları

⁴⁴ **KURU, Baki**; *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2017, s. 84; **MUŞUL, Timuçin**; *İcra İflâs Hukuku Esasları*, Ankara 2017, s. 248.

⁴⁵ **POSTACIOĞLU, İlhan E./ ALTAY, Sümer**; *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 2010, s. 221.

⁴⁶ **KURU, İcra**, s. 107; **YILMAZ, Ejder**; “İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği”, *Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan*, Ankara 2009, s. 600; **KARSLI, Abdürrahim**; *İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul 2014, s. 223; **ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYYAZ, Sema**; *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara 2017, s. 165.

⁴⁷ **KARSLI, İcra**, s. 223.

⁴⁸ **PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet**; *İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2017, s. 104; **MUŞUL, s. 304; DEYNEKLİ, Adnan/ KISA, Sedat**; *İtirazın İptali Davaları*, Ankara 2005, s. 78.

bulunmaktadır⁴⁹. Bu görüşlerden kanaatimizce ikincisi itirazın iptali davası açısından daha doğrudur. Zira bu davada, esas amaç İİK md. 66 uyarınca takibi durduran itirazın hükümden düşürülerek, duran takibin harekete geçirilmesidir. Ancak bunun için, Yargıtay'ın da kabul ettiği gibi ortada öncelikle başlanmış bir takip olması gerekmektedir⁵⁰. Bir diğer deyişle, söz konusu davanın devamında ilâmsız takibin borçlunun şikayeti üzerine iptal edilmesi halinde, söz konusu davaya devam ederek alacağın kendisinin tahsiline karar verme imkanı yoktur. Bu dava sonucunda verilen hükme dayanılarak ilâmlı icra takibi yapılamaz; eğer davacı hem itirazın iptalini hem de alacağın tahsilini talep etmiş ise mahkeme bunlardan hangisini talep ettiğini HMK md. 31 uyarınca davacıya sormalı ve açıklattırmalıdır⁵¹.

İtirazın iptali davasının klasik bir eda davası olmadığı görüşü benimsendiğinde İMK md. 3/1'de açıkça "...İşçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda..." ifadesi kullanıldığı ve bunun bir eda (alacak) davası olmadığı, dolayısıyla bu tür davalarda İMK md. 3/1'in uygulama alanının olmadığı sonucu akla gelebilir. Fakat kanımızca, her ne kadar itirazın iptali davası alacak davası değil ise de, arabuluculuğun iş yargılamasındaki konuluş amacı da dikkate alındığında yukarıda belirtilen sonuca varmak mümkün olmamalıdır. Zira bu yolla, (işçilik alacaklarını konu alan takiplerde de itirazın iptali davasına iş mahkemelerinde bakılacak olduğundan) iş mahkemelerinde ileri sürülecek alacaklara ilişkin davalardan bir kısmında arabuluculuk dava şartı olacak, bir kısmında ise olmayacaktır. Bu da esasında kanunu dolanmak manasına gelecektir. Bir diğer deyişle, her ne kadar alacak davası olmasa da itirazın iptali davalarında da alacağın varlığı veya yokluğu tespit edilmek zorunda olduğundan, bunlarda da arabuluculuğun bir dava şartı olarak dikkate alınması gerekmektedir. Bu yolla, hukukun tanıdığı bir imkânla, kamu düzeninden sayılan bir kuralın etkisiz hâle getirilmesi imkânı doğar ki, bu da hukuki güvenliği sarsıcı nitelikte olur ve kabul edilemez.

Son olarak ifade edilmesi gerekir ki, iş mahkemelerinde açılacak karşı davalar için de yukarıdaki açıklamalarımız geçerli olup; bu tür davalarda da

⁴⁹ Yargıtay'ın ilk görüşü benimsediği **Yargıtay HGK. 2007/13-453 E. 2007/453 K. 04.07.2007 T.**; Yargıtay'ın ikinci görüşü benimsediği **Yargıtay 19. HD. 2003/4746 E. 2004/3086 K. 19.03.2004 T.** (Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası) (Erişim Tarihi: 22.06.2018)

⁵⁰ **YILDIRIM, M. Kâmil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis; İcra ve İflâs Hukuku**, İstanbul 2016, s. 101 dn. 4.

⁵¹ **PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES**, s. 104; **MUŞUL**, s. 304.

arabuluculuk bir dava şartıdır. Zira karşı dava, kendisine dava açılmış bulunan davalının, kanunun öngördüğü durumlarda takas veya mahsup talebi ile veya davacıya karşı asıl davaya bağlı olarak, esasa cevap süresi içinde, genellikle asıl davaya verilen cevapla birlikte harç yatırarak davacıya karşı asıl davanın açıldığı mahkemede açtığı davadır⁵².

D. Arabuluculuk Süreci ve Sonuçlanması

a. Arabuluculuğa Başvurma ve Sürelere Etkisi

İMK'daki usul uyarınca, işçi veya uygulamada daha az görülse de işveren, alacak ve tazminat talebini karşı tarafa ileri sürecek veya işe iade davası açılacaksa öncelikle arabulucuya başvurmak zorundadır. Bu başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki adliye arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılır (İMK md. 3/5, HUAKY md. 23/1). Başvuru, başvuru yapılacak yerlerdeki formların doldurulması suretiyle ya da elektronik ortamda da yapılabilir (HUAKY md. 23/3). Başvuran taraf, kendisine ve elinde bulunması halinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna verir. Büro, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar, büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür (İMK md. 3/7).

Uygulamada arabulucuya başvuracak olan taraf, genellikle işçiler, işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk büroları tarafından hazırlanan formları doldurmak suretiyle başvuru yapmaktadırlar. Bu formda, tarafların adı ve adresleri ile dava türü ve iletişimin sağlanması için gerekli telefon numaraları verilmektedir. Ayrıca eğer taraf vekili yoluyla başvuruda bulunuyorsa, bu forma vekaletname de eklenmektedir. Söz konusu formun işyerinin yapıldığı yerden başka bir yerdeki arabuluculuk bürosuna verilerek; işyerinin olduğu yerdeki büroya gönderilmesi uygulamada söz konusu olmaktadır. Fakat arabuluculuk büroları tarafından, uygulamada tek vekilin birden fazla müvekkili için başvuru yapması ve bunu işyerinin olduğu yerdeki büroya gönderilmesi istemi kabul edilmemektedir. İşte birden fazla müvekkil için, tek bir avukatın başvuru yapması halinde söz konusu işlemin yapılmaması bir eşitsizlik doğurmaktadır. Dolayısıyla

⁵² **AKİL, Cenk**; “Medenî Muhakeme Hukukunda Karşı Dava”, *TAAD*, Yıl. 7 S. 24, Ankara, Ocak 2016, s. 90; **BİLGE, Necip/ ÖNEN, Ergun**; *Medenî Yargılama Hukuku*, Ankara 1978, s. 458 vd.; **TANRIVER, Usûl**, s. 686.

bürolar tarafından yapılan bu uygulamanın bir düzene sokulması ve tıpkı dava dilekçelerinin verilmesine ilişkin usulde olduğu gibi başka bir yerdeki büroya formun verilmesine dair düzenleme yapılması uygun olacaktır.

Arabulucular, her ne kadar İMK md. 3/4'te ifade edilen listelerden arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilse de, tarafların üzerinde anlaşmaları, listede yer alan başka bir kimseyi de arabulucu olarak belirlemeleri mümkündür. Fakat kanun lafzına göre arabulucu listesi dışından bir kimsenin arabulucu olarak belirlenmesi mümkün olmayacaktır. Görevlendirilen arabulucu, İMK md. 3/7 uyarınca hem formda yazan hem de kendi araştırması ile elde ettiği iletişim bilgileri vasıtasıyla taraflara ulaşır ve görevlendirme ile ilgili tarafları bilgilendirerek; ilk toplantıya tarafları davet eder. Bu noktada arabulucular, genellikle söz konusu görev kapsamında uygulamada; tarafın vekili olsa dahi vekili değil asili aramaktadırlar. Bu vasıta ile işçi ile işveren arasında eşit olmayan konum da dikkate alınır; söz konusu taraflara ulaşma ve görevlendirme hakkında bilgilendirmenin; bir ikna faaliyeti olmaması ve vekille takip edilen işlerde vekille görüşülmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Kanunda öngörülen bu prosedür, esasında değiştirilmesi gereken bir prosedür değildir. Bu sebeple dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, bildirmenin nasıl yapılacağıdır. Zira arabulucular TK md. 1 uyarınca tebligat yapabilecek kimseler ve kurumlar arasında sayılmamıştır. Dolayısıyla bu kanun uyarınca arabulucuların görevlendirmenin içeriği ve görüşme hakkında taraflara tebligat yapması mümkün değildir. Fakat aşağıda da inceleneceği üzere, arabuluculuk görüşmelerine icabet etmemenin sonuçları dava açısından da son derece ağırdır. Dolayısıyla İMK kapsamında bu bilgilendirmenin nasıl yapılacağına düzenlenmesi ve TK md. 1 kapsamına, arabulucuların da alınması kanunun uygulamasının kolaylaştırılması açısından daha doğru olacaktır⁵³.

Söz konusu başvuru yapıldıktan sonra, HUAKY md. 25/2 uyarınca, görevlendirilen arabulucu, ilk önce başvurana taraflardan başlamak suretiyle asillerle öngörüşme yapar ve başvurucu ve diğer taraftan uyuşmazlığın esasını öğrenir. Arabulucu asilleri, arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında aydınlatıp, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünün ekonomik, sosyal ve psikolojik faydalarının olduğunu hatırlatarak onları bilgilendirir. Asilleri ilk oturuma varsa vekilleri ile birlikte davet eder. Ancak burada dikkate alınması gereken husus, henüz

⁵³ Aynı yönde bkz. **LOKMANOĞLU, Salim Yunus**; “İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı”, *TAAD*, Yıl:9 S. 33, Ankara 2018, s. 878 dn. 41.

toplantı yapılmadan bu görüşmenin bir ikna faaliyetine dönüşmemesi ve sadece ilk toplantı yeri ve zamanı ve görevlendirme hakkında taraflarla bilgi alışverişinin sağlanması gerekliliğidir.

Arabulucuya başvuru usulüne ilişkin değinilmesi gereken son nokta ise, ortada bir alt işveren ve asıl işveren ilişkisinin varlığıdır. İMK md. 3/15 uyarınca, bu tür bir ilişkinin varlığı durumunda işçi tarafından işe iade talep ediliyorsa, hem alt hem de asıl işverenin görüşmeye birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Fakat eğer işçi işçilik alacağına varlığından dolayı arabulucuya başvuruyorsa, karşı taraf olarak hem alt hem de asıl işvereni göstermesi gerekli midir? Yargıtay tarafından; işe iade davalarında alt işveren ve asıl işveren arasında şekli mecburi dava arkadaşlığının varlığı kabul edilmekte, fakat işçilik alacakları için böyle bir kabul gerçekleşmemektedir. İşK md. 2/7, “... *asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kamundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumludur.*” hükmünü içermektedir. Buradaki birlikte sorumluluğun, müteselsil sorumluluk olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁵⁴. Dolayısıyla HMK md. 57/1-a uyarınca, bir borçtan müteselsilen sorumlu olanlar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmakta olup⁵⁵, bunun için hepsine başvurma zorunluluğu yoktur. Sonuç olarak kanaatimizce, işçilik alacaklarından müteselsilen sorumlu olan alt işveren ve asıl işverenden herhangi birine işçi başvurabilecek ve arabuluculuk yönünden de, tıpkı davada olduğu gibi yalnızca birinin taraf gösterilmesi; taraf teşkili için yeterli olacaktır.

Bu noktada arabuluculuk bürosuna başvurulmasının en önemli sonuçlarından biri de, İMK md. 3/17’de belirtilmiştir. Buna göre arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlenmesine kadar geçen sürede zamanaşımı işlemez ve hak düşürücü süreler durur. Bu düzenleme, başlangıç anı bakımından HUAK md. 16’dan farklıdır. Zira HUAK md. 16, Arabuluculuk sürecinin , dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağını ifade etmiştir. Fakat zaten İMK kapsamındaki arabuluculuk

⁵⁴ SÜZEK, Sarper; *İş Hukuku*, İstanbul 2017, s. 150 vd.; NARMANLIOĞLU, Ünal; “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, *Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, İstanbul 2008, s. 67 vd.

⁵⁵ Yargıtay HGK. 2013/1920 E. 2014/666 K. 14.05.2014 T. (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 21.06.2018)

ihiyari değil zorunlu nitelikte olduğundan başlangıç anı için tarafların arabulucuya gitme hususundaki anlaşmaları gibi bir kriterin aranmaması tabiidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta ise, zamanaşımı ve hak düşürücü süreleri durdurma etkisinin tutanağın düzenlendiği tarihte sona ermesidir. Bir diğer deyişle, söz konusu tutanağın düzenlendiği oturumda tarafın bulunmaması durumunda süreler bu tutanağın tebliğine gerek kalmadan tekrar işlemeye başlayacaktır. Zaten ne HUAK ne de HUAKY ve İMK, son tutanağın tarafa tebliğ edilmesi gibi bir zorunluluk öngörmemektedir.

İMK md. 11, İşK md. 20’de yaptığı değişiklikle işe iade taleplerini içeren uyuşmazlıklar bakımından başvuru süre ve usulü ile ilgili özel düzenlemeler yapmıştır. Buna göre, iş sözleşmesi feshedilen işçi, bu feshin sebebinin gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçersiz olduğu iddiasını; feshin kendisine tebliğinden itibaren 1 ay içerisinde arabulucuya başvurarak ileri sürmek zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşma olmazsa, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki haftalık süre içinde iş mahkemesinde dava açılabilir veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık özel hakeme de götürülebilir. İMK md. 3 uyarınca, arabulucuya başvurmaksızın mahkemeye gidilmiş ise, dava doğrudan dava şartı yokluğundan usulden reddedileceğinden; bu ret kararının tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde yine taraflar arabulucuya başvurabileceklerdir. Dolayısıyla söz konusu bir ay içerisinde arabulucuya başvurulması hâlinde, hak düşürücü ve zamanaşımı süreleri durur. Ancak bir aylık süre geçtikten sonra arabulucuya başvurulması hâlinde izlenecek yolla ilgili, İMK’da bir düzenleme yoktur. Kanımızca, arabulucu hüküm verme mercii olmadığı ve tarafların dava açma hakkının bulunup bulunmadığını inceleyemeyeceğinden; süre geçmesine rağmen tarafların ulaşacağı herhangi bir uzlaşmayı tutanağa bağlamaya mecburdur.

b. Yetki İtirazı

HUAKY md. 25 uyarınca arabulucu, görevlendirmeyi yapan adliye arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz etmek isteyen karşı taraf, bunu en geç ilk toplantıda yetkili arabuluculuk bürosunun hangisi olduğuna dair belgeleri de göstermek suretiyle yapmak zorundadır. Aksi halde söz konusu itiraz dikkate alınmayacaktır. İtiraz üzerine arabulucu, dosyayı derhal ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere adliye arabuluculuk bürosuna teslim eder. Bir diğer deyişle, arabulucunun yetki itirazının haklılığı ya da haksızlığı konusunda kendiliğinden değerlendirme

yapması mümkün değildir. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden ivedilikle yapacağı inceleme sonunda yetkili adliye arabuluculuk bürosunu belirleyip kesin olarak karara bağlar ve dosyayı adliye arabuluculuk bürosuna iade eder. Yetki itirazına ilişkin inceleme yapılırken mahkemece atamayı yapan büro değil görevlendirilen arabulucunun listesinde kayıtlı bulunduğu komisyon dikkate alınır.

Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir ve 27 nci maddenin birinci fıkrasında belirtilen süreler yeni görevlendirme tarihinden başlar. Yetki itirazının kabulü durumunda ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili adliye arabuluculuk bürosuna başvurulabilir. Bu takdirde yetkisiz adliye arabuluculuk bürosuna başvurma tarihi yetkili adliye arabuluculuk bürosuna başvurma tarihi olarak kabul edilir. Yetkili adliye arabuluculuk bürosu ise yeni bir arabulucu görevlendirir.

Söz konusu düzenleme incelendiğinde, aslında uygulama ile bağdaşmadığı görülebilir. Zira uygulamada yukarıda ifade edildiği gibi dava dilekçelerinde öngörülen muhabere imkanına benzer bir uygulama kabul edilmiş ve başka bir arabuluculuk bürosuna başvurularak atamanın yetkili komisyon tarafından yapılabilmesi yoluna gidilmiştir. Buna göre örneğin, İstanbul Bakırköy Adliyesi Arabuluculuk Bürosu'na başvuran taraf; eğer işin yapıldığı veya yerleşim yerinin bulunduğu yerler İstanbul Anadolu Arabuluculuk Bürosu'nun yetki çevresinde ise, oradaki komisyonun listesinde bulunan bir arabulucunun görevlendirmesini sağlayabilmektedir. Böylelikle başvuru bürosunun yetki çevresine bakılmaksızın, atamanın yapıldığı komisyon doğru olarak tespit edilmiş bulunmaktadır. Bu durumda, yetki itirazının yapıp yapılamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira HUKUK md. 25'te açıkça yetki itirazı durumunda atamayı yapan bürosunun değil; arabulucunun listesinde bulunduğu komisyonun yetki itirazında dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla kanaatimizce, arabulucuya başvurunun kolaylaştırılması için başka bir yerdeki büroya başvuruya ilişkin açık bir hüküm düzenlenmeli ve bu konuda yaşanacak tartışmalar da sona erdirilmelidir. Aksi halde, karşı taraf arabulucu doğru komisyondan görevlendirilse dahi, başka bir bürodan başvuru durumunu yetki itirazına konu edecek ve bunu inceleme yetkisine sahip olmayan arabulucu dosyayı mahkemeye gönderecektir. Bu da başvuru ve sürecin gereksiz yere uzamasına imkan verir nitelikte olacaktır.

c. Arabuluculuk Görüşmeleri ve Sonuçlanması

Arabuluculuk bürosuna yapılan başvuru üzerine bir arabulucu görevlendirildikten ve bu arabulucu taraflarla iletişime geçtikten sonra,

tespit edilen yerde yapılacak ilk toplantı ile süreç fiilen başlamaktadır. İMK md. 3/19 uyarınca esasında arabuluculuk görüşmeleri, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı içinde yürütülür. Uygulamada da, arabulucuların sıklıkla avukat olmalarından hareketle, görüşmeler arabulucuların bürolarında yapılmaktadır. Kanaatimizce, görüşmenin içeriği kadar görüşmelerin sürdürüldüğü yer de önemlidir. Zira özellikle avukatla takip zorunluluğunun kabul edilmediği hukukumuzda, bilhassa işçi tarafının görüşmeye bizzat katılması düşünülürse, onu ve elbette diğer tarafı zor durumda bırakacak ve güvensiz hissettirecek yerlerde görüşmelerin yapılmaması gerekmektedir. Arabuluculuk görüşmesine, taraflar veya vekilleri ile uzman kişiler de katılabilir. Bu kapsamda, doğrudan tarafların da görüşmeye katılmasının istenmesi veya başvuru esnasında doldurulacak formda vekilin bilgileri verilmiş olmasına rağmen taraf ile görüşmeye çalışılması, bu düzenlemeye aykırıdır.

İMK kapsamında öngörülen zorunlu arabuluculuk açısından en önemli nokta ise İMK md. 3/12'de düzenlenmiştir. Buna göre, taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır. Yine bu hükümde, geçerli mazeretin ne olacağı hususunda detaylı düzenleme yapılmamış olup, takdir arabulucuya bırakılmıştır. Söz konusu düzenleme, sırf kanunun zorunluluk olarak öngörmesi sebebiyle göstermelik arabuluculuk faaliyetlerinin yapılmasını önlemek amacıyla düzenlendiği belirtilmektedir⁵⁶. Dikkat edilirse, buradaki yargılama giderleri yukarıda ifade edildiği gibi yargılama giderlerinden sayılan arabuluculuk ücreti değildir. HMK md. 323 kapsamında kalan vekalet ücreti, keşif giderleri, tanık ve bilirkişi ücreti, tebligat giderleri gibi tüm giderlerdir.

İMK md. 3/10 uyarınca, arabulucu başvuruyu görevlendiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırmak zorundadır. Bu süre ancak zorunlu hâllerde bir hafta süreyle uzatılabilir. Kanunda zorunlu hâllerin neler olduğu sayılmamıştır. Fakat doktrinde, taraflarla iletişime geçmede yaşanacak

⁵⁶ OĞUZ, s. 82.

sıkıntılar ile özellikle alacak kalemlerinin fazla olamsı hâlinde birden fazla görüşme yapılmak istenmesi ihtimali gibi durumlarda sürenin uzatılmasının mümkün olduğu ve söz konusu sürenin az olduğu gibi değerlendirmeler yapılmaktadır⁵⁷. Fakat kanaatimizce, yargılamaların zaten uzun olması göz önüne alındığında, arabuluculuk sürecinin daha da uzatılması; özellikle iş sözleşmelerinin sona ermesi hâlinde tek gelirinden yoksun kalmış işçiler açısından daha da ağır sonuçlar doğurabilecektir. Dolayısıyla bu düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Yapılan görüşmeler neticesinde, sürecin nasıl sonuçlandığına ilişkin tutanak tutulacaktır. Bu tutanak, arabulucu, taraflar veya vekilleri tarafından imzalanır. Tutanağın taraflar ve vekillerince imzalanmaması hâlinde; imzadan imtina ve bunun sebebi de belirtilerek tutanak arabulucu tarafından imzalanacaktır (HUAKY md. 17/2).

Taraflar arabuluculuk süreci sonunda anlaşılırsa, arabulucu anlaşma belgesi de hazırlar. Bu belge, eğer taraflar ve vekilleri ile arabulucunun imzasını içeriyor ise icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılır ve üzerinde anlaşılan hususlar hakkında artık dava açılmaz. Fakat bu şartları taşımayan belgelerin cebri icra vasıtasıyla yerine getirilebilmesi için, bu belgeye icra edilebilirlik şerhi konulması gerekmektedir. Bu icra edilebilirlik şerhinin konulması, sulh hukuk mahkemesinden talep edilmektedir (HUAK md. 18). İcra edilebilirlik şerhi içermeyen anlaşma belgelerinin başka bir resmî işlemde kullanılmak istenmesi hâlinde damga vergisi maktu olarak alınır.

Bu anlaşma belgesinin içeriği hakkında işe iade talepleri açısından kanun özel bir düzenleme de yapmıştır. İMK md. 12 uyarınca İMK md. 21'de yapılan değişiklik söz konusu düzenlemeyi içermektedir. Buna göre, işe iade talebiyle yapılan başvurularda işçinin işe başlatılması konusunda tarafların anlaşması hâlinde, anlaşma belgesinde işe başlama tarihinin, işçiye İşK md. 21/3 uyarınca ödenecek 4 aya kadar boшта geçen ücret ve diğer parasal haklarının ve işçinin işe başlatılmaması durumunda md. 21/2 uyarınca hak kazanacağı tazminatın parasal miktar olarak yer alması zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. Tıpkı davalar açısından olduğu gibi İMK, arabuluculuk yönünden de düzenleme yapmış ve anlaşmaya rağmen işçinin işe başlamaması hâlinde; feshin geçerli hâle geleceğini hüküm altına almıştır.

Taraflar arabuluculuk sonucunda anlaşamazlarsa, düzenlenecek son tutanağa üzerine anlaşma olmayan hususların yazılması gerekmektedir. Zira

⁵⁷ LOKMANOĞLU, s. 879-880.

arabuluculuk görüşmelerindeki hususlar tutanakla ispat edileceği için, son tutanakta yer almayan bir kalemin davada ileri sürülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, anlaşmazlık hâlinde düzenlenecek son tutanak, davanın seyri açısından da önem taşıyan bir belge niteliğini taşımaktadır.

E. Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri

İMK, arabulucuların hak ve yükümlülükleri ile ilgili düzenleme yapmamış ancak md. 3/21 uyarınca, bu kanunda yer almayan hususlar hakkında HUAK'ın uygulanacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla arabulucuların hak ve yükümlülükleri de HUAK uyarınca değerlendirilmelidir.

a. Arabulucu Unvânını ve Bu Unvânın Sağladığı Yetkileri Kullanma Hakkı

HUAK md. 6/1 uyarınca arabulucular siciline kayıtlı olan arabulucular, resmî arabulucu unvanını kullanma hakkına sahiptirler. Ayrıca arabuluculuk faaliyeti esnasında arabulucular siciline kayıtlı olduğunun anlaşılabilmesi için bu unvanını kullanmak zorundadır (HUAK md. 6/2). Fakat bu husus İMK kapsamındaki zorunlu arabuluculuk açısından sorun doğuracak nitelikte değildir. Zira, zaten İMK'daki usûl uyarınca arabulucular, esasen arabuluculuk listelerinden büro tarafından görevlendirilmektedir.

b. Ücret ve Masraf İsteme Hakkı

Arabuluculuk faaliyeti, ücretsiz bir faaliyet değildir. Bu husus hem HUAK md. 7'de hem de İMK md. 3/13'te açık bir şekilde belirtilmiştir. İMK uyarınca, tarafların arabuluculuk sonunda anlaşmaları hâlinde, arabulucunun ücreti AAÜT'ye göre belirlenir ve aksine bir anlaşma yoksa taraflarca eşit olarak karşılanır. Ancak arabuluculuk görüşmeleri için taraflara ulaşılamamış veya tarafların anlaşmamış olması ya da görüşmenin iki saatten az sürmesi üzerine tarafların anlaşmaması halinde; iki saatlik ücret tutarı AAÜT uyarınca Adalet Bakanlığı tarafından karşılanır. İşte bu sebeple İMK md. 3/13, tarafların anlaşmaları halinde arabulucuya ödenecek ücretin AAÜT'de belirlenen iki saatlik ücret kısmından az olamayacağını ifade etmiştir. Tarafların anlaşmaları, işe iade talebiyle yapılan görüşmeler sonucunda gerçekleşmiş ise, arabulucuya ödenecek miktar; işçiye işe iade hükümleri uyarınca işçiye işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat miktarı ile boşa geçen süreye ilişkin 4 aya kadar ücretin toplamı kadardır.

İki saati aşan bir görüşme sonunda taraflar anlaşmamış ise, iki saati aşan kısma ilişkin ücret taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça eşit şekilde AAÜT'ye göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti yargılama giderlerinden sayılır (İMK md. 3/14).

Arabulucunun tarafsız olması ve haklı-haksız, davacı-davalı ayrımları bulunmadığından ücretin taraflarca karşılanması makul bir yaklaşımdır⁵⁸. Ancak dikkat edilmesi gereken en önemli husus, ücretin taraflar arasında eşit olarak değil çoğunluğu veya tamamının bir kimse tarafından karşılanmasının kararlaştırılması durumudur. Zira böyle bir hâlde dahi, arabulucu tarafsızlığından taviz vermemeli ve fazla ücret vereni diğerine göre üstün tutacak söz ve davranışlardan kaçınmalıdır⁵⁹.

İMK md. 21 uyarınca, adli yardımdan faydalanma hükümleri de göz önüne alınmış ve arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan tarafın, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesine başvurması gerektiği ifade edilmiştir. Bu düzenleme özellikle işçi taraf açısından hakkaniyetli bir düzenlemedir. Adli yardım talebinin incelenmesi ve kapsamı hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde HMK md. 334 vd. hükümleri uygulanır.

c. Görevi Özenle, Tarafsız ve Bağımsız Şekilde Yerine Getirme Yükümlülüğü

Arabulucunun, özellikle kendisine başvurulması zorunlu olan arabulucunun en çok dikkat etmesi gereken yükümlülüğü arabulucunun görevini özenle ve tarafsızca yerine getirmesidir. Tarafsızlık, hâkimler için öngörülmüş tarafsızlık kavramından hareket edersek, arabulucunun görevini yaparken hiç kimseyi kayırmaması, kişisel görüş ve önyargılarının tesiri altında kalmaması ve bir tarafın ya da kendisinin çıkarını gözetmemesidir⁶⁰. Arabuluculuğun başarı ile sonuçlanması ve bu çözüm yoluna zorunluluğun ötesinde güven duyulabilmesi için arabulucunun bağımsız ve tarafsız olması şarttır⁶¹.

⁵⁸ ÖZBEK, C. II, s. 1224.

⁵⁹ Türkiye Arabulucular Etik Kuralları md. 9/5 (http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html) (Erişim Tarihi: 22.06.2018)

⁶⁰ BUDAK/ KARAASLAN, s. 26.

⁶¹ KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder; *Medeni Usûl Hukuku*, Ankara 2014, s. 772 vd.; ÖZMUMCU, Seda; *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, İstanbul 2013, s. 343 vd.

Bu tarafsızlık ve bağımsızlık, arabuluculuk görüşmesinin başlangıcından sonuna kadar devam etmelidir. Arabulucu, tıpkı hâkimlerde olduğu gibi bu süreci tarafsız bir şekilde yönetemeceğine kanaat getirirse, hangi aşamada olursa olsun bu süreçten çekilmelidir.⁶²

Söz konusu yükümlülük bilgilendirme yükümlülüğünü de içermektedir. Zira HUAK md. 9/2 uyarınca, tıpkı bilirkişiler için HMK md. 275'te öngörüldüğü gibi, arabulucu olarak görevlendirilen kimse tarafsızlığından şüpheye düşürecek önemli bir hâlin varlığı hâlinde bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklama üzerine, tarafların görevlendirilen arabulucu ile görüşmeye devam etmeleri hususunda takdir hakları vardır. Eğer taraflar, bu arabulucu üzerinde uzlaşırlar ise arabulucu görevine devam eder. Ancak, mevcut menfaat ilişkisi veya çatışması arabulucunun dürüstlüğüne ve sürece açıkça zarar verecek nitelikteyse, arabulucu tarafların aksi yönde isteği olsa dahi arabuluculuktan çekinmeli veya görevlendirmeyi reddetmelidir⁶³. HUAK uyarınca arabulucular, bu sıfatla görev yaptıkları uyuşmazlıklarla ilgili olarak açılacak davada, taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez (HUAK md. 9/4).

Arabulucunun bu görevi, özellikle taraflar arasında yapılacak görüşmelerde arabulucunun üstleneceği rol açısından önem kazanmaktadır. Bilindiği üzere, tıpkı davalara olduğu gibi tarafların arabuluculuk görüşmesine vekille katılma zorunluluğu yoktur. Taraf bizzat da görüşmeye katılabilir. Fakat özellikle işçi tarafının bu görüşmede ikna edilmeye çalışılması, işveren isteklerini büyük ölçüde kabul edilmeye sürekli olarak teşvik edilmesi, arabulucunun tarafsızlığını kaybettiği manasına gelir. Bunun dışında uygulamada, vekillerin katıldığı görüşmelerde dahi büyük sorunlar yaşanabildiği görülmektedir. Buna göre, genellikle kendisi de avukat olan arabulucunun, taraf vekilleri ile kişisel münakaşa veya tartışmaya girmesi; ya da vekillerin görüşmede ileri sürdüğü hususların tutanağa geçirilmek istenmemesi gibi hususlar arabulucunun tarafsızlık ve bağımsızlığını kaybetmesi manasına gelir. Arabulucunun görüşmede bu şekilde faaliyetlere girişmesi ve taraf haline gelmesi durumunda ne yapılacağı hususu da esasında çözüme kavuşturulmuş durumdadır.

d. Taraflar Arasında Eşitliği Gözetme Yükümlülüğü

⁶² Türkiye Arabulucular Etik Kuralları md. 3/4

⁶³ Türkiye Arabulucular Etik Kuralları md. 4/5.

Esasında söz konusu yükümlülük, arabulucunun yukarıda belirtilen tarafsızlık ve bağımsızlığı ile sıkı ilişki içerisinde olan bir yükümlülüktür. Zira tarafsız veya bağımsız olamayan bir arabulucunun tarafların eşitliğini gözetmesi de mümkün değildir. Ancak arabulucunun taraflara eşit davranması, yargılamadaki anlamı ile eşitlik değil, taraflarla yapılan müzakereler kapsamında onlara eşit şekilde yaklaşarak söz hakkı vermesi manasına gelmektedir⁶⁴.

e. Reklam Yasağına Uyuma Yükümlülüğü

Arabulucuların iş elde etmek için, reklâm sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında arabulucu unvânı ile avukat ve akademik ünvanlarından başka sıfat kullanılması yasaktır. Bu yükümlülük, AvK md. 55 kapsamındaki reklam yasağına paralel olup, haksız rekabetin önlenmesini amaçlamaktadır⁶⁵.

f. Tarafları Aydınlatma Yükümlülüğü

Arabulucu, HUAK md. 11 uyarınca; arabulucu, tüm süreç boyunca arabuluculuğun usul ve esasları hakkında taraflara gerekli bilgiyi vermekle yükümlüdür. Benzer şekilde İMK md. 3/8'de de düzenlenmiş ve arabulucunun iletişim bilgilerini bürodan aldıktan sonra taraflara ulaşım görevlendirme hakkında bilgi vereceğini ifade etmiştir.

Bu aydınlatma yükümlülüğü, hem süreçle ilgili hem de tarafların birbirlerine yönelik talep ve önerilerinin niteliği yönünden geçerlidir. Zira arabulucu, tarafların birbirleri ile etkili iletişim kurmalarını sağlamakla yükümlüdür. Ancak arabulucunun, özellikle avukat olması hâlinde, avukat kimliğinden sıyrılması ve sadece arabuluculuğun niteliği kapsamında bilgi vermesi, hukuki yönlendirmelerden kaçınması gerekmektedir. Çünkü tarafların arabuluculuk süreci devamında avukatlarından destek alması mümkündür⁶⁶.

g. Sır Saklama Yükümlülüğü⁶⁷

Yukarıda da ifade edildiği gibi arabuluculukta gizlilik esastır. Dolayısıyla arabuluculuk görüşmelerinde konuşulan hususlar ile taraflar ve uyuşmazlık hakkında arabulucunun bu vesileyle öğrendiği hususlar tamamen gizli olup,

⁶⁴ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 774; KARSLI, *Muhakeme*, s. 812.

⁶⁵ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 151-152; ÖZBEK, C.II, s. 1232.

⁶⁶ ÖZMUMCU, s. 355; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 153.

⁶⁷ Arabulucunun sır saklama yükümlülüğü ve gizlilik hakkında daha detaylı bilgi için bkz. YAZICI TIKTIK, Çiğdem; *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul 2013.

bu konuda tanıklık yapılması da kural olarak HUAK ile yasaklanmıştır. Bir diğer deyişle sır saklama yükümlülüğü, arabuluculuk uygulamasına karakterini veren gizlilik ilkesinin özel bir yansıması olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, gizlilik ve beyan ve belgelerin kullanılmaması ilkelerine ilişkin yukarıda açıklamalar yaptığımızdan oraya atıf yapmakla yetiniriz. Ancak şu söylenmelidir ki, arabulucu görevi kapsamında, sadece taraflar değil üçüncü kişilerle ilgili öğrendiği sırları da saklamak ve tanıklıktan çekinmek zorundadır⁶⁸.

h. Dosya Saklama Yükümlülüğü

Arabulucu, İMK uyarınca taraflarla görüştüğü ve görevlendirme hakkında bilgi verdiği, arabuluculuk görüşmelerinde gerçekleşen işlem ve eylemler gibi durum ve aşamaları mutlaka belgelendirmelidir⁶⁹. Bu dosya saklama yükümlülüğü, özellikle tutanak tutulması açısından son derece önemlidir. Zira arabuluculuk görüşmelerinin sona ermesi hâlinde düzenlenecek son tutanak, ileride açılacak davanın seyri açısından önemli olduğu gibi 7036 sayılı Kanunun 24. maddesi uyarınca düzenlenen HUAK md. 18/4'e göre taraflar ile avukatlarının ve arabulucunun imzaladığı anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmadan ilâm niteliğinde belge sayılacağı ifade edilmiştir.

Arabulucular, arabuluculuk sona erdikten sonra bu süreç boyunca kendisine yapılan beyan ve bildirimleri, kendisine tevdi edilen belgelerin asıl veya kopyaları ile uzlaşma tutanağından müteşekkil dosyayı, tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren beş yıl süreyle saklamak zorundadır⁷⁰. Bu yükümlülük, daha sonra ortaya çıkacak tereddütlerin giderilmesi ve arabuluculuk faaliyetlerinin belgelenmesi amacıyla getirilmiştir. AYM, bu düzenlemeyi, tarafların arabuluculuk faaliyetlerini güven içinde sürdürmeleri ve hukuki güvenlik ilkesinin sağlanması için de elzem olarak görmüştür⁷¹.

1. Aidat Ödeme Yükümlülüğü

Arabulucular, genel bütçeye gelir olarak kaydedilecek olan, sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl yıllık aidatı ödemekle yükümlüdürler (HUAK md. 12). Bu aidat her yıl Arabuluculuk Kurulu tarafından tayin

⁶⁸ ÖZMUMCU, s. 357-360; YAZICI TIKTIK, s. 174.

⁶⁹ YAZICI TIKTIK, s. 139; ÖZBEK, C. II, s. 1233.

⁷⁰ Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları md. 12 (<http://www.taa.gov.tr/arabuluculuk/etik.pdf>) (Erişim Tarihi: 23.06.2018)

⁷¹ AYM 2012/94 E. 2013/89 K. 10.07.2013 T.

edilip, Haziran ayı sonuna dek ödenir ve genel bütçeye gelir kaydedilir (HUAKY md. 14).

SONUÇ

7036 sayılı Kanun ile öngörülen zorunlu arabuluculuk uygulaması, hukukumuzda esasen yeni olmayan arabuluculuk uygulamasının farklı bir uzantısı olmuştur. İş mahkemelerinin görev alanına giren ve davaların da büyük kısmını oluşturan alacak ve tazminat talepleri ile işe iade davaları açısından arabulucuya başvurma zorunlu hale getirilmiştir. Söz konusu bu uygulama, İMK gerekçesinde belirtildiği gibi iş mahkemelerinin yükünü azaltmak için getirilmiş ise de, kanaatimizce tam aksi etki yapacaktır. Zira bu sistem ile, esasında mahkemelere başvurmadan önce anlaşma imkânının Türkiye gerçeklerinde az olacağını düşündüğümüz bir süreç ile uyuşmazlığın sona erdirilmesi ertelenmiş olacaktır.

Değnilmesi gereken bir diğer nokta olarak, kanımızca bu düzenleme teorik olarak da arabuluculuğun niteliği ve Anayasa hükümlerine aykırıdır. Bu kapsamda, iş ilişkisi gibi son derece hassas özel hukuk ilişkilerinde bu uygulamanın varlığı, mahkemelere erişim hakkını sınırlandıracaktır. Dolayısıyla hem hukuki temel bakımından hem de pratik açıdan söz konusu bu uygulamanın hem Anayasa hem de medeni usûl hukuku ve iş hukuku ilkeleri ile bağdaşmadığı açıktır.

Çalışmamızda da, bu teorik sıkıntıların yanısıra özellikle arabulucuların yükümlülükleri kapsamında, kanundaki eksikliklerin tamamlanması ve görüşmelerin daha verimli geçmesi açısından sıkıntı yaratan uygulamalara değnilmeye ve bunlar için bazı hukuki çareler gösterilmeye çalışılmıştır. Kanımızca, uygulamanın da ilerlemesi ile kanunda değişiklik yapılması zaruri hâle gelecektir.

KAYNAKÇA

AKÇA, Çağatay; “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Arabuluculuk ve Uzlaştırma”, *HGD*, Makaleler, S. 2009/1.

AKİL, Cenk; “Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu”, *İÜHFM*, C. LXX, S. 2, İstanbul 2012.

AKKAN, Mine; *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul 2017.

AKSU GRUND, Özge; “Ticari ve Hukuki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümünde İngiltere Örneği Merkezinde Bir Değerlendirme”, *Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 95-96.

ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, M. Kamil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis; *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, 8. Baskı, İstanbul 2009.

ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema; *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2017.

BİLGE, Necip/ ÖNEN, Ergun; *Medenî Yargılama Hukuku*, Ankara 1978.

BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol; *Medenî Usul Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul 2017.

BULUR, Alper; “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, *ABD*, Yıl: 65 S. 2007/4.

DEMİR, Şamil; “Arabuluculuk Eğitiminde Avusturya Örneği”, (<http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-egitimi/arabuluculuk-egitiminde-avusturya-orneği>) (Erişim Tarihi: 03.04.2018).

DENDORFER, Renate; “Almanya’da Arabuluculuk Uygulamaları”, *Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, TBB Yayınları*, Ankara 2012.

DEYNEKLİ, Adnan/ KISA, Sedat; *İtirazın İptali Davaları*, 3. Baskı, Ankara 2013.

ERDÖNMEZ, Güray; *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul 2017.

GOODMAN, Andrew; Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği, Çev. Aşıyan Süleymanoğlu, Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2016.

GÖRGÜN, Şanal/ BÖRÜ, Levent/ TORAMAN, Barış/ KODAKOĞLU, Mehmet; *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul 2017.

GÜZEL, Ali; “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 50, 2016/3.

ILDIR, Gülgün; *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1. Baskı, Ankara 2003.

KAR, Bektaş; *İş Güvencesi ve Uygulaması (6356 sayılı STİK ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (Arabuluculuk) Kapsamında Yenilenmiş)*, 3. Baskı, Ankara 2017.

KARACABEY, Kürşat; “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, *ABD*, Yıl: 74 S. 2016/1.

KARSLI, Abdürrahim; *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2014. (Kısaltma: KARSLI, İcra)

KARSLI, Abdürrahim; *Medenî Muhakeme Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 2014. (Kısaltma: KARSLI, Muhakeme)

KEKEÇ, Elif Kısmet; *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. Baskı, Ankara 2016.

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan; “Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri”, *BATİDER*, C. XXII S. 4.

KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder; *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 25. Baskı, İstanbul 2014.

KURU, Baki; *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2017. (Kısaltma: KURU, İcra)

KURU, Baki; *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2017. (Kısaltma: KURU, Usûl)

LOKMANOĞLU, Salim Yunus; “İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı”, *TAAD*, Yıl:9 S. 33, Ankara 2018.

MUŞUL, Timuçin; *İcra İflâs Hukuku Esasları*, 6. Baskı, İstanbul 2017.

NAMLI, Mert; “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı*, Ankara 2016.

NARMANLIOĞLU, Ünal; “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, *Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, 1. Baskı, İstanbul 2008.

OĞUZ, Özgür; *Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 1. Baskı, İstanbul 2016.

ÖZBEK, Mustafa Serdar; *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 4. Baskı, İstanbul 2016.

ÖZEKES, Muhammet; “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçerisinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, *HPD*, S. 2006/7.

ÖZEKES, Muhammet; *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul 2017. (Kısaltma: ÖZEKES, Pekcanitez Usûl)

ÖZMUMCU, Seda; *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, 1. Baskı, İstanbul 2013.

PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet; *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, İstanbul 2017.

PEKCANITEZ, Hakan; “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, *HPD*, S. 2005/5.

PEKCANITEZ, Hakan; “Hollanda’da Arabuluculuk Uygulamaları”, *Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı*, Ankara 2012.

SEVİM, Onur Utku; *Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk*, 1. Baskı, Ankara 2016.

SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral; “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, *MİHDER*, S. 2005/2.

SÜZEK, Sarper; *İş Hukuku*, 14. Baskı, İstanbul 2017.

ŞAHİN, Hüseyin Güngör; *Arabuluculuk*, İstanbul 2008.

TANRIVER, Süha; “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *TBBD*, S. 64, Mayıs-Haziran 2006. (Kısaltma: TANRIVER, Arabuluculuk)

TANRIVER, Süha; *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 2. Baskı, İstanbul 2018. (Kısaltma: TANRIVER, Usûl)

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis; *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, İstanbul 2012.

TUNCAY, Aziz Can/ EKMEKÇİ, Ömer; *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 18. Baskı, İstanbul 2016.

ÜSTÜNDAĞ, Saim; *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2000.

YAZICI TIKTIK, Çiğdem; *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, 1. Baskı, İstanbul 2013.

YILDIRIM, M. Kâmil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis; *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2016.

YILMAZ, Ejder; “İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği”, *Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan*, 1. Baskı, Ankara 2009.

YILMAZ, Ejder; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. I-II-III, 3. Bası, Ankara 2017.

KISALTMALAR CETVELİ:

AAÜT	: Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKY	: Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
ArbGG	: Arbeitsgerichtsgesetz (Alman İş Mahkemeleri Kanunu)
Art.	: Artikel (madde)
AvK	: 1136 sayılı Avukatlık Kanunu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi

BATİDER :	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: bakınız
C.	: cilt
c.	: cümle
CPC	: Code de Procédur� Civile (Fransız Medeni Usûl Kanunu)
CPR	: Civil Procedure Rules (İngiliz Medeni Usûl Kanunu)
dn.	: dipnot
E.	: Esas Numarası
HD.	: Hukuk Dairesi
HGD	: Hukuki Gündem Dergisi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
�İK	: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
İMİK	: 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
İşK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
m.	: madde
MG	: Mediationsgesetz (Alman Arabuluculuk Kanunu)
MİHDER	: Legal Medeni Us�l ve İcra İflas Hukuku Dergisi
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: sayı
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
SSGSSK	: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBĐ	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TK	: 7201 sayılı Tebligat Kanunu

vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
ZivMediatG	: Zivilrechts-Mediations-Gesetz (Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu)

**# ADİL YARGILANMA HAKKI VE ADİL YARGILANMA
HAKKININ İHLALİ HALİNDE GİDİLEBİLECEK YASAL YOLLAR**
(THE RIGHT TO A FAIR TRIAL AND WHAT THE LEGAL PROCEDURES ARE IN CASE
OF THE VIOLATION OF THE RIGHT TO A FAIR)

İbrahim TAN* **

*“Bizi yalnız özgürlük için
Mutluluk için yarattılar
Dua neyse itiraf için
Kırağıya pencere kadar
Mevsim neyse esrimek için
Sevdalanmak için de bahar*

*Bizi yalnız özgürlük için
Mutluluk için yarattılar...”¹*

ÖZ

Çalışmamızın konusunu adil yargılanma hakkı ve bu hakkın ihlali halinde gidilebilecek yasal yolların neler olduğu oluşturmaktadır. Çalışmamızın ilk kısmında hakkın esasını oluşturan unsurlar üzerinden adil yargılanma hakkının içeriği incelenirken yeri geldiğinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından faydalanılmış, Mahkeme'nin hakkı yorumlayış tarzı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Hakkın ihlali halinde gidilebilecek yasal yolların yer aldığı ikinci bölüm, ilk bölüme kıyasla detaylı incelenmeyecek olup genel hatlarıyla belirtilecektir.

Demokratik hukuk devletinin özelliği ve bir gereği olarak bağımsız ve tarafsız olması gereken yargı makamlarında adil bir yargılanmadan bahsedilebilmesi için mahkemeye erişim hakkının olması, yasa ile kurulan bağımsız ve tarafsız mahkemenin olması, yargılamanın makul süre içerisinde yapılması, yargılamanın kamuya açık olması ve hakkaniyete

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 24.08.2018. İlk hakem raporu tarihi: 13.09.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 16.10.2018. Onaylanma tarihi: 18.10.2018.

* Avukat, İstanbul Barosu.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-3698-9821

Esere Atf Şekli: İbrahim TAN, “Adil Yargılanma Hakkı Ve Adil Yargılanma Hakkının İhlali Halinde Gidilebilecek Yasal Yollar”, YÜHFD, C.XV, 2018/2, s.115-159

¹ Louis Aragon'un Elsa'ya Şiirler kitabında yer alan Bir Adam Geçiyor Pencerenin Altından ve Şarkı Söylüyor şiirinin ilk dizeleri. Aragon, Louis; Elsa'ya Şiirler, Cem Yayınevi (Çev.: Said Maden), Ekim 1975, Baha Matbaası, s. 34 vd.

uygun yargılama yapılması gerekmektedir. Adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi halinde taraflar Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkına sahiptir.

Anahtar Kelimeler: *Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Yolu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bireysel Başvuru Yolu*

ABSTRACT

The subject of our article consists of the right to fair trial and what are the legal procedures one can take under the violation of the right in question. In the first part of our study, the context of the right to fair trial is examined through the elements which form the core principals of the right while taking into account the court practices of the European Court of Human Rights and as well the interpretation method of the court on the right in practice. In the second part where the legal procedures are explained under the violation of the right won't be examined fully in detail compared to the first part of our study and will be described in general terms.

In order to mention of a fair trial at the judicial offices which should be independent and impartial by nature as a necessity and a characteristic of democratic constitutional state, there needs to be the right of access to a court, the presence of independent and impartial courts established by the law, the implementation of the jurisdiction within reasonable time, open to general public and the practice of equitable jurisdiction. In the case of the violation of the right to fair trial, the parties have the right to make an individual application to Constitutional Court or the European Court of Human Rights.

Keywords: *Right to Fair Trial, European Convention on Human Rights, Individual Application to Constitutional Court, Individual Application to European Court of Human Rights.*

GİRİŞ

Adalet kavramının önemi farklı zamanlarda farklı toplumlarda dile getirilmiştir. Söyleyenler ve söylemler birbirinden ne kadar farklı olsa da ortak olan, adaletin başta toplumsal yaşamın sürdürülmesinde olmak üzere hayatın hemen her alanında bir ihtiyaç olmasıdır. 634-644 yılları arasında

İslam Devleti'nin Halifesi Hz. Ömer “*Adalet mülkün temelidir*”²; 1215 yılında Magna Carta Libertatum “*Hak ve adaleti hiç kimseye satmayacağız, hiç kimseyi bundan mahrum etmeyeceğiz ya da hak ve adaleti geciktirmeyeceğiz*”³ ve 1945'te “*İnsanın ana haklarına, şahsın haysiyet ve değerlerine, erkek ve kadınlar için olduğu gibi, büyük ve küçük milletler içinde hak eşitliğine olan imanımızı yeniden ilan etmeye...*” Birleşmiş Milletler halkının azmetmiş olduğu⁴ belirtilmiştir.

Tarihsel süreç boyunca korunması ve güçlendirilmesi adına çeşitli ulusal belgeler ortaya konulmasına rağmen devlet yöneticilerinin mutlak iktidarları karşısında insan hakları her zaman göz ardı edilmiştir. Geçmişte bireyin yalnızca ulusal hukuk düzeninde özne olması hususunun 20. yüzyıl itibariyle değişerek uluslararası hukuk düzeninde de özne konumuna gelmiş olması ile insan hakları günümüzde artık uluslararası hukuk kavramı haline gelmiştir⁵. Ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinde özne konumunda olan birey böylelikle hem iç hukukta hem de uluslararası sözleşmelerde birtakım ortak haklara sahip olmuştur. Bu sayede bireylerin yalnızca insan olmalarının gereği olarak doğuştan sahip oldukları hak ve hürriyetlerin etkili bir şekilde korunabilmesi hususunda güvence sağlanması bakımından mekân sınırlaması söz konusu olmaktan çıkmıştır.

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik olarak hem Anayasa hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde hüküm altına alınan haklar arasında yalnızca hukuk davalarında değil, aynı zamanda ceza ve idare hukuku alanındaki yargılamaya ilişkin hak ve ilkeleri belirleyen adil yargılanma hakkı da yer almaktadır⁶. Çalışmamızın konusunu oluşturan adil yargılanma hakkı herkes için geçerlilik taşımakta olup adaletin tesisi için büyük önem arz etmektedir. Belirtmek gerekir ki, adil yargılanma hakkı yalnızca hukuki bir terim değildir; hukuk devleti ve demokrasi kavramları ile de yakın bir ilişki içindedir. Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

² “Hz. Ömer'in bu veciz ifadesinde, adalet olmadan devletin olmayacağı vurgulanmıştır” Yılmaz, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 22.

³ <https://bianet.org/bianet/bianet/165498-800-yil-once-8-yuzyil-sonra-magna-carta-libertatum> (Erişim Tarihi: 05.06.2018)

⁴ Gözübüyük, A. Şerif; Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 17. Bası, Ankara 2002, s. 444.

⁵ Anayurt, Ömer; Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 157.

⁶ İnceoğlu, Sibel; Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, Ankara 2007, s. 9.

içtihatlarında adil yargılanma hakkı hukuk devleti ve demokrasi ile bağlantılı olarak ele alınıp incelenmiştir⁷.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen nitelikleri haiz hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti, adil yargılanma hakkının vatandaşlar nezdinde yalnızca bir hak olmadığını, bu hakkın gerçekten aktif bir şekilde hukuk düzeninde uygulanır olduğunu gözetmekle yükümlüdür. Çünkü hukuk devleti, adil yargılanma hakkının gerçekten ve fiilen işlediği, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı bir yapıyı ifade eder⁸. Aksi takdirde hukuk devletinde yargılama temin edilmemiş olur⁹. Devletlere pozitif yükümlülük getiren bu hak ile esasen mahkemenin en doğru veya en adil kararı vermesinden ziyade, tüm bireylere benzer şekilde uygulanarak güvence veren, şekli olarak yargılamada olması gereken kuralların var olduğu bir sistemin ortaya konulmasıdır¹⁰.

Bireyin özne olarak yalnızca ulusal düzeyle sınırlı kalmadığı; temek hak ve hürriyetlerin uluslararası alanda da korunduğu; Anayasa'nın ilgili maddeleri ile devlete yüklenen pozitif yükümlülükler ışığında çalışmamızın esas konusunu adil yargılanma hakkı oluşturmaktadır. Hakkı oluşturan unsurların sırasıyla ele alınmasının devamında hakkın ihlali halinde ulusal ve uluslararası başvuru yolları olan Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolları ele alınacaktır.

I. ADİL YARGILANMA HAKKI

A. GENEL OLARAK

Hukuk sistemimizin en üst normu olan Anayasa'nın ikinci kısmında temel hak ve ödevler düzenlenmiş ve anılan kısımda hakların korunması ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümlerden biri olan "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle *herkesin meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Ancak adil yargılanma*

⁷ Turan, Hüseyin; Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi, TBB Dergisi, Yıl: 2009, Sayı: 84, Sayfa: 213-230, s. 220.

⁸ Erol, Muhammed Akif; Adil Yargılanma Hakkı ve Yüksek Askeri Şura Kararları, Yeni Türkiye Dergisi, İnsan Hakları Özel Sayısı II, Yıl: 1998(Temmuz-Ağustos), Sayı: 22 Sayfa: 945-949, s. 945; Turan, s. 219.

⁹ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2007, s. 254.

¹⁰ Çiçek, Mustafa Tayıp; AİHS Işığında Adil Yargılanma Hakkı ve Türk İdari Yargısı(Danışman: Yrd. Doç. Dr. Cem Duran Uzun), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 6.

hakkının tanımına, Anayasa veya bir başka iç hukuk normunda yer verilmemiştir.

Öte yandan insan hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi amacıyla uluslararası arenada çeşitli örgütler kurulmuştur.

parlamentolarınca onayladığı uluslararası sözleşme ve benzeri belgeler doğrultusunda faaliyet göstermektedirler¹¹.

Yukarıda ifade edilen örgütlerden bir tanesi olarak Avrupa Konseyi, 1949'da başta insan hakları ve hukukun üstünlüğü olmak üzere çeşitli demokratik değerlerin korunması amacıyla kurulmuştur. Konsey tarafından hazırlanan ve üye ülkelerin imzasıyla 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren, tam adı *İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme* olan *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, ülkemizce imzalanmasını müteakip gerekli hukuki süreçler tamamlandıktan sonra 18 Mayıs 1954 tarihinde iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir.

Avrupa Konseyi, kendi bünyesinde oluşturduğu mekanizmalar aracılığıyla sözleşmede yer alan insan hak ve özgürlüklerinin imzacı devletler tarafından teorikte olduğu gibi pratikte de uygulanmasını sağlamak için denetleme yoluna gitmiştir. Bahsedilen denetim sorumluluğu, 1954 yılında oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı'na verilmişken, 1 Kasım 1998 yılında yürürlüğe giren 11 Numaralı Protokol ile iki organın yerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi görevli hale getirilmiştir.

Birçok hak ve özgürlüğün yer aldığı ve aynı zamanda uygulanması açısından denetiminin de yapıldığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne çalışma konumuz olan adil yargılanma hakkı, 11 Numaralı Protokol hükümleri ile işlenmiştir¹². Adil yargılanma hakkına yargılama usulü hakkında düzenlemeler içeren 6. maddesinde yer veren Avrupa İnsan

¹¹ Gözübüyük, A. Şeref/ Gölcüklü, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10. Baskı, Ankara 2013, s. 4; Karaosmanoğlu, Fatih; İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2011, s. 131.

¹² 11 Numaralı Protokol'ün hükümleri doğrultusunda Sözleşme metnine işlenen haklar ve özgürlüklerin tamamı sırasıyla şöyledir: Yaşam hakkı (madde 2), İşkence yasağı (madde 3), Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (madde 4), Özgürlük ve güvenlik hakkı (madde 5), Adil yargılanma hakkı (madde 6), Kanunsuz ceza olmaz (madde 7), Özel ve aile hayatına saygı hakkı (madde 8), Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (madde 9), İfade özgürlüğü (madde 10), Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü (madde 11), Evlenme hakkı (madde 12), Etkili başvuru hakkı (madde 13), Ayrımcılık yasağı (madde 14) Gözübüyük, s. 452; <http://www.ihd.org.tr/avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-ve-eki-protokollerde-yer-alan-haklar-ve-ozgurlukler/> (Erişim tarihi: 08.06.2018)

Hakları Sözleşmesi, hakka ilişkin herhangi bir tanım yapmamış, ilk fıkrasında hakkı oluşturan unsurları saymakla yetinmiştir¹³:

“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, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî 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.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre bir yargılamanın adil olup olmadığının tespiti için 4 unsur sayılmıştır. Bu 4 unsurun yanı sıra Sözleşme'nin anılan maddesinde açıkça belirtilmeyen mahkemeye erişim hakkı, her ne kadar ceza yargılamaları için öngörülmüş olsa da yeri geldiğinde hukuk ve idari yargılamalar için de uygulama alanı bulacaktır. Bu unsurlar sırasıyla;

- Mahkemeye erişim hakkının olması,
- Yasa ile kurulan bağımsız ve tarafsız mahkeme olması,
- Yargılamanın makul süre içerisinde yapılması,
- Yargılamanın kamuya açık olması,
- Hakkaniyete uygun yargılama yapılmasıdır¹⁴.

Adil yargılanma hakkı esas itibarıyla 5 unsurdan oluşmasına karşın Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkrası hakkın doğal uzantıları kapsamındadır. Madde 6/2'de masumiyet karinesi düzenlenirken m. 6/3'te sanığın sahip olduğu asgari haklara yer verilmiştir. Çalışmamızın devamında adil yargılanma hakkının unsurları ele alınacak olup masumiyet karinesi ve sanık haklarına da değinilecektir.

¹³ Adil yargılanma hakkı kendi içinde birden fazla hakkı barındırmaktadır. Tanım yapılmamış olması aslında hakkı daraltmamış, aksine geniş tutularak daha kapsamlı olmasına katkıda bulunulmuştur.

¹⁴ Tanrıver, Süha; Medeni Usul Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 393.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

B. ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI

B.1. Mahkemeye erişim hakkının olması

Adil yargılanma hakkının ilk unsuru olan mahkemeye erişim hakkı, hakkın özünde bulunan temel bir unsur olmakla beraber bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerine ve dava sonucunda karar verilmesine, suç isnadı altında olanlar için ise haklarında karar verilmesine imkân sağlamaktadır¹⁵. Sözleşme metninde mahkemeye erişim hakkına ilişkin olarak açık bir ifade bulunmasa da AİHM'in Golder v. Birleşik Krallık davası kararında söz konusu hakkın 6. maddenin 1. fıkrası ile tanındığı sonucuna varılmış, böylelikle herkesin medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin tüm iddialarını mahkeme önüne getirmesi hakkına sahip olduğu belirtilmiştir¹⁶. Genel itibariyle AİHM içtihatları dikkate alındığında ise mahkemeye erişim hakkının kapsamının medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadının varlığına bağlı olduğu değerlendirilmektedir¹⁷.

Mahkemeye erişim hakkı ulusal hukukta ise Anayasal güvence altına alınmış; m. 36/1'de herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiş; m. 40/2'de devletin işlemlerinde, ilgili kişilere hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağı ve süreleri belirtmek zorunda olduğu; m. 125/ 1'de idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğuna hükmedilmiştir.

Öte yandan kişilere yalnızca teorik olarak mahkemeye erişim hakkının düzenlenmesi yetmemekte, bu hakkın etkili şekilde uygulanmasının sağlanması da gerekmektedir. Çünkü adil yargılanma hakkını oluşturan hakkaniyetle yargılanma hakkı, aleni yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, masumiyet karinesi gibi hak ve ilkelerin işlerlik kazanabilmesi için öncelikle kişilerin hak ve taleplerini yargılama mercileri önüne taşıyabilmesinin etkin bir şekilde sağlanması gerekmektedir¹⁸. Bu hususta AİHM, Airey v. İrlanda davası kararında üye Devletlerce

¹⁵ Ekinci, Ahmet; Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVIII, Yıl: 2014, Sayı: 3-4, Sayfa: 821-848, s. 823; Çayan, Gökhan; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı, TAAD, Yıl: 7, Sayı: 28 (Ekim 2016), Sayfa: 235-271, s. 238.

¹⁶ AİHM; Golder v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, Karar Tarihi: 21 Şubat 1975, Paragraf 36; Mole, Nuala/Harby, Catharina; Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Kitapçıkları No: 3, 1. Baskı (çev. Adalet Bakanlığı), s. 71.

¹⁷ Ekinci, 829.

¹⁸ Ekinci, 825.

mahkemelere etkili erişim hakkının garanti edilmesi gerektiğini “Sözleşme güvence altına alınan hakları teorik ya da farazi olarak değil, uygulanabilir ve etkin olarak korumayı amaçlar. Bu durum özellikle, demokratik bir toplumda adil yargılanmaya erişim hakkının tuttuğu önemli yer bakımından, mahkemelere erişim hakkı için geçerlidir” ifadeleriyle belirtmiştir¹⁹.

AIHM tarafından etkin şekilde pratikte işlevsel olması belirtilen mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Sözleşme’de hakkın dar anlamı ile tanımına yer verilmediğinden her hakkın içeriğini belirleyen sınırlar dışında zımni kısıtlamalar getirilmesine imkân sağlandığı ifade edilebilecektir²⁰. AIHM’in Ashingdane v. Birleşik Krallık davasına ilişkin vermiş olduğu kararda mahkemeye erişim hakkının zaman ve yer açısından toplumun ve bireylerin gereksinimlerine ve kaynaklarına göre değişiklik gösterebildiği için bu alandaki en iyi politikanın hangisi olacağına karar vermenin Mahkeme’nin görevleri arasına girmediği, hakkın doğası itibariyle Devlet tarafından düzenleme yapılmasının gerektiği ifade edilmiştir²¹. Ancak Mahkeme, Devletlere zımni sınırlandırmada takdir yetkisi tanırken yine aynı kararda hakkın özünü zedeleyecek derecede kısıtlama getirilmemesi uyarısında bulunmuştur. Meşru bir amaca yönelik olmadığı ve kullanılan yöntem ile ulaşılmaması hedeflenen amaç arasında makul bir orantısallık ilişkisi bulunmadığı takdirde söz konusu kısıtlama adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verecektir²².

Bazı durumlarda mahkemeye erişim hakkı davacının içinde bulunduğu veya sahip olduğu özel durumlar nedeniyle tanınmayabilecektir. Reşit olmayanlar, akli dengesi yerinde olmayanlar, müflisler ve sadece zarar verme amaçlı dava açanlara bu hak bakımından uygulanan kısıtlama halinin meşru bir amaca sahip olduğu Mahkeme tarafından bildirilmiştir²³. Ayrıca hakkın sınırlandırılabilmesi için bir diğer durum, davanın gerçekleştirilebilmesini etkin şekilde engelleyen dokunulmazlık hallerinin mevcut olmasıdır. Bu hallere ise Devletlerin ve milletvekillerinin sahip olduğu dokunulmazlıkların yanı sıra ulusal mevzuatta var olan usule ilişkin

¹⁹ AIHM, Airey v. İrlanda, Başvuru No: 6289/73, Karar Tarihi: 9 Ekim 1979, Paragraf 24; Dutertre, s. 153.

²⁰ AIHM, Golder v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, Karar Tarihi: 21 Şubat 1975, Paragraf 38.

²¹ AIHM, Ashingdane v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 8225/78, Karar Tarihi: 28 Mayıs 1985, Paragraf 57.

²² Dutertre, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi, Kasım 2003, s. 157.

²³ Mole/Harby, s. 73.

kısıtlamalar ve gereklilikler örnek gösterilebilir. AİHM Osman v. Birleşik Krallık davası kararında polislin asayişi koruma ve suçu önlemedeki etkisini korumaya yönelik olarak soruşturmada önleyici görev yapması kapsamında ihmal nedeniyle yargı dokunulmazlığına sahip olmasının meşru sayılabileceğini belirtmiştir²⁴.

Mahkemeye erişim hakkı aynı zamanda etkili karar hakkının mevcut olması ve bu kararın uygulanabilir olmasını içermektedir. Mahkeme kararlarının kesinliği ilkesine dayanan *etkili karar hakkı* bireylerin yargılama makamları önünde kesin ve icra edilebilir bir karar alma hakkına sahip olmasını ifade eder²⁵. AİHM yargı kararlarının uygulanmasının koruma kapsamında olmadığını düşünölemeyeceğini ve bu hususun 6. maddenin ayrılmaz bir parçası olduğunu; Devlet'in iç hukuk sisteminin nihai bir kararın taraflardan birinin aleyhinde olacak şekilde uygulanmadan kalmasına izin vermesi, diğere bir ifadeyle kesinleşmiş mahkeme kararının icra edilmemesi veya icra talebinin reddedilmesi halinde söz konusu hakkın aldatıcı olmaktan öteye gitmeyeceğini belirtmiştir²⁶.

Mahkemeye erişim hakkı, AİHM'in Airey v. İrlanda davası kararında değindiği üzere bireylere yasal yardımı da kapsamaktadır²⁷. Anılan davada, başvuru olan yoksul bir kadının kocasından ayrılmak için yasal yardım talebi Sözleşmecî Devlet tarafından reddedilmiş, Mahkeme ise başvuruçunun mahkemeye erişim hakkından faydalanamadığını tespit etmiştir. Mahkeme, kararında devletin her davada adli yardımda bulunmak zorunda olmadığını, hukuki temsilcinin zorunlu oluşu ya da usul veya davanın karmaşıklığı nedeniyle bu yardımın etkin bir şekilde mahkemeye erişim imkânı açısından kaçınılmaz olduğunun kanıtlanması halinde devletin adli yardımda bulunmak zorunda olduğunu belirtmiştir²⁸.

B.2. Yasa ile kurulan bağımsız ve tarafsız mahkeme olması

Adil yargılanma hakkının ikinci unsuru yargılamanın yasayla kurulan, bağımsız ve tarafsız mahkemece yapılmasıdır. Genel olarak unsur, kanuni olarak kurulmuş olan yargılama organının yasama, yürütme ve diğere bütün kurum ve kişilere karşı bağımsızlığını teminat altına almış olmasını ve

²⁴ Mole/Harby, s. 75.

²⁵ Ekinci, s. 842.

²⁶ AİHM, Hornsby v. Yunanistan, Başvuru No: 18357/91, Karar Tarihi: 19 Mart 1997, Paragraf 40; Dutertre, s. 158; Çayan, s. 240.

²⁷ Çayan, s. 240.

²⁸ AİHM, Airey v. İrlanda, Başvuru No: 6289/73, Karar Tarihi: 9 Ekim 1979, Paragraf 26; Mole/Harby, s. 74.

davanın taraflarına karşı objektif bir yargılama usulünün teminat altına alınmasını ifade etmektedir²⁹.

Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme unsuru bakımından iç hukukumuzda bakacak olursak Anayasa'nın 9, 36, 37, 138, 139 ve 140. maddelerinde yargılama yetkisi, mahkemelerin kuruluşu ve tabii hâkim ilkesine dair hükümlere yer verilmiş olduğu görülecektir. Anayasa'nın "Yargı yetkisi" başlıklı 9. maddesine göre "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır". Anayasa'nın "Kanunî hâkim güvencesi" başlıklı 37. maddesinde tabii hâkim veya tabii mahkeme ifadesi geçmese de aslında düzenlenen "tabii hâkim ilkesi"dir ve yine aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan "Hiç kimse kanunen tabii mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabii mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz" hükmü "olağan mahkeme ilkesi"nin kabul edildiğinin göstergesidir³⁰. Anayasa'nın "Mahkemelerin bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesinin 1. fıkrasına göre; "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler". Anayasa'nın "Hâkimlik ve savcılık mesleği" başlıklı 140. maddesinin 2. fıkrasına göre ise "Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler"³¹.

İç hukukumuzda ilgili hükümler böyleyken yasa ile kurulan bağımsız ve tarafsız mahkeme unsurunun içeriğini incelemek için sözleşme organları içtihatlarında ele alındığı üzere "mahkeme", "yasa ile kurulan", "bağımsız" ve "tarafsız" sözcüklerinin tek tek üzerinde durulması gerekmektedir³².

Öncelikle bir organın "mahkeme" olarak nitelendirilebilmesi için gerekli şartların neler olduğuna ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Belilos v. İsviçre davası kararında şu hususları belirtmiştir:

"...mahkeme, yetkisi dahilindeki konuları hukuk kuralları temelinde, belirlenen usule bağlı olarak görülen davaların neticesinde karara bağlayan bir mercidir. Ayrıca, birçok diğer koşulun da yerine getirilmesi gerekir -bağımsızlık- özellikle de yürütmeden; tarafsızlık; üyelerin görev

²⁹ İnceoğlu, s. 30.

³⁰ Gözler, Kemal; Sulh Ceza Hâkimlikleri ve Tabii Hâkim İlkesi "Sahur Operasyonu" Hakkında Bir Açıklama, Güncel Hukuk Dergisi, Ekim 2014, s. 46.

³¹ Şen, Ersan; Hâkim Tarafsızlığı ve Dürüst Yargılanma Hakkı (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1646868-hakim-tarafsizligi-ve-durust-yargilanma-hakki> Erişim Tarihi: 10.06.2018)

³² Dutertre, s. 160.

süreleri; usuller ile sağlanan teminatlar ki bunların birçoğu 6. maddenin 1. fıkrasında bulunmaktadır.”³³

Keza Campbell ve Fell v. Birleşik Krallık davası kararında klasik türde bir hukuk mahkemesinin gerekmediği belirtilmiştir³⁴. Buna göre, yasallık ilkesinin yanı sıra bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine sahip olması kaydıyla ulusal hukukta mahkeme sıfatını taşımayan idari bir organın da mahkeme olarak nitelendirilebilmesi mümkündür. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Sramek v. Avusturya davasında Taşınmaz Muameleler Kurulu Avusturya iç hukukunda bir idarî kurul olarak görülmesine rağmen bir yargı yeri olarak nitelendirilmiştir³⁵.

AİHS'nin 6. maddesinde “yasa ile kurulan” ifadesiyle kastedilen, mahkemenin tabii hâkim ilkesine uygun olarak kurulması, yani olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile kuruluşu bakımından ilgisi olmayan mahkemedir³⁶. Öyle ki, mahkemelerin yetki ve görevlerinin belirlenmiş olması ve yargılama usulünün bulunması duruma, kişi yahut olaya göre yargı merci oluşturulması yolunun kapalı bulunması için önemlidir³⁷.

Gerçekten de tabii hâkim ilkesinin çiğnenmesi durumunda yargıcın bağımsızlık ve tarafsızlığından söz edilemeyecektir³⁸. Çünkü yargılaması yapılacak olaydan sonra kurulmuş, hatta sırf söz konusu olay için kurulan mahkemede yargılamayı yapacak yargıcın bağımsız ve tarafsızlığının şüpheli olacağı su götürmez bir gerçektir. Sırf o olay için kurulmuş ve hâkimi sırf o olay için atanmış bir mahkemede suçlanan kişiler masum olsalar bile mahkûm olabilirler³⁹. Oysa gözleri bağlı, bir elinde terazi, diğer elinde kılıç taşıyan bir tanrıça ile kişileştirilen adalet, hâkimin adalet

³³ AİHM, Belilos v. İsviçre, Başvuru No: 10328/83, Karar Tarihi: 29 Nisan 1988, Paragraf 64; Dutertre, s. 160.

³⁴ AİHM, Campbell ve Fell v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 7511/76 ve 7743/76, Karar Tarihi: 28 Haziran 1984, Paragraf 76.

³⁵ AİHM, Sramek v. Avusturya, Başvuru No: 8790/79, Karar Tarihi: 22 Ekim 1984, Paragraf 38; Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, İnsan Hakları Raporu (2016-2017), Şen Matbaa, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 25.

³⁶ Kunter, Nurullah; Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 1986, s. 129; Gözler, s. 46; Tanrıver, s. 394; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 280.

³⁷ Demirkol, Selami; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Adil Yargılanma Hakkı, s. 6. (http://www.danistay.gov.tr/upload/3_adilyargilamahakki.pdf Erişim Tarihi: 10.06.2018)

³⁸ Şahbaz, İbrahim; AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 25, Sayfa: 229-289, s. 244.

³⁹ Gözler, s. 46.

duygusu dışında her türlü dış etkiye kapalı kalarak tarafsız olmayı gerektirir.

Sözleşme organlarınca, yargılamanın adil olması için yasallık ilkesi yeterli görülmemekte, ayrıca bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleriyle birlikte ele alınmaktadır. *Bağımsızlık*, hâkimlerin gerek yürütme gerek yasama organına bağlı olmadıkları, onlardan müstakil oldukları, bu iki organın yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği ve tavsiyelerde bulunamayacağı; aynı zamanda mahkemenin bakmakta olduğu davanın taraflarıyla herhangi bir bağının bulunmaması anlamına gelir⁴⁰. Diğer bir ifadeyle, yargıçların atanması, görev sürelerine ilişkin baskılara karşı güvencelerinin olmasının yanı sıra uyumsuzluk konusu davanın başından sonuna dek başta yürütme ve yasama organı olmak üzere, davanın bizzat tarafları, diğer kurum ve kişilerin etkisi altında kalmaksızın mahkemenin özgürce karar verebilmesidir⁴¹.

“*Tarafsızlık*” konusunda mahkeme olarak kabul edilebilen organda bulunması gereken nitelikleri AİHM, Saraiva de Carvalho v. Portekiz davası kararı⁴² ile belirtmiştir. Buna göre tarafsızlığın mevcudiyetinden bahsedilebilmesi için, belli bir yargıcın söz konusu davadaki kişisel kanaatine dayalı öznel bir test uygulanması ve bir de nesnel test uygulanarak yargıca bu bağlamda hiçbir meşru şüpheye yer bırakmayacak yeterlilikte güvenceler sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir⁴³. Yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafsızlığı incelerken yekpare olarak ele almamakta, mahkemenin görünümüne de önem vererek⁴⁴ subjektif ve objektif tarafsızlık ayrımı yapmaktadır. *Sübjektif tarafsızlık*, mahkeme yargıcının bireysel olarak tarafsızlığıdır. Yargılama sürecinde yargıcın davanın taraflarından birine karşı önyargılı veya taraflı bir tutumu,

⁴⁰ Özbudun, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara 2011, s. 380; AİHM, Beaumartin v. Fransa, Başvuru Numarası: 15287/89, Karar Tarihi: 25 Ekim 1994, Paragraf 38.

⁴¹ AİHM, Campbell ve Fell v. Birleşik Krallık, Başvuru Numarası: 7511/76 ve 7743/76, Karar Tarihi: 28 Haziran 1984, Paragraf 78; Gözübüyük/Gölcüklü; s. 283.

⁴² AİHM, Saraiva de Carvalho v. Portekiz, Başvuru Numarası: 15651/89, Karar Tarihi: 22 Nisan 1994, Paragraf 33.

⁴³ Dutertre, s. 160.

⁴⁴ AİHM, Coeme ve diğerleri v. Belçika davası kararında (Başvuru No: 32492/96, Karar Tarihi: 22 Haziran 2000, Paragraf 121) “...görünüm bile belli bir öneme sahip olabilir. Söz konusu olan, demokratik bir toplumda halka yansıtılması gereken mahkemelere karşı güven duygusudur ve her şeyden önce, ceza davaları söz konusu olduğunda, bu güven duygusunun sanığa da yansıtılması gerekir” ifadelerine yer vererek mahkemenin görünümüne de önem atfetmiştir. Duertre, s. 161.

uyuşmazlık öncesinde kişisel bir kanaati olup olmadığına ilişkindir. Diğer yandan *objektif tarafsızlık* ise, mahkemenin yargıçlarından ziyade mahkemenin kurum olarak davanın taraflarına güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunmasıdır⁴⁵.

Bağımsızlık ve tarafsızlığın, bilhassa da objektif tarafsızlığın, adeta madalyonun iki yüzü gibi birbirine benzer olduğu görülecektir. Öğretide de bağımsızlığın, tarafsızlığın ayrılmaz parçası, ön şartı olduğu savunulmuştur⁴⁶. Sonuç itibarıyla, bağımsızlık veya tarafsızlık hususunda atılacak her bir adım, adil yargılama için söz konusu iki hususta da olumlu katkı sağlayacaktır.

B.3. Yargılamanın makul süre içerisinde yapılması

Adil yargılama hakkının unsurlarından ikincisi yargılamanın makul süre içerisinde yapılmasıdır. Yargılamanın makul süre içerisinde yapılmaması halinde yaşanan gecikmeler, yargı yoluna başvurmadan kaçınmalara neden olabilir ve bunun yanı sıra insanların yasal olmayan biçimde kendi haklarını zorla elde etme durumlarına sebebiyet verebilecektir⁴⁷. Geciken adalet, adalet değildir prensibine uygun olarak AİHM, adil yargılama yapılması hususunda taahhüt vermiş sözleşmeciler devletlere yargılamanın makul süre içerisinde bitirilmesini çok sayıda kararında hatırlatmıştır⁴⁸. Ancak yine de davaların büyük çoğunluğu, yargılamaların makul süre içerisinde yapılmaması nedeniyle Mahkeme'ye taşınmaktadır⁴⁹.

AİHS yargılamanın makul süre içerisinde yapılmasını her ne kadar şart koşsa da 6. maddede *makul süre* ile ne kastedildiği belirtilmemiş, tanım

⁴⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 282-283; TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 29.

⁴⁶ Tanrıver, s. 395; Tezcan, Durmuş/ Erdem, M. Ruhan/ Sancakdar, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 253.

⁴⁷ Pekcanitez, Hakan; Medeni Yargıda Adil Yargılama Hakkı, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 1997 (Nisan), Sayfa: 35-55, s. 41; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 256; Meydana gelen ihtilaf sonrası mağdur olan tarafın kendince hakkını elde etmesi, mülga Türk Ceza Kanunu m. 308'de bağımsız bir suç tipi olarak "kendiliğinden ihkaki hak edenler" suçunu oluştururken, 5237 sayılı Ceza Kanunu'nda karşılığı olarak gösterilen m.150/1'de ise ayrı bir suç tipi olmayıp "Daha az cezayı gerektiren haller" başlığı ile yağıma suçunun daha az cezayı gerektiren hali olarak düzenlenmiştir. Şen, Ersan; İhkaki Hakta Görevli Mahkeme (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1619352-ihkaki-hakta-gorevli-mahkeme> Erişim Tarihi: 15.06.2018)

⁴⁸ Turan, Hüseyin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılama Hakkı, TAAD, Yıl: 3, Sayı: 11(Ekim 2012), Sayfa: 47-75, s. 54.

⁴⁹ Gölcüklü/Gözübüyük; s. 287.

yapılmamıştır. Kelime anlamı itibariyle ise makul kelimesi Türk Dil Kurumu güncel Türkçe sözlükte “*Akla uygun, akıllıca; Akıllıca iş gören, mantıklı; Belirli; Aşırı olmayan, uygun, elverişli*” olarak tanımlanmıştır⁵⁰. Anayasa’nın 141. maddesinin son fıkrasında yer alan *davaların en az giderle ve mümkün olan sür’atle sonuçlandırılması yargının görevi olduğu* hükmü ile kelime anlamından hareketle makul süre içerisinde yapılmayan yargılamanın beklenenden uzun olduğunu, yani geciktiğini söyleyebiliriz. Yine AİHM tarafından her dava için geçerli olan mutlak bir makul süre tanımı ve tespiti yapılmamış olsa da, önüne gelen Zimmermann ve Steiner v. İsviçre davasına ilişkin verdiği kararda⁵¹ yargılamada makul sürenin değerlendirilmesi kıstaslarını belirleme yoluna gitmiştir⁵²: Davanın karmaşıklığı, yargılama sırasında tarafların ve ulusal yargı organlarının tutum ve davranışlarıdır⁵³. Unutulmaması gerekir ki kıstaslardan her birinin davanın uzamasına etkisi somut olaydan olaya değişebilmektedir⁵⁴.

Davanın karmaşıklığından kasıt davadaki olaylara veya hukuka ilişkin meseleler ile davaya ilişkin delillere ulaşmanın zorluğu veya basitliğidir⁵⁵. Dava konusundaki hukuki meselenin çözümündeki güçlüğü yanı sıra hukuk yargılaması ve ceza yargılamasının kendisine özgü düzenlenen muhakeme kanunlarında hükmedildiği üzere temin edilmesi gereken maddi deliller, suç isnadı yapılan kişi ve tanık sayısı, davaların birleştirilmesini veya ayrılmasını gerektiren unsurlar, müdahil olma gibi durumlar, davanın uluslararası unsurları, bilirkişi deliline ihtiyaç duyulması davanın niteliğini ortaya koymak için davadan davaya ayrı olarak değerlendirilecektir⁵⁶.

Yargılama sırasında tarafların tutum ve davranışları yargılamanın makul süre içerisinde bitirilmemesine sebebiyet vermemelidir. Başvurucu üzerine

⁵⁰ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b7726af9c5c49.47517069 (Erişim Tarihi: 16.06.2018)

⁵¹ AİHM, Zimmermann ve Steiner v. İsviçre, Başvuru No: 8737/79, Karar Tarihi: 13 Temmuz 1983, Paragraf 24.

⁵² Dutertre, s. 174.

⁵³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 257; Tanrıver, s. 396-397; İnceoğlu, s. 80.

⁵⁴ Gölcüklü, Feyyaz; Yargılama Makamları Önünde Makul Süre, İnsan Haklarının Uluslararası Korunması ve T.B.M.M. Sempozyumu, 4-5/10/1991 Antalya Türkiye, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No:52, Eylül, Ankara 1992, Sayfa: 119-132, s. 123.

⁵⁵ TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 45.

⁵⁶ Altıparmak, Cüneyd; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları, TBB Dergisi, Sayı: 63, Yıl: 2006, Sayfa: 244-270, s. 249; Yıldız, Mustafa; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, 1. Baskı, İstanbul 1998, s. 119-120; Mole/Harby, s. 23; Karakuş, Hakan; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001, s. 175.

düşen yükümlülükleri yerine eksiksiz ve zamanında yerine getirmelidir. Başvurucunun tutum ve davranışlarından kaynaklanan gecikmelerden devlet sorumlu değildir⁵⁷. Keza başvurucunun sahip olduğu yetkilerini kullanması sonucunda yargılamanın uzamış olması, makul sürenin aşılması yönünde devlete karşı ileri sürülecek bir iddiaya kaynak teşkil etmeyecektir⁵⁸.

Yargılamanın makul süre içerisinde yapılıp yapılmadığının üçüncü ve son kıstası olan, aynı zamanda yaşanan gecikmelerin genel sebebi *yargılama sırasında ulusal yargı organlarının tutum ve davranışlarıdır*. Bu sorumluluk kaynağını, yargılamanın devlet tarafından yerine getirilmesi gerekli olan bir kamu hizmeti olmasından alır. Öyle ki yargı organları söz konusu görevlerini süratli bir biçimde ifa ederken, adaletin tecelli etmesindeki yükümlülüğü ile beraber uyumlu hareket etmelidir. Devlete atfedilebilen gecikmeler ise iki nedenden kaynaklanmaktadır. Bunlardan ilki, mahkemelerin ihmalinden veya kusurundan kaynaklanan gecikmeler; diğeri ise yürürlükteki mevzuattan bir başka anlatımla yargılama sisteminden kaynaklanan gecikmelerdir⁵⁹.

Görev veya yetki uyuşmazlıkları nedeniyle dava dosyasının başka bir mahkemeye gönderilmesi nedeniyle meydana gelen gecikmeler, bir dosyanın veya belgenin bir mahkemeden diğerine gönderilmesinden doğan gecikmeler, kararın verilmesi veya gerekçeli kararın yazılmasındaki gecikmeler, dosyaların hâkimine havale edilmesinde veya raportörün atanmasındaki gecikmeler ulusal yargı makamlarına atfedilen kusur ve ihmallerdir⁶⁰.

Yargı organları, ilk derece ve kanun yolu fark etmeksizin, önündeki davayı usulüne uygun olarak ele almak zorundadır; usulüne uygun hareket ederken de bir hakkın yerine getirilmesini geciktirmemeli, beklenen şekilde üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmelidir⁶¹. Aksi takdirde devlet, yargı organlarının tutum ve davranışları sebebiyle sorumlu tutulabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında görüldüğü üzere, görevli ve yetkili yargı organlarınca üzerlerine düşen sorumlulukları yerine getirmelerine rağmen kendilerinden kaynaklanmayan sebeplerle, örneğin

⁵⁷ TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 47.

⁵⁸ Tanrıver, s. 396; Altıparmak, s. 251; Karakuş, s. 181; Mole/Harby, s. 23.

⁵⁹ Turan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında..., s. 64.

⁶⁰ AİHM, Foti ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 7604/76, Karar Tarihi: 10 Aralık 1982, Paragraf 61

AİHM, Neumeister v. Avusturya, Başvuru No: 8163/07, Karar Tarihi: 2 Nisan 2013, Paragraf 20-21.

⁶¹ TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 48.

görev dışından kaynaklanan hâkim açığı, personel azlığı, iş yükünün yoğunluğu, mahkeme azlığı, siyasi ortam, yerel hukuktaki boşluklar gibi sebeplerle yargılamanın uzaması bakımından makul sürenin aşılması halinde devletin sorumluluğu doğacaktır⁶². Çünkü mahkeme, A.A.U. v. Fransa davası kararında, uyuşmazlıklarda yargı sistemlerinin mahkemelerin makul bir süre içerisinde kesin bir karara ulaşmasını herkes için garanti edecek biçimde düzenlenmesinin sözleşmecî devletlerin sorumluluğu altında olduğunu belirtmiştir⁶³.

Peki her dava konusu olay için makul sürenin aşılp aşılmadığı nasıl tespit edilecektir? Bu husus oldukça güçlük teşkil etmektedir. Çünkü her dava konusu olay bakımından geçerli olan bir makul süre tespitinin varlığının imkânsızlığı aşikârdır. Bu nedenle AİHM, her somut olayın özelliklerini ve kapsamalarını göz önüne almakta ve bu değerlendirme sonucu sürenin makul olup olmadığına karar vermektedir⁶⁴.

Makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı kural olarak başvuru tarihini mahkemeye başvuru tarihi esas alınmakta olsa da muhakeme hükümlerinin farklı olması sebebiyle ceza ve hukuk davalarında sürenin başlangıçları farklılık arz edebilecektir.

Hukuk davalarında sürenin başlangıcı başvurucunun mahkemeye başvuru tarihidir, diğer bir ifadeyle davanın açıldığı tarihtir. Eğer mahkemeye başvuru yapmadan önce gösterilen belli bazı makamlara başvuru yapılması gerekiyor ise, bahsi geçen başvurunun yapıldığı tarihten itibaren süre işlemeye başlayabilir. Örneğin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilgili maddelerinde gösterildiği üzere, davanın açılmasından önce idari makamlar tarafından yapılan işlem hakkında ilgili kişiye idari makamlara başvurma hakkı tanınmış olabilir. Böyle durumlarda başvurucunun yapmış olduğu itiraz başvurusu da süreyi başlatabilecek mahiyet teşkil etmektedir⁶⁵.

Ceza davalarında ise makul sürenin hesaplanması, çoğu kez kişinin ceza mahkemesi önüne götürülmesinden çok önce işlemeye başlamaktadır. Savcılık, polis ya da adli kolluk gibi yetkili organlar tarafından suç işlediği

⁶² AİHM, *Eckle v. Almanya*, Başvuru No: 8130/78, Karar Tarihi: 15 Temmuz 1982, Paragraf 84, Tanrıver, s. 397; Turan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında...*, s. 65; Gölcüklü, s. 123; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 287; İnceoğlu, s. 376.

⁶³ AİHM, *A.A.U. v. Fransa*, Başvuru No: 44451/98, Karar Tarihi: 19 Haziran 2001, Paragraf 29 ve 47; Dutertre, s. 174.

⁶⁴ AİHM, *Buchholz v. Almanya*, Başvuru No: 7759/77, Karar Tarihi: 6 Mayıs 1981, Paragraf 49; TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 44.

⁶⁵ Tanrıver, s. 396.

şüphesiyle kişiye ulaşıldığı, irtibat kurulduğu tarih sürenin başlangıç tarihi olarak dikkate alınmaktadır. Diğer bir ifadeyle suçlama, suç isnadında bulunma, yapılan eylemle ilgili olarak devlet organları tarafından soruşturma, gözaltına alma, gözetlemede bulunma ve takip edilme ile başlamaktadır⁶⁶. Örneğin AİHM Schumacher v. Lüksemburg davası kararında dava süresinin belirlenmesinde başvuranın soruşturma hâkimi tarafından suçlandığı tarih olan 24 Ekim 1991 tarihinin dikkate alınmasına karar vermiştir⁶⁷.

Makul sürenin sonu, bitiş tarihi olarak ise ceza ve hukuk davaları bakımından büyük bir farklılık bulunmamaktadır. Kural olarak her iki tür yargılamada verilen hükmün şekli anlamda kesinleştiği tarihte, yani verilen hüküm itibarıyla henüz kesinleşmemiş olan mahkeme kararları için öngörülmuş olan mümkün ve muhtemel kanun yollarının tüketilerek nihai ve kesin hale geldiği tarihte sürenin işleyişi durmaktadır⁶⁸.

Makul sürenin hesaplanması hususunda *bekletici sorun* kurumunun da göz önüne alınması gerekir. Bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve bu davanın incelenebilmesi veya sonuçlandırılabilmesi için, mahkemenin görevi dışında kalması sebebiyle, görevli yargılama makamınca çözümlenmesine kadar beklenilmesi gereken sorunlara bekletici sorun denir⁶⁹. Öğretide *ön mesele* olarak da isimlendirilen bekletici sorun hem Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hem de Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kural olarak bekletici sorun sayma, hâkimin takdirinde olsa da kanun koyucu bazı hallerde mahkemeye bekletici sorun sayma veya saymama zorunluluğu da getirmiştir⁷⁰. Örneğin bir davada olaya uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi önüne getirildiğinde, Anayasa Mahkemesi ileri sürülen aykırılık iddiası hakkında kararını vermeden ilk derece mahkemesi dava hakkında bir karar veremeyeceğinden bu durumu bekletici sorun saymak zorunda

⁶⁶ Turan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında..., s. 57; Gölcüklü, s. 123; Pekcanitez, s. 41-42; İnceoğlu, s. 362-363.

⁶⁷ AİHM, Schumacher v. Lüksemburg, Başvuru No: 63286/00, Karar Tarihi: 25 Kasım 2000, Paragraf 27; Cengiz, Serkan/Demirağ, Fahrettin/Ergül, Teoman/McBride, Jeremy/Tezcan, Durmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa, Ankara 2008, s. 250.

⁶⁸ Tanrıver, s. 396; İnceoğlu, s. 363.

⁶⁹ 6100 sayılı HMK'nin 165. maddesinin gerekçesi için bkz. <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=10182> (Erişim Tarihi: 26.06.2018)

⁷⁰ Feyzioğlu, Metin/Güngör, Devrim; Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zamanaşımının Durmasına Etkisi (<http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/bekletici-sorun.html> Erişim Tarihi: 26.06.2018)

kalacaktır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi önünde geçen süre de makul sürenin tespitinde hesaba katılacaktır⁷¹.

B.4. Yargılamanın kamuya açık olması

Adil yargılanma hakkının şartlarından üçüncüsü yargılamanın kamuya açık olması, diğer bir ifadeyle yargılamanın aleni olmasıdır. Çünkü Sözleşme'nin 6. maddenin 1. fıkrasında yer alan "...kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir." hükümleri esas itibarıyla yargılamada taraflar bizzat bulunabilecekleri için taraf aleniyetinden ziyade davanın tarafları dışındakilerini ilgilendiren kurumu kastetmektedir. Bu ilke doğrultusunda davanın tarafları dışındaki kişiler açısından devletler için iki yükümlülük getirilmekte olup bunlar duruşmaların aleni olması ile hükmün aleni olarak açıklanmasıdır⁷².

Sözleşme'de bu ilke ile temel alınan esas nokta, gizlilik suretiyle keyfiliği önlemek ve mahkemelerin herkese açık olması sonucunda adil yargılama yapıldığını gösterebilmektir⁷³. Diğer bir deyişle aleniyet ilkesi, yargılama makamlarınca yargılama faaliyetlerinin yerine getirildiği zaman zarfı içerisinde yargılamaya dolaylı olarak halkın katılımını sağlayarak keyfi tutum ve davranışların önlenmesini ve yargılamanın şeffaf olmasını sağlarken toplumun da yargıya olan güvenini artırmaktır.^{74 75} Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Pretto ve Diğerleri v. İtalya davası kararında aleni duruşmanın önemini şu şekilde dile getirmiştir:

"Yargı makamlarına getirilen davaların 6. madde 1. fıkrada belirtildiği gibi kamuya açık olması, adaletin kamuoyunun denetimine açık olmadan gizlice uygulanmasına karşı davacıları korur; ayrıca bu şekilde alt ve üst mahkemelere güven duyulması sağlanabilir. Kamuya açık olma, adaletin idaresini görünür kılarak 6. madde 1. fıkranın amacına ulaşmasına, yani

⁷¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 285.

⁷² TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 50.

⁷³ Demirkol, s. 7.

⁷⁴ Arslan/Tanrıver, s. 180; Pekcanitez, Hakan; Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, TBB Yayını, TBB Yayın No: 8, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, Sayfa: 635-666, s. 638.

⁷⁵ Kimsenin göremediği, izleyemediği veya en ufak bilgisi olmadığı yargılamalar sonucunda verilen hükümler adil yargılanma hakkı bağlamında soru işaretlerine sahip olacağından toplum nezdinde bu durum güvensizliğe sebep olacaktır. Öyle ki, çalışmamızın girişinde de belirttiğimiz üzere esasında adil yargılanma hakkı günümüzde demokratik devletin, hukuk devletinin ve en önemlisi de adaletin temel koruyucularından bir tanesidir. *YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

AİHS'deki anlamıyla demokratik toplumların temel ilkelerinden birinin teminatı olan adil yargılamaya katkıda bulunur.⁷⁶”

Doktrinde aynı zamanda *aleniyet ilkesi* olarak da adlandırılan bu ilkeye göre kural olarak yargılamalar herkese açıktır, gizlilik ise istisnaidir. *Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gereğince veya 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 kapatılabilir⁷⁷.*

Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen aleniyet ilkesinin istisnai hallerine benzer şekilde iç hukukumuzda da yargılamanın gizli yapılmasına olanak veren hükümler düzenlenmiştir. Anayasa'nın 141/1. maddesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 182. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesinde ortak olarak mahkemelerde duruşmaların herkese açık olduğu; ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına karar verilebileceği ifade edilmiştir⁷⁸. Keza AİHM vermiş olduğu Diennet v. Fransa davası kararında⁷⁹ aleniyet ilkesinin mutlak bir ilke olmadığını ifade etmiştir:

“...genel ahlâk..., davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin gereklerine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu

⁷⁶ AİHM, Pretto ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 7984/77, Karar Tarihi: 8 Aralık 1983, Paragraf 21-22; Dutertre, s. 175-176; AİHM kararlarında sabit olduğu üzere, aleniyet ilkesi hem ilk derece yargılama yerleri hem de üst derece yargılama yeri olan istinaf ve temyiz aşamalarında kural olarak geçerliliğe sahip olsa da istinaf ve temyiz yargılaması evresindeki inceleme her zaman duruşmalı(murafaalı) olarak yapılmadığı için aleniyet ilkesi uygulama alanı bulamayacaktır. HMK madde 369/2'de temyiz incelemesinin duruşmalı yapılması için davanın taraflarınca talep edilebileceği veya re'sen karar verilebileceği haller kanunda sayılanlarla sınırlıdır. Diğer hallerde temyiz incelemesi dosya üzerinden yapılacağı için aleniyet ilkesi işlerlik kazanamayacaktır. AİHM de bu hususta, üst derece mahkemelerinin incelemesi şayet sadece hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı ise aleniyet ilkesinin ihlali halinin oluşmayacağını ifade etmiştir. Tanrıver, s. 376; İnceoğlu, s. 332; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 289.

⁷⁷ AİHS, 6. maddenin 1. fıkrası.

⁷⁸ “*Davanın taraflarının duruşma yapılmasından vazgeçme hakkını kullanması duruşmanın kapalı yapılması anlamında değil, duruşmadan vazgeçmek anlamına gelir. Kanunda belirtilen istisnai hallerin var olması halinde duruşmanın kapalı yapılmasına ise gerektiğinde mahkeme karar verecektir.*” Gözübüyük/Gölcüklü, s. 289.

⁷⁹ AİHM, Diennet v. Fransa, Seri A No. 325-A, Karar Tarihi: 26 Eylül 1995, Paragraf 33.

*göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.*⁸⁰”

Doktrinde aleniyet ilkesi, *dinamik aleniyet* ve *statik aleniyet* ile *doğrudan aleniyet* ve *dolaylı aleniyet* şeklinde çeşitli ayrımlara tabi tutularak ele alınmaktadır⁸¹. Dinamik aleniyet duruşmaların herkese açık olmasını ifade ederken statik aleniyet ise hükmün aleni olarak açıklanmasını ifade etmektedir⁸². Öte yandan diğer ayrımda doğrudan aleniyet, davanın tarafları dışındaki herkesin yargılamanın yapıldığı yerlere girebilmesini, yargılamayı izleyebilmesi ve hükmün açıklanması sırasında bizzat bulunabilmesine olanak tanınmasını⁸³; dolaylı aleniyet ise duruşma salonunun elverdiği ölçüde duruşmaya katılanların yargısal faaliyette gördüklerini ve duyduklarını başkalarına duyurabilmesini ifade eder⁸⁴.

Yargılamanın aleni olması gereğince basın mensupları duruşmaları izleyebilecek olsa da dolaylı aleniyeti sınırlandıran hükümler uyarınca duruşma sırasında fotoğraf çekilmesi, görüntü veya ses kaydı yapılması kanunen yasaktır⁸⁵. Ancak dolaylı aleniyet duruşmaların yalnızca basın mensuplarınca televizyon, gazete ve radyo gibi yazılı ve görsel medya araçlarıyla kitlelere duyurulması, yayılması anlamına gelmemekte olup⁸⁶ duruşmaya katılan kişinin duruşmada gördüklerini ve duyduklarını çevresiyle paylaşması da dolaylı aleniyete hizmet edecektir. Bu itibarla, yukarıda anılan Anayasa ve kanun hükümlerinde ifade edildiği üzere Sözleşme'nin duruşmanın aleni yapılmasından kastı doğrudan ve dolaylı aleniyettir⁸⁷.

Doğrudan aleniyet her ne kadar isteyen herkese yargılamanın yapıldığı yerlere girebilme, duruşmayı izleyebilme imkânı tanısa da bu imkân

⁸⁰ Dutertre, s. 176.

⁸¹ Tanrıver, s. 372.

⁸² Kurt Konca, Nesibe; Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 2014, Sayfa: 65-96, s. 71.

⁸³ Tanrıver, s. 372; Pekcanitez, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, s. 648

⁸⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 13.10.2015 Tarih, 2015/221 Esas, 2015/310 Karar (www.kazanci.com).

⁸⁵ HMK 153. maddesi ve CMK 183. maddeleri uyarınca duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanılması yasaktır. Öte yandan HMK 28/4. ve CMK 187/3. hükümleri uyarınca duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasının yasaklanması halî de bu sınırlama hallerinden birini oluşturmaktadır.

⁸⁶ Pekcanitez, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, s. 648; Tanrıver, s. 372.

⁸⁷ Pekcanitez, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, s. 648; Tanrıver, Adil Yargılama, s. 221.

mahkeme salonunda herkese yetecek kadar yer olmayabileceği için fiziki olanaklarla sınırlı kalabilecektir. Öyle ki, bu durum doğrudan aleniyetin ihlali anlamına gelmeyecek olup önemli olan isteyen herkese bu imkânın tanınmış olmasıdır.

Öte yandan yukarıda ifade ettiğimiz üzere aleniyet ilkesi sadece dava tarafları ile ilgili herkese yargılamayı izleme olanağı tanımaktan ibaret değildir. Aynı zamanda, yargı organlarınca verilen kararların toplumdaki adalet duygusunun temini ve korunması için herkesçe öğrenebilmesi imkânı da tanınmış olmalıdır⁸⁸. Günümüz yargılama süreci uygulaması, sözlülükten ziyade yazılılıktan oluştuğu için mahkeme kararlarının toplum tarafından denetlenmesi açısından ilk derece, istinaf ile temyiz mahkemelerine ait kararların tefhim veya tebliği ile yayımlanması bu bağlamda önem kazanmaktadır⁸⁹.

B.5. Hakkaniyete uygun yargılama yapılması

Adil yargılanma hakkının unsurları arasında sonuncu ve en önemli⁹⁰ olarak nitelendirilebilecek olanı hakkaniyete uygun yargılama yapılmasıdır. Hakkaniyete uygun yargılama unsuru davanın tamamını kapsamasına karşın ne AİHS ne AİHM tarafından genel ve nesnel şekilde bir tanım getirilmiştir. Hakkaniyete uygun yargılama yapılmasını öğretideki genel yaklaşım ve tanımlamalardan yola çıkarak ifade edecek olursak, yargılama boyunca iddia ve savunma makamı olması bakımından fark etmeksizin tüm tarafların eşitlik temeline dayalı olarak hukuki dinlenilme hakkının⁹¹ kullanımının gerçekleştirilmiş olmasıdır⁹².

Uygulamada AİHM, önüne gelen tüm davalarda yargılamanın hakkaniyete uygun olup olmadığını tespitini her somut olayın kendine özgü şartları açısından değerlendirmek kaydıyla başvuru konusu yapılan yargılama faaliyetinin tamamını, yani başından sonuna dek inceleme altına

⁸⁸ Kurt Konca, s. 71.

⁸⁹ Dirim, Vuslat; Ceza Yargılamasında Adil Yargılama İlkesi (Dava Süresi – Aleniyet – Şüpheli ve Sanık Hakları), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2 (Ağustos 2017), Sayfa: 161-180, s. 173; Kurt Konca, s. 72

⁹⁰ “Adil yargılanma hakkını karakterize eden, ona rengini veren temel unsur konumundadır” Tanrıver, s. 398.

⁹¹ Adil yargılanma hakkının kapsadığı haklardan biri olan hukuki dinlenilme hakkı, yargılama başladıktan sonraki süreçte işlerlik kazanmaktadır. Bu hak ile yargılamaya katılanların dinlenilme, yargılamada iddia ve savunma olanağı verilerek eşit şekilde işlem görmeleri hedeflenmektedir. Özkes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku'nda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 57.

⁹² Tanrıver, s. 398; Pekcanitez, s. 257.

olarak değerlendirmeye tabi tutmaktadır⁹³. Ulusal mahkeme kararlarının maddi ve hukuki doğruluğunu araştırmak açısından bir üst derece mahkemesi olmayan AİHM, söz konusu hakkaniyete uygun yargılama unsurunu geniş bir şekilde ele alarak incelemesini yapmaktadır⁹⁴. Anılan unsurun içinde zımni olarak silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama ilkesi, mahkeme kararlarının gerekçeli olması ilkesi, duruşmada hazır bulunma hakkının yanı sıra Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen masumiyet ilkesi ile sanık hakları yer almaktadır. Bu haklar kişinin kendisine yüklenen suçlamaları öğrenme ve savunma hakkı, meramını anlatabilme hakkı, savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı, mahkemenin dilini bilmeme halinde tercüman temin edebilme hakkı, avukat yardımından yararlanma hakkı, tanık dinletme ve sorgulama hakkı ile kendi aleyhinde tanıklık etmeme hakkıdır⁹⁵. Öyle ki, anılan bu ilke ve haklar içerdiği güvenceler bakımından şeklen ceza yargılamasına ilişkin sanığa tanınan haklar olarak görülseler de gerektiğinde cezai olmayan davalarda da uygulanabilecektir⁹⁶. Bu sebeple çalışmamızda öncelikle zımni olarak yer alan hak ve ilkeler ele alınacak olup ardından sanık hakları ile masumiyet karinesine değinilecektir.

Silahların eşitliği ilkesi yargılama boyunca usuli olarak taraflar arasındaki eşitliği sağlamanın aracı olarak ifade edilir⁹⁷. Daha açıklayıcı olması adına, silahların eşitliği ilkesi yargılamanın başından sonuna dek yargılama makamları önünde davanın bir tarafını, diğer taraf karşısında belirli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın deliller de dahil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olması zorunluluğu anlamına gelmektedir⁹⁸. Keza, anılan ilke Anayasa Mahkemesi'nce verilen birçok kararda göz önünde bulundurulmuş, kendisine yapılan bireysel başvurularda incelemesine dayanak nokta yapılmıştır. Mahkemece ilkenin tanımı "*Silahların eşitliği*

⁹³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 290.

⁹⁴ TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 55.

⁹⁵ Altıparmak, s. 58; Toydemir, Seçkin; Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Türk İdari Yargı Sistemi(Danışman: Yrd. Doç. Dr. Lami Bertan Tokuzlu), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 46; İnceoğlu, s. 210; Hakkaniyete uygun yargılama

⁹⁶ AİHM, Kress v. Fransa, Başvuru No: 39594/98, Karar Tarihi: 7 Haziran 2001, Paragraf 61; AİHM, Artico v. İtalya, Başvuru No: 6694/74, Karar Tarihi: 13 Mayıs 1990, Paragraf 23; TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 56.

⁹⁷ İnceoğlu, s. 212; Pekcanitez, s. 257.

⁹⁸ AİHM, Dombo Beheer B.V. v. Hollanda, Başvuru No: 14448/88, Karar Tarihi: 9 Eylül 1992, Paragraf 35; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 291; Pekcanitez, Adil yargılanma, s. 46.

ilkesi davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir” şeklinde yapılarak eşitlik ile anlatılmak istenen hususa açıklık getirilmiştir⁹⁹.

Silahların eşitliği ilkesinin gerçekleşebilmesi için tarafların veya sanıkların karşılıklı olarak iddia ve savunmalarını, yargılama makamınca verilecek karara eşit şekilde etki edebilecek şekilde olanaklara sahip olması gerekir¹⁰⁰. Hem medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olan uyuşmazlıklarda hem de ceza yargılamalarında olmak üzere örneğin davanın taraflarından birinin iddia ettiği husus karşısında diğer tarafa savunmasının dayanağı olan delilleri sunabilme imkânı sağlanmış olmalıdır¹⁰¹. Ancak Mahkeme, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığını denetlerken, somut olaydaki şikâyet konusu eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığına bakmaktadır¹⁰². Davanın tarafına bu imkân sağlanmamış olsa dahi eğer mevzubahis husus, yargılamanın sonucunda karara etki edecek nitelikte değilse, burada diğer tarafın iddiasına karşı tarafın dezavantajlı hali söz konusu olmayacağından bu durum Mahkemece silahların eşitliği ilkesine aykırı bulunmayabilecektir.

AİHM, Cumhuriyet Savcısının duruşma salonunda savunmaya göre daha yüksek bir yerde ve hâkimle aynı seviyede oturmasının şikâyet konusu edildiği 31 Mayıs 2012 tarihli *Diriöz v. Türkiye* davasına ilişkin kararında, önceki kararlarını¹⁰³ da hatırlatarak söz konusu durumun, savcıya duruşma salonunda fiziki olarak ayrıcalıklı bir yer sağlamasına rağmen başvurucuyu menfaatlerini savunma açısından somut şekilde dezavantajlı bir konuma sokmaması nedeniyle silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁰⁴.

Keza, AİHM içtihatlarına göre bir mahkemenin davaya yaklaşımı, başvurucuların iddialarına yanıt vermekten ve başvurucuların temel şikâyetlerini incelemekten uzak olması halinde bu durum yine 6. madde

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi, Yaşasın Aslan Bireysel Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/1134, Karar Tarihi: 16 Mayıs 2013, Paragraf 32, RG, Tarih: 1 Haziran 2013, Sayı: 28664.

¹⁰⁰ Pekcanitez, Adil yargılanma, s. 46-47; Arslan/Tanrıver, s. 184.

¹⁰¹ Inceoğlu, s. 221.

¹⁰² AİHM, *Kremzov v. Avusturya*, Başvuru No: 12350/86, Karar Tarihi: 21.09.1993, Paragraf 75.

¹⁰³ AİHM, *Chalmon v. Fransa*, Başvuru No: 72531/01, Karar Tarihi: 9 Aralık 2003; *Carballo ve Pinero v. Portekiz*, Başvuru No: 31237/09, Karar Tarihi: 21 Haziran 2011.

¹⁰⁴ AİHM, *Diriöz v. Türkiye*, Başvuru No: 38560/04, Karar Tarihi: 31 Mayıs 2012, Paragraf 25.

bakımından ihlal sebebi sayılacaktır¹⁰⁵. Ulusal hukukumuzda AİHM içtihatlarına benzer yönde verilen Anayasa Mahkemesi'nin Yankı Bağcıoğlu kararında; Devlet sırrı olduğu gerekçesiyle savunma makamına kopyası verilmeyen ve bilirkişi incelemesi talepleri reddedilen taraf hakkında kurulan hükümde dijital delillerin mahkûmiyete esas alınmasının silahların eşitliği ilkesini ihlal ettiği tespit edilmiştir¹⁰⁶.

Silahların eşitliği hususunda yapılan başvurunun incelemesinde Anayasa Mahkemesi de huzurundaki kararın yargılama sürecini bir kül olarak ele almakta, hakkaniyete uygun yargılamanın kararın doğru olup olmamasıyla ilişkisi olmadığından, taraflara iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanıp sağlanmadığını değerlendirmektedir¹⁰⁷.

Çelişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi ile bağlantılı olup hakkaniyete uygun yargılamanın gereklerindedir. Çelişmeli yargılama ilkesi, her iki tarafa diğer tarafça sunulan görüşler veya deliller hakkında bilgi sahibi olup yorumda bulunma imkânının tanınması gerektiği anlamına gelmektedir¹⁰⁸. Burada esas olan ise mahkemede gerçekleşen yargılamaya usulüne tarafların uygun ve etkili bir şekilde katılabilmesidir. Çünkü mahkemenin yalnızca usule ilişkin şartları sağlamış olması hakkın teslimine yetmemektedir. Mahkeme tarafından karşı delil sunma ve bilirkişi incelemesi konusunda taraflara görüşlerini etkili bir biçimde bildirme fırsatı verilmesinin yanı sıra ceza yargılamalarında savcılık ve savunma arasındaki usuli eşitliğin sağlanmış olması gerekmektedir¹⁰⁹.

AİHM kararlarında sıklıkla silahların eşitliği ilkesi ile birbirini tamamlar şekilde kullanılan çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi halinde, davanın tarafları arasındaki dengenin bozulması ölçüsünde silahların eşitliği ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır¹¹⁰. Esasen birbirinden farklı olan bu iki

¹⁰⁵ AİHM, Kuznetsov v. Rusya, Başvuru No: 184/02, Karar Tarihi: 11 Nisan 2007, Paragraf 84-85.

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, Yankı Bağcıoğlu ve Diğerleri Bireysel Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/253, Karar Tarihi: 9 Ocak 2015, Paragraf 55, RG, Tarih: 12 Mayıs 2015, Sayı: 29353.

¹⁰⁷ İnceoğlu, s. 209-210.

¹⁰⁸ AİHM, Wynen v. Belçika, Başvuru No: 32576/96, Karar Tarihi: 5 Kasım 2002, Paragraf 32; AİHM, F.R. v. İsviçre, Başvuru No: 37292/97, Karar Tarihi: 28 Haziran 2001, Paragraf 36.

¹⁰⁹ AİHM, Mantovanelli v. Fransa, Başvuru No: 21497/93, Karar Tarihi: 18 Mart 1997, Paragraf 33; TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 73.

¹¹⁰ Başa, Şafak; Adil Yargılama Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği, Denetim Dergisi, Devlet Denetim Elemanları Derneği, Yıl: 24, Sayı: 115 (Temmuz- Eylül 2011), Sayfa: 28-31, s. 29.

ilkenin ise her somut olayda mevcudiyetleri yönünden ayrı durumlar söz konusu olabilecektir. AİHM Mantovanelli v. Fransa davasında, mahkeme tarafından bir bilirkişi atanması halinde taraflara bilirkişinin yer aldığı görüşmelerin her aşamasına katılabilmek veya bilirkişinin dikkate aldığı tüm belgeleri görme imkânının tanınmış olmasını belirtmiştir. Kararın devamında, mahkeme tarafından esasa ilişkin değerlendirme yapılırken bilirkişi raporunun belirleyici bir etkisinin olması ihtimali göz önüne alınarak taraflara bilirkişi raporunun hazırlanmasındaki süreçte etkili şekilde görüş bildirmelerine olanak tanınmaması nedeniyle söz konusu durum hak ihlali olarak değerlendirilmiştir¹¹¹. Dolayısıyla bu davada olduğu üzere, çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edildiği ancak silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmediği haller mevcut olabilecektir.

Hakkaniyete uygun yargılama yapılması hususunda *mahkeme kararının gerekçeli olması* gerekmektedir. Çağdaş hukuk sistemlerinde cezaî ve medenî yargılamalarda kabul edilen genel ilke, mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğudur¹¹². Öyle ki, Anayasa'nın 141/3. maddesinde "*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*" hükmü ile hukuk sistemimizde gerekçeli karar ilkesine usul kanunlarının yanı sıra anayasal güvence sağlanarak yer verilmiştir.

Taraflarca öne sürülen her bir iddiaya karşılık olarak, davaya ilişkin verilen esas kararda gerekçesine yer verilmiş olması adil yargılanma hakkı için daha uygun olduğu düşünülse de AİHM, kararın gerekçeli olması ile mahkemenin her bir mülâhazaya ayrıntılı yanıt vermesi gerektiği şeklinde anlaşılamayacağını, gerekçelendirmenin kapsamının verilen kararın niteliğine göre çeşitlilik gösterebileceğini ifade etmiştir¹¹³. AİHM önüne gelen başvurularda kararın gerekçesi yönünden incelemesini yaparken, tarafça gerekçenin öğrenilememesi, gerekçede tarafların sorularına cevap verilmemesi, kararların yetersiz gerekçeli verilmesi durumlarında başvurunun hakkaniyete uygun olmayacak şekilde kendini savunma hakkından yoksun bırakılması halinde ihlâl olduğuna karar vermektedir¹¹⁴.

Gerekçeli karar ilkesi, bilhassa tarafların mahkeme kararına karşı kanun yollarına başvurması açısından önemlidir. Zira kararların gerekçeli olması halinde kanun yollarına başvurma hakkı gerçek anlamda işletilebilecek olup

¹¹¹ AİHM, Mantovanelli v. Fransa, Başvuru No: 21497/93, Karar Tarihi: 18 Mart 1997, Paragraf 36.

¹¹² TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 91.

¹¹³ AİHM, Hiro Balani v.İspanya, Başvuru No: 18390/91, Karar Tarihi: 9 Aralık 1994, Paragraf 27.

¹¹⁴ TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 92; İnceoğlu, s. 311.

gerekçeli kararın olmaması durumunda kanun yoluna başvurma hakkı sadece sembolik bir hak olarak kalacaktır¹¹⁵.

Hakkaniyete uygun yargılama unsuru içinde zımnî olarak yer alan hakların bir diğeri aleniyet ilkesi ile bağlantılı olan *duruşmada hazır bulunma hakkıdır*. Söz konusu hak, aleniyet ilkesinin aksine bizzat davanın taraflarına matuf bir hak olup taraflara mahkemede hazır bulunarak aleyhindeki dava, sunum ve kanıtlara karşı koyma, onları çürütmeye yönelik etkili şekilde yargılamaya katılma hakkını içermektedir¹¹⁶. Ceza yargılamalarında sanığın duruşmada hazır bulunması kuralken¹¹⁷, hukuk yargılamalarında davadan haberdar edilen tarafın yargılamada hazır bulunması genel kural değildir¹¹⁸. Öyle ki, AİHM'in Colozza v. İtalya davasına ilişkin vermiş olduğu kararında Sözleşme'de m. 6/3'te düzenlenen sanığın asgari hakları arasında sayılan kendisini bizzat savunma hakkı, mahkemenin dilini bilmeme halinde tercüman temin edebilme hakkı ile tanık dinletme ve sorgulama hakkının sanığın duruşmada bulunmadan kullanılmayacağı belirtilerek söz konusu hakkın önemine dikkat çekmiştir¹¹⁹. Bu itibarla, duruşmada bulunma hakkı aleniyet ilkesi ile birlikte çelişmeli yargılama ilkesini tamamlar nitelik arz etmektedir.

¹¹⁵ AİHM, Hadjianastassiou v. Yunanistan, Başvuru No: 12945/87, Karar Tarihi: 16 Aralık 1992, Paragraf 32-33; Bekri, M. Nedin, Gerekçeli Karar Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2014, Sayı: 3, Sayfa: 203-228, s. 211.

¹¹⁶ Şeker, Hilmi; Duruşmaya Katılma Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2017, Sayı: 1, Sayfa: 221-250, s. 226.

¹¹⁷ Duruşmada bulunma hakkına 5271 sayılı CMK'nin "Sanığın Duruşmada Hazır Bulunmaması" başlıklı 193. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen "*Kanunun ayırık tuttuğu hâller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir*" hükmü ile yer verilmiştir. Kuralın istisnasını, sanığın hasta olması veya sanığa ulaşılması için gerekenler yapılmasına rağmen duruşma hakkında haber verilememesi gibi durumlar oluşturmaktadır.

¹¹⁸ Kaynak, Ali Osman; Uluslararası Sözleşmeler Işığında Adil Yargılanma Hakkı ve İç Hukukumuzla Karşılaştırması, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 1 (Kış 2007), Sayfa: 120-143, s. 127; Ancak hukuk yargılamalarında eğer kişinin kişisel özellikleri, yaşama biçimi ve davranışları esas kararın oluşmasında doğrudan etkili olabileceğinden tarafın duruşmada bulunması hakkaniyete uygun yargılanma açısından zorunlu olabilir. Medenî bir yargılamanın tarafı durumundaki kişinin; kişisel özellikleri, yaşama biçimi, davranışları kararın oluşmasında doğrudan etkili olabilecektir. Bu hususta örnek olarak ebeveynlerin boşanma sonrası çocuklarını görme haklarına ilişkin veya çocuğun bakımı ve gözetimi ile ilgili davalar gösterilebilir. TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 78.

¹¹⁹ AİHM, Colozza v. İtalya, Başvuru No: 9024/80, Karar Tarihi: 12 Şubat 1985, Paragraf 27.

Duruşmaya katılma hakkı kural olarak hem ilk derece yargılama yerlerinde hem de istinaf ve temyiz aşamalarında geçerliliğe sahip olsa da mutlak bir hak değildir¹²⁰. Aleniyet ilkesinin sınırlı olduğu hallerde benzer olarak istinaf ve temyiz yargılaması evresinde incelemenin duruşmalı yapılmadığı ve yalnızca hukuki yönden inceleme yapıldığı hallerde bu hak uygulama alanı bulamayacaktır.

Kişinin suçunu itiraf etme yükümlülüğünde olmaması ile kendi aleyhine tanıklık yapma konusunda zorlanamayacağını ifade eden *susma hakkı ve kendi aleyhine tanıklık yapmama hakkı*, 6. madde kapsamında açıkça belirtilmemiş olmasına karşın hem ulusal hem de uluslararası hukukun kabul ettiği adil yargılanmanın unsurlarından biridir¹²¹. *Nemo tenetur se ipsum accusare* prensibi başta olmak üzere Anayasa m. 38/5'te "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*" denilmek suretiyle garanti altına alınan söz konusu haklar itibarıyla, kişinin beyanda bulunmayıp sorulara cevap vermeyi reddetmesi nedeniyle mahkûm edilmesi ya da baskı altında alınan ifadenin kişi aleyhinde kullanılması yasaktır¹²².

Yukarıda açıklanagelen hakların devamı niteliğinde diyebileceğimiz bir diğer hak, *meramını anlatabilme hakkıdır*. Bu hak, adil yargılanma hakkı bağlamında özellikle sanık açısından büyük önem teşkil etmekle birlikte diğer muhakeme süjeleri bakımından da geçerlilik taşımaktadır¹²³. Söz konusu hakkın kişinin kendisine yüklenen suçlamaları öğrenme, savunması için açıklamada bulunabilme ve açıklamalarının dikkate alınmasını isteme olmak üzere üç temel unsuru bulunmaktadır.

Birinci unsura göre, kişinin meramını gereğince anlatabilmesi için neyle suçlandığını bilmesi gerekmektedir. Sözleşme'nin m. 6/3-a bendinde de düzenlendiği üzere kişi, kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar

¹²⁰ Kaynak, s. 127.

¹²¹ Cebre, Ayvaz; Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı, TAAD, Cilt: 1, Yıl: 2, Sayı: 5 (20 Nisan 2011), Sayfa: 373-396, s. 387.

¹²² AİHM, Heaney ve McGuinness v. İrlanda, Başvuru No: 34720/97, Karar Tarihi: 21 Aralık 2000, Paragraf: 55-59; AİHM, Saunders v. Birleşik Krallık, Karar Tarihi: 17 Aralık 1996, Paragraf 68-69, *Reports of Judgements and Decisions* 1996-VI, s. 2064-2065; Dutertre, s. 171; Toprak, Ufuk; Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış, TAAD, Cilt: 1, Yıl: 2, Sayı: 7 (Ekim 2011), Sayfa: 257-286, s. 262.

¹²³ Karekahya, Hakan; Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları, CHKD, Cilt: 3, Yıl: 2015, Sayı: 2, Sayfa: 199-225, s. 202.

edilmesi gerekmektedir¹²⁴. Mahkeme bilgi verilmesinin zamanı bakımından “kısa süre” kavramını somut olaya göre değerlendirmekte, bu sürenin makul ve anlaşılır bir zaman içerisinde yapılması koşulunu aramaktadır¹²⁵.

İkinci unsur olan açıklamada bulunabilme, kişinin hakkında bulunan suçlamalardan kurtulmak için yargılama makamları önünde söz ve düşünce özgürlüğüne sahip olmasıdır¹²⁶. Kişi bu hak gereğince duruşmaya katılma ve yargılama makamları önünde sorgulanma imkânına sahip olmalı, karşı tarafın ileri sürdüğü deliller üzerindeki tartışmalara katılıp beyanda bulunabilmeli, kendini etkin şekilde ifade edemeyecekse veya savunamayacaksa zorunlu olarak bir müdafî yardımından faydalandırılmalı, gerekliyse beyanda bulunurken tercüman hizmeti de kendisine sağlanmalıdır¹²⁷. Meramını anlatabilme hakkının son unsuru sanığın açıklamalarının dikkate alınmasını istemesi ise mahkemede sanığın beyanlarının dikkatle dinlenmesini, karar verirken sanık beyanlarının neden dikkate alındığının veya alınmadığının açıklamasının gerekçeli kararda yer almasını gerektirmektedir¹²⁸.

Ayrıca meramını anlatabilme hakkı Sözleşme'nin m. 6/3. fıkrasında yer alan *savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı* için de büyük öneme sahiptir. Kendisine yöneltilen suçlamalar hakkında bilgiye sahip olmaksızın kişiye savunmasını hazırlaması için verilen sürenin tek başına anlam taşıması beklenemeyeceğinden öncelikle meramını anlatabilme hakkı gereğince yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinin en kısa süre içerisinde, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmesi gerekmektedir. Mahkeme, bu hususta her bir somut olay bakımından yargılamanın aşamaları, davanın niteliği, konunun karmaşıklığı ve ilgilinin tutukluluk hâli gibi farklı hususları ele alarak değerlendirmesini yapmaktadır¹²⁹.

Sanık, *tanık dinletme ve sorgulama hakkı* gereğince aleyhine olan iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunması için lehine olan tanıkların da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Ancak Mahkeme, bir

¹²⁴ AİHM, Kamasinski v. Avusturya, Başvuru No: 9783/82, Karar Tarihi: 19 Aralık 1989, Paragraf 79.

¹²⁵ TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 65.

¹²⁶ Zafer, Hamide; Savunma Hakkı ve Sınırları, MÜHF-HAD, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, Sayfa: 507-540, s. 510.

¹²⁷ Karekahya, s. 211.

¹²⁸ Karekahya, s. 221.

¹²⁹ TBB İnsan Hakları Merkezi, s. 66.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

sanığın belirli tanıkların dinlenmesine olanak tanınmadığı şikâyetinde bulunabilmesi için sanığın dinlenmesi talebinde bulunduğu tanıkların neden önemli olduğunu açıklamasını ve mahkemenin gerçek olayları belirleyebilmek için bu tanıkların ifadelerine müracaat etmesinin zorunlu olmasını aramaktadır¹³⁰.

Diğer yandan hakkaniyete uygun yargılama yapılması içerisinde zımnî olarak yer alan ilke ve haklar cezai olmayan davalarda uygulanabilecek olsa da AİHS m. 6/3'te sayılı hakların ceza yargılaması esas alınarak hazırlanmasından kaynaklı olarak ceza ve medeni yargının birbirinden ayrıldığı noktaların olduğu durumlar mevcuttur. Bu ayırık noktalar; tarafların avukat yardımından yararlanma hakkı ile mahkemenin dilini bilmeyen tarafa mahkemenin ücretsiz tercüman sağlama yükümlülüğünün bulunup bulunmamasıdır¹³¹.

Ülkemiz ulusal hukukunda dava ikamesine ehil olan kişiler kendi dava ve işlerini takip edebilmekte olup avukat ile temsil zorunluluğu yalnızca belirli durumlarda söz konusu olmaktadır. Avukatla temsil zorunluluğu, medeni yargılama hukukumuzda öngörülmemiştir¹³². AİHS 6/3-c maddesinde sanık hakları arasında, kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, re'sen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilme hakkına yer verilmiştir. Bu doğrultuda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 149 ve 150. maddeleri gereğince müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise ya da alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin yapılan soruşturma ve kovuşturmada istem aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir. Devlet bu sorumluluğunun gereğini çeşitli yollarla, örneğin sosyal devlet ilkesi anlayışına da uygun olan hâlihazırdaki adli yardım gibi kurumlar vasıtasıyla yerine getirebilmektedir.

Ülkemizde yargılama makamlarında, Anayasa uyarınca kullanılan dil Türkçe olup yargılamaya konu olan yazılı belgelerin de Türkçe olması gerekir. Yargılamaya taraf olan kişi veya kişilerin yargılama dilini bilmiyor veya anlamıyor olması bu hususları değiştirmeyecek olup bu hususta yargılama organlarının başka bir dilde yargılama yapma veya belge kabul

¹³⁰ AİHM, Perna v. İtalya, Başvuru No: 48898/99, Karar Tarihi: 25 Temmuz 2001, Paragraf 26.

¹³¹ Pekcanitez, s. 259.

¹³² Gören Ülkü, Nazlı; Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, MÜHF – HAD, Cilt: 16, Sayı: 3-4, Sayfa: 309-325, s. 318.

etme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Ancak bu durumda taraflar arasında ortaya çıkabilecek eşitsizlik ve dengesizliği önlemek amacıyla tercümandan yararlanma hakkının kullanılmasına fırsat verilmelidir¹³³.

Medeni yargıda, devletin tercüman tutma veya ücretsiz tercüman sağlama zorunluluğu bulunmamakta, yalnızca ceza yargısında bu zorunluluk kabul edilmektedir¹³⁴. Bu durum, medeni yargılamada bireysel menfaatler söz konusuysen ceza yargılamasında esas itibariyle devletin cezalandırma yetkisini kullanımı ve kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasının bir sonucudur¹³⁵.

Öte yandan tercümandan yararlanma hakkı medeni yargılamada mevcut olsa da ücretsiz olarak faydalanma ancak ilgili şartların oluşması halinde ceza yargılamasında olabileceği için esas itibariyle tercümandan yararlanma giderlerinin taraflarca bizzat karşılanması gerekir. Örneğin yargılamanın dilini bilmeyen bir tanık dinletilecek ise tanık için tercüman gerekeceği için davanın tarafınca tercüman ve buna bağlı giderlerin karşılanması gerekir. Aksi halde mahkemece avansı yatırmayan tarafın tanık dinletmekten vazgeçtiği sayılacaktır. Ancak Sözleşme'nin 6/3-e maddesi ile sanığa, mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkı tanınmıştır. Yine CMK'da yer alan 202 ve 324. maddeleri ile bu hak ulusal hukukta ceza yargılaması bakımından sanığa tanınmıştır¹³⁶.

¹³³ Özekes, s. 301.

¹³⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu 324. maddesinin 5. fıkrasında “*Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercümanın giderleri, yargılama gideri sayılmaz ve bu giderler Devlet Hazinesince karşılanır.*” denilerek tercüman giderlerinin yargılama giderlerinden sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Pekcanitez, Adil yargılama, s. 50-51; Pekcanitez, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, s.539; Altan s. 57-58; Tanrıver, s. 401.

¹³⁵ AİHM tercüman hizmetinin ücretsiz olmasını Kamasinski v. Avusturya davasında şöyle açıklamaktadır: “*3-e (madde 6/3-e) bendinin anlamı, bir suç ile itham edilen bir kişinin, şayet mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşmıyorsa, adil bir yargılamadan yararlanabilmesi için anlaması gereken veya mahkemenin diline tercümesi gereken bütün belge ve ifadelerin yazılı veya sözlü olarak tercüme edilmesi amacıyla bir tercümanın hizmetinden parasız olarak yararlanma hakkına sahip olmasıdır*” Başvuru No: 9783/82, Karar Tarihi: 19 Aralık 1989, Paragraf 74; Dutertre, s. 189.

¹³⁶ 5271 sayılı CMK'nin 202. maddesi “*Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir. Engelli olan sanığa veya mağdura, duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabilecekleri biçimde anlatılır. Bu madde hükümleri, soruşturma evresinde dinlenen şüpheli, mağdur veya tanıklar hakkında da uygulanır. Bu evrede tercüman, hâkim veya Cumhuriyet savcısı* YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Son olarak, adil yargılanma hakkı yorumlanırken diğer hususlarla birlikte ele alınması gereken bir diğer husus *masumiyet karinesidir*. Sözleşme'nin 6/2. maddesinde yer alan masumiyet karinesi, ulusal hukukta Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin dördüncü fıkrasındaki “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*” hükmü neticesinde masumiyet karinesi anayasal güvence altına alınmıştır.

Masumiyet karinesi uyarınca, bir suçla itham edilen herkes yasalara göre suçluluğu ispat edilene dek masum sayılır. İçerdiği güvenceler bakımından şeklen ceza yargılamasına ilişkin sanığa tanınan bir karine olarak değerlendirildiği için genel itibariyle hukuk yargılamalarında uygulanması mümkün olmasa da gerektiğinde uygulanabilecektir. Öyle ki, Sözleşme tarafından cezai kabul edilen hukuk davaları için, örneğin mesleki disiplin yargılamaları için masumiyet karinesi geçerliliğe sahiptir¹³⁷.

Aynı zamanda hukuk devletinin bir gereği de olan masumiyet karinesinin önemi, ispat yükünü iddia makamına, diğer bir ifadeyle kişi hakkında suçlamada bulunana ait olmasıdır. AİHM'in Barbera, Messegue ve Jabardo v. İspanya davasına ilişkin olarak vermiş olduğu kararda yer verdiği “...gereğince görevlerini yerine getirirken bir mahkemenin mensupları diğer ilkelerin yanı sıra, sanığın itham edilen suçu işlediği varsayımı ile işe başlamamalıdır; ispat yükü savcılığa aittir ve tüm şüpheler sanığın lehine kullanılmalıdır.” ifadeleri ile iddiayı ispatla yükümlü olanın iddia makamı olduğunu, kural olarak sanığın suçsuzluğunu ispatla yükümlü olmadığını açıkça ifade etmiştir¹³⁸.

Masumiyet karinesinin işlerlik kazanması için öncelikle bir suç isnadı gerekmektedir. Çünkü masumiyet karinesi, kişinin suçla itham edilme anından başlayıp yargılamanın sonuna dek geçerlilik taşımaktadır. Öte yandan AİHM, sanık ve isnat kavramlarını ulusal hukuktan bağımsız bir şekilde ele almakta, hem soruşturma hem de kovuşturma safhaları bakımından geniş bir uygulama alanı oluşturarak kişiye Sözleşme'nin korumalarını geniş bir şekilde tanımaktadır¹³⁹. Sözleşme, sanığa itham

tarafından atanır.” 324. madde “*Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık görevlendirilen tercümanın giderleri, yargılama gideri sayılmaz ve bu giderler Devlet Hazinesince karşılanır.*” hükmünü amirdir.

¹³⁷ Mole/Harby, s. 101.

¹³⁸ AİHM; Barbera, Messegue ve Jabardo v. İspanya, Başvuru No: 10590/83, Karar Tarihi: 6 Aralık 1988, Paragraf 77; Mole/Harby, s. 101.

¹³⁹ Ormanoğlu, Hatice Derya; Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Sayı: 65 (4), Yıl: 2016, Sayfa: 2241-2276, s. 2251.

anından itibaren çeşitli haklarla koruma sağlanmasını amaçladığı için AİHM tarafından yargılama organlarının davanın esasına girmediği haller ve bağlantılı davalar dâhil tüm hususlar göz önünde bulundurulmaktadır. Ayrıca Mahkeme, kararı verecek makamın hukuka uygun olarak delillendiremediği bir durumda, kişinin suçlu olduğunu düşündüğünü gösteren iş ve işlemlerinin bulunmasını ihlal için yeterli bulmaktadır¹⁴⁰. Örneğin Minelli v. İsviçre davasında, mahkemenin davanın esasına girmeyip zamanasını nedeniyle dava düşürülmesine rağmen yargılama giderlerinin sanık tarafından ödenmesine hükmedilmesini AİHM masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirmiştir¹⁴¹.

II. ADİL YARGILANMA HAKKININ İHLALİ HALİNDE GİDİLEBİLECEK YASAL YOLLAR

A. ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

Bireysel başvuru¹⁴², ülkemiz hukuk sistemine 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği referandumu ile kabul edilen 5982 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 148. maddesinde yaptığı değişikliklerle girmiştir. Doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanan bireysel başvuru kamu gücü, eylem ya da işlemleri nedeniyle temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasında bulunan kişilere, söz konusu müdahalenin Anayasa'ya uygunluğunun yargısal olarak denetlenmesinde yetkili olan mahkemeye başvuru hakkı tanıyan ikincil ve yardımcı nitelikteki olağanüstü bir hukukî çare, kanun yolu, dava türüdür¹⁴³.

¹⁴⁰ Şen, Mahmut; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakim ve Savcılara İlişkin Disiplin Soruşturmalarının Esasları, TBB Dergisi, Yıl: 2015, Sayı: 121, Sayfa: 17-66, s. 34.

¹⁴¹ AİHM; Minelli v. İsviçre, Başvuru No: 8660/79, Karar Tarihi. 25 Mart 1983, Paragraf 37; Mole/Harby, s. 102; Ormanoğlu, s. 2252.

¹⁴² Çalışmamızda bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti terimi tartışmasına girilmeyecek olup daha yaygın kullanım olan bireysel başvuru terimi tercih edilecektir.

¹⁴³ Göztepe, Ece; Anayasa Şikâyeti, AÜHFY, No: 530, Ankara 1998, s. 3; Gören, Zafer; Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan (Editörler: Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Fuat Keyman, Ece Göztepe), Cilt: 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, Sayfa: 293-334, s. 294; Kılınç, Bahadır; Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı, Cilt: 25, Yıl: 2008, Sayfa: 19-59, s. 23; Aydın, Öykü Didem, Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 4, Yıl: 2011, Sayfa: 121-170, s. 125; Hamdemir, Berkan; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 5-6.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Anayasa'nın çeşitli maddelerine değişiklik getiren 5982 sayılı Kanun'a ilişkin olarak verilmiş olan kanun teklifinin madde gerekçesinde, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinin arasına bireysel başvuru incelemesinin dâhil edilmesinin amacı;

“...Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde her yıl Türkiye'ye karşı çok sayıda dava açılmakta ve Türkiye pek çok davada tazminata mahkûm edilmektedir... bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlal kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir...” şeklinde ifade edilmiştir¹⁴⁴.

Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan “Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir” hükmü gereğince bireysel başvuruya ilişkin usul, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un¹⁴⁵ 45-51. maddeleri ile yine anılan Kanun çerçevesinde düzenlenen Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün¹⁴⁶ ilgili maddelerinde belirlenmiştir.

Bireysel başvurunun şartlarını, usule ve esasa ilişkin şartlar şeklinde sınıflandırma yoluna gidecek olursak; usule ilişkin şartlar bireysel başvuruda bulunma hakkına sahip olunması, iç hukuk yollarının tüketilmesi, yasal başvuru süresinin dolmamış olması, başvuru harcının yatırılmış olması ve başvuru formunun doğru şekilde gerekli eklerle doldurulmuş olmasıdır. Esasa ilişkin şartlar ise başvuru konusu olabilecek haklardan olması, kamu gücü, eylem ya da işleminden kaynaklı bir ihlalin mevcudiyeti ile hukuki yararın mevcut olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkına herkesin sahip olduğuna Anayasa 148/3. maddesi ve 6216 sayılı Kanun'un 45/1. maddesi hükmederken taraf, dava ehliyeti ve hukuki yarar bakımından gereken koşullar 6216 sayılı Kanun'un 46/1. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre bireysel başvuru yoluna ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından gidilebilecektir¹⁴⁷.

¹⁴⁴ 7/11/1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi, s. 13 (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf> Erişim Tarihi: 15.08.2018).

¹⁴⁵ RG, Tarih: 3 Nisan 2011, Sayı: 27894.

¹⁴⁶ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, RG, Tarih: 12 Temmuz 2012, Sayı: 28351.

¹⁴⁷ Hamdemir, s. 225.

Anayasa'nın 148/3. maddesinde “...Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki...” denilerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamındaki hakların neler olduğu düzenlenmiştir. 6216 sayılı Kanun'un 45/1. maddesinde ise Anayasa'nın m. 148/3'te belirtilen hakların yanı sıra “Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki” haklar da eklenmiştir. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamına 1982 Anayasası'ndaki hak ve özgürlükler ile AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki hak ve özgürlükler girmektedir¹⁴⁸.

Adil yargılanma hakkının hem hukuk sistemimizde hem de milletlerarası hukuk sisteminde geçerliliğe sahip, hukuk ve ceza muhakemelerinin yanı sıra idari yargılamada da yer alan temel hak ve özgürlüklerden olduğunu yukarıdaki kısımlarda ifade etmiştik. Yapılan yargılama sırasında adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi halinde, verilen hükmün şekli anlamda kesinleştiği, diğer bir ifadeyle verilen hüküm itibarıyla henüz kesinleşmemiş olan mahkeme kararları için öngörülmuş olan mümkün ve muhtemel kanun yollarının tüketilerek nihai ve kesin hale geldiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir¹⁴⁹.

Mahkemeye yapılan başvurular, esas hakkındaki incelemeye geçilmeden önce AİHM yargılamalarına benzer bir şekilde öncelikle kabul edilebilirlik şartlarının sağlanıp sağlanmadığı incelemesine tabi tutulur. Komisyonlarca yapılan kabul edilebilirlik incelemesinde, oy birliği ile şartların taşınmadığı tespit edilirse başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilir¹⁵⁰.

Mahkeme, kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesini dosya üzerinden yapabileceği gibi, gerekli görürse duruşmalı yapılmasına da karar verebilir¹⁵¹. Esas inceleme sonucunda ise mahkemece başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir.

Anayasa Mahkemesi, kararı veren mahkemenin yargılama sırasında adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini tespit ederse, adil yargılanma hakkının ihlal edilen unsurunun da niteliğini dikkate alarak, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye gönderebileceği gibi yalnızca ilgili lehine tazminata hükmetmekle yetinebilir¹⁵². Çünkü 6216 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi'ne yeniden

¹⁴⁸ Hamdemir, s. 77 vd.

¹⁴⁹ Tanrıver, s. 402.

¹⁵⁰ 6216 sayılı Kanun, m. 48/3.

¹⁵¹ 6216 sayılı Kanun, m. 49/4.

¹⁵² Tanrıver, s. 402-403.

yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedebilme olanağı tanımıştır.

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

Türkiye tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanıp 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylanmasıyla iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa'nın 90. maddesi gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir milletlerarası anlaşma olması hasebiyle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen kanun gücüne sahip uluslararası bir belgedir. Düzenlediği temel hak ve özgürlüklere ilişkin, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Sözleşme hükümleri esas alınacaktır.

Bireylerin uluslararası hukuk düzeninin bir süjesi olmasında büyük öneme sahip olan Sözleşme, bireylere sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden devlete karşı belirlenen denetim organına başvurabilme imkânı vermiştir. Bireysel başvuru yönünden yetkili denetim organları ilk başta Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Avrupa İnsan Hakları Divanı olmuş, ancak Sözleşme'nin uygulama alanının genişlemesi ile beraber insan haklarının uluslararası alanda korunmasının etkili şekilde devam etmesi amacıyla denetim mekanizmasında değişikliğe gidilmesi ihtiyacı doğmuştur. Denetim sisteminde yapısal değişiklikler getiren 11 No'lu Protokol'ün 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmesiyle AİHM, bahsi geçen organların görev ve yetkilerini üzerine alarak tek başına denetleme organı olarak ortaya çıkmıştır. Mahkeme'nin oluşumu, işleyişi ve yetkili olduğu işler Sözleşme'nin ikinci bölümünde yer alan hükümlerde detaylıca ele alınmıştır. İlgili bölümdeki maddelerden m. 34'te, Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Sözleşmeciler devletlerden biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi gruplarının bireysel başvuru için Mahkeme'ye başvurabileceğine hükmedilmiştir.

İlgili kişi, yapılan yargılamada AİHS'in 6. maddesinde tanınan adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi halinde AİHM'e başvurabilecektir. Farz-ı muhal, adil yargılanma hakkının unsurlarından olan makul süre içerisinde yargılama yapılmasına riayet edilmezse kişi sahip olduğu bireysel başvuru hakkı gereğince Mahkeme'ye başvurabilecektir.

Bireysel başvuru hakkı gerçek kişi, hükümet dışı kuruluşlar¹⁵³ ve kişi gruplarına¹⁵⁴ ait olup bu hak yalnızca Sözleşme'nin tarafı olan devlete karşı kullanılabilir. Şayet Sözleşme'ye taraf olmayan bir devlete karşı başvuru yapılacak olursa “*kişi yönünden yetkisizlik nedeni*” ile başvuru reddedilir¹⁵⁵. Ayrıca başvurucunun ihlale sebebiyet veren devletin vatandaşı olması şartı aranmamaktadır. Çünkü AİHS m. 1 ile sözleşmecii devletlere kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamayı yükümlülük haline getirmiştir.

İlke olarak başvurucuların Sözleşme'ye aykırılığını ileri sürdüğü ihlalden dolayı menfaatinin etkilenmiş olması ve söz konusu durumun başvuru sonuçlanana kadar güncelliğini koruması gerekir. Sözleşme ile bireylere sağlanan hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesiyle oluşan mağduriyetin devam etmesi halinde yapılan bireysel başvuruda Mahkeme öncelikle kabul edilebilirlik koşulları bakımından inceleme yapar.

Sözleşme'nin 35. maddesinde düzenlenen ve ön koşul mahiyetinde olan kabul edilebilirlik koşulları iç hukuk yollarının tüketilmesi, bireysel başvurunun yasal süre içerisinde yapılması, başvurucunun kimliğinin açık olması, başvuru konusunun daha önce Mahkemece başka başvuruda incelenmemiş olması, daha önce uluslararası bir mercie başvurulmamış olması, başvuru hakkının kötüye kullanılmamasıdır¹⁵⁶. Başvuruda kabul edilebilirlik koşulları bulunmuyorsa başvuru reddedilecektir.

İç hukuk yollarının tüketilmesi, devletlerin yargı organlarının yetkisine ve egemenliğine saygı ilkesinden kaynaklanan milletlerarası hukuk kuralıdır. Başvurucu, yargısal ve idari başvuru yollarının tümünü

¹⁵³ Hükümet dışı kuruluşlardan özel hukuk tüzel kişilerini anlamak gerekir. Sendikalar, siyasi partiler, vakıflar, dernekler, şirketler örnek verilebilir. Çağırın, Mehmet Emin; Uluslararası Alanda İnsan Hakları, 1. Baskı, Platin Yayınları, Ankara 2006, s. 225.

¹⁵⁴ “*Kişi gruplarının tüzel kişiliği olmadığı için Mahkeme'ye başvurabilmek için topluluğun kapsadığı kişilerce başvuru bizzat imzalanmış olmalı veya belli kişi veya kişilere bu konuda temsil yetkisi verilmelidir*” Reisoğlu, Safa; Uluslar Arası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 172.

¹⁵⁵ Tanrıkulu, M. Sezgin; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru İçin El Kitabı, 4. Baskı, Ankara 2007, s. 40.

¹⁵⁶ Mahkeme örneğin bireyin aynı konuda sayısız başvuru ile Mahkeme'yi gereksiz yere meşgul etmesini hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir. Demirel, Naim; AİHS Çerçevesinde Yapılan Bireysel Başvurular İçin Gerekli Şartlar, s. 1 (<http://www.abchukuk.com/makale/makale35.html> Erişim Tarihi: 10.08.2018).

kullanmadan AİHM'e başvuruda bulunamaz¹⁵⁷. Ancak bu husus mutlak şart değildir. İç hukuk yolunun bulunmaması(herhangi bir iç hukuk yolunun öngörülmemesi veya yasa ile iç hukuk yolunun kapatılması), var olan iç hukuk yollarının mevzuatta ve uygulamada belirli bir kesinlik arz etmeyen, etkisiz bir yapıda olması, makul süre içerisinde karar veremeyecek olması, insan hak ve özgürlükleri ihlallerinin mutlak bir uygulama haline gelmesi hallerinde bu şart aranmayacaktır¹⁵⁸.

Başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmesi sonucunda verilen en son kararın tarihinden itibaren 6 aylık süre içerisinde yapılması gerekmektedir. Belirtilen süre kamu düzeninden olup hak düşürücü süredir.

Bireysel başvuruda kabul edilebilirlik koşullarının sağlanmaması halinde kabul edilemez olduğuna ilişkin karar verilerek başvuru reddedilir. Söz konusu karara yönelik tanınmış herhangi bir olanak mevcut olmadığından karar kesindir. Şayet kabul edilemezlik kararının altında yatan sağlanmamış koşul veya koşullar sonrasında telafi edilecek olursa tekrardan başvuru yapma imkânı doğacaktır.

Başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesini¹⁵⁹ müteakip Mahkeme, Sözleşme'nin 39. maddesinde düzenlenen dostane çözüm yoluyla sonuçlanmasını sağlamak için taraflara yardımcı olabilir. Anlaşmazlık, davanın her aşamasında dostça çözüme bağlanabilir. Taraflar uzlaşmaya varır, Mahkemece de kabul edilirse başvuru kayıttan düşürülür. Taraflarca dostane çözüm yoluna gidilmez veya gidilse de uzlaşma sağlanamazsa Mahkeme esası incelemeye geçer. Esastan incelemede Mahkeme tarafların yazılı görüşünü alır, gerekli görürse duruşma yapar, tanık dinler, keşif yapabilir¹⁶⁰.

AİHM'in yerel yargı organlarınca kararların verilmesi sürecinde kanunlara uyulduğunun kontrol makamı olması, diğer bir ifadeyle kanun yolu olmaması nedeniyle esasa ilişkin kararlarında hükmün bozulması veya kaldırılması yönünde karar veremeyecektir. Bilakis, Mahkeme yalnızca

¹⁵⁷ İç hukuk yolları tüketilmeden başvuru yapılmasına karşılık mahkeme kabul edilebilirlik açısından inceleme kararını vermeden önce iç hukuk yolları tüketilmiş olursa başvuru süresinde yapılmış sayılacaktır.

¹⁵⁸ Çağırın, s. 227.

¹⁵⁹ Başvuru kabul edilebilirlik koşullarını sağlasa da bu yöndeki karar, başvuruya ilişkin kayıttan düşürme kararının verilmeyeceği anlamına gelmez. Sözleşme'nin 37. maddesine göre; başvuru sahibi davasını takip etme niyetinde değilse; ihtilaf çözümlenmişse; Mahkeme'nin saptadığı herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmezse Mahkeme başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verebilir.

¹⁶⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 729.

Sözleşme ile bireylere tanınmış olan hak ve özgürlüklerin söz konusu yargılamalarda ihlal edilip edilmediğini tespit etmektedir¹⁶¹.

AIHM esasa ilişkin kararında, Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükler hususunda Sözleşme’ye taraf olan davalı devletin ihlal ettiğine karar verirse 41. madde uyarınca gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmedebilir. Adil tazmin, Sözleşme’nin ihlalinden doğan sonuçların tam olarak giderilmesinin devletçe mümkün olmaması ve tazmin konusunda başvuru tarafından talepte bulunulması hallerinde doğacak olsa da bu hususta son sözün AIHM’e ait olduğu unutulmamalıdır¹⁶².

AIHM’in esasa ilişkin kararında yargılama sırasında yargı organlarının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği tespit edilirse Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 375/1-i maddesi, Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 311/1-f maddesi ve İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun’unun 53/1-ı maddesi uyarınca kararın kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıl içerisinde başvuru yargılamanın iadesi yoluna başvurma hakkı mevcuttur. Keza, CMK’nin 172/3. maddesi gereğince kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin AIHM’in kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılacaktır.

Anılan kanunlar ve ilgili maddeler doğrultusunda yargılamanın iadesi yoluna başvurulması halinde söz konusu istek, esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır. Ancak bu isteğin her zaman olumlu karşılanmayacağını, isteğin mesmu(dinlenebilir) olması gerektiğini belirtmek gerekir. Örneğin yargılamanın makul süre içerisinde yapılmayarak adil yargılanma hakkının ihlali AIHM’in kesinleşmiş kararı ile sabit hale gelmişse yeni bir yargılama yapılması, yargılamanın gecikmesinin sonuçlarını telafi edemeyeceği için hukuki yararı bulunmayacak olup ilgili bu durumda yalnızca lehine hükmedilecek tazminatla yetinmek zorunda kalacaktır¹⁶³. Aksi takdirde yargılamanın

¹⁶¹ Sözleşme’nin 32. maddesinde mahkemenin yargı yetkisi 33, 34, 46 ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşme’nin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsadığı ifade edilmiştir.

¹⁶² Gökşen, Mustafa; AIHM Yargısında Adil Yargılanma Hakkı ve Makul Süre(Danışman: Prof. Dr. Mehmet Emin Çağırın), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 91.

¹⁶³ Tanrıver, s. 404; Pekcanitez, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, s. 533; Surlu, Mehmet Handan;Hukuk Ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi(İfade-i Muhakeme), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 75.

iadesi yoluna başvurulacak olursa, talep mesmu olmadığından reddedilecektir¹⁶⁴.

İnceleme sonucu kararın verilmiş yerine göre farklı şekillerde kesinleşen mahkeme kararları Bakanlar Komitesi'ne gönderilerek kararların yerine getirilmesi için ilgili devlete süre tanınır. İlgili devlet, kararın yerine getirilmesinde üzerine düşeni yapmaz, gerekli önlemleri almazsa Avrupa Konseyi'nden çıkarmaya varan yaptırımlar uygulanabilir¹⁶⁵.

SONUÇ

Anayasa'nın 36. maddesi ile istisnaya yer olmaksızın herkesin, hem davacı hem davalı bakımından, yargı mercileri önünde sahip olduğuna hükmettiği adil yargılanma hakkı Türk hukuk sistemi için hukuk ve ceza muhakemelerinin yanı sıra idari yargılamada yer alan temel haklardan birisi olsa da uygulamada genellikle ceza yargılamasıyla gündeme gelmektedir.

Adil yargılanma hakkı, Anayasa'nın yalnızca 36. maddesinde işlenmemiş, pek çok maddesinde yer almıştır. Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezalara ilişkin gözetilmesi gereken esaslar, 125. maddede istisnalar dışında idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması, 141. maddede duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması gibi pek çok hükmün adil yargılanma hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğu görülebilecektir.

Keza, 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunlarla aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde üstünlük tanınması hususu ile beraber 6100 sayılı HMK'nın 375. maddesi, 5271 sayılı CMK'nin 311. maddesi ve 2577 sayılı İYUK'un 53. maddesiyle AİHM'in ihlal kararlarının kesinleşmesi halinde yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi hususunun neticesinde adil yargılanma hakkı hukuk sistemimizde daha çok önem arz etmeye başlamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında belirtildiği üzere adil yargılanma hakkı yalnızca hukuki bir terim olmayıp hukuk devleti ve demokrasi kavramları ile de yakın ilişki içindedir. Bu itibarla, demokratik toplum ilkeleri doğrultusunda hukukun üstünlüğü esas alınarak temel hak ve özgürlüklerin korunması gerekmektedir.

Demokratik hukuk devleti niteliğine sahip olan ülkemiz hukuk sisteminde adil yargılanma hakkı önündeki kanuni engeller ortadan

¹⁶⁴ Tanrıver, s. 404; Surlu, s. 72.

¹⁶⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 730.

kaldırılmalıdır. Yasal düzenlemelerin yapılmasıyla vatandaşlar bakımından dava açmak kolaylaştırılmalı; maddi imkânsızlıklar sebebiyle kendini savunamayacak durumda olanların adli yardım gibi kurumlardan faydalanması sağlanmalı; yapılan yargılamada haksızlığa uğradığını düşünen bireyin diğer yasal yollara başvurabilmesi sağlanarak toplum nezdinde yargılama makamlarına olan güven korunmalıdır.

Hakkın kanuni olarak tanınması birey bakımından yetmemekte, söz konusu hakkın bihakkın yerine getirilmesi için uygulama noktasındaki mevcut maddi eksikliklerin de giderilmesi gerekir. Hâkim açığı, personel azlığı, iş yükünün yoğunluğu, mahkeme azlığı gibi yargılamanın uzamasına sebep olabilecek hallerde devletin sorumluluğu doğacağı için bu gibi eksikliklerin Sözleşme'ye taraf olan devletlerce giderilmesi gerekir.

Diğer yandan mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması, adil yargılanma hakkı bakımından zorunluluk arz eder. Yürütme veya yasama organlarıncı yapılacak düzenlemelerde olsun, yargı organlarının kendi iç işleyişlerinde olsun bu hususa gölge düşürmekten imtina edilmelidir.

Sözleşme çerçevesinde 1959-2011 yılları arasında yapılan yargılamalarda Türkiye ile ilgili verilen 2747 kararın 2404'ünde en az bir ihlalin olduğu saptanmıştır¹⁶⁶. İhlalin olduğuna hükmedilen kararlara bakıldığında ülkemizin adil yargılanma hakkı açısından en önemli sorununun yargılamanın makul süre içerisinde bitirilememesi olduğu görülecektir. Bu hususta, 23 Haziran 2017 tarih 30105 sayılı Resmi Gazete'de Adalet Bakanlığı'nca hazırlanıp yayımlanan "Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" gibi yargılama makamlarının pratikte daha aktif ve hızlı çalışmalarını sağlamak amacıyla yeni normların çıkarılması ihtiyacı bulunmaktadır.

Çalışmamızın ikinci kısmında ise adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi halinde tarafların sahip olduğu hukuki çarelerin Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolları olduğunu, mahkemelerin hangi hususlarda incelemesini gerçekleştirdiğini genel hatlarıyla ifade etmeye gayret gösterdik.

Günümüz itibarıyla dünya ülkeleri arasında insan hakları ihlallerinin sık yaşandığı, hukuk endekslerinde son sıralarda yer alan ülkemizde adil yargılanma hakkı bakımından gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasıyla ülkemiz hukuk sisteminin hem adaletin tecelli etmesi hususunda daha

¹⁶⁶ 1959-2011 Yılları Türkiye'nin AİHS İhlallerinin Dağılımı için bkz. <http://inhak.adalet.gov.tr/istatistik/2011/03.pdf> (Erişim Tarihi: 12.08.2018)

yüksek standartları yakalayacağı hem de insan onuruna yaraşır yargılama mekanizmasına sahip olacağı kanaatini taşımaktayız. Bu sayede toplumun, yargı organlarına ve adalete olan güveni korunacağından toplumsal huzur ve barışın sağlanması yolunda önemli bir adım arz edecektir.

KAYNAKÇA

Yararlanılan Kitaplar

Anayurt, Ömer; **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, 1. Baskı, Ankara 2004.

Aragon, Louis; **Elsa'ya Şiirler**, Cem Yayınevi, çev. Said Maden, Ekim 1975, Baha Matbaası.

Çağiran, Mehmet Emin; **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, 1. Baskı, Platin Yayınları, Ankara 2006.

Dutertre, Gilles; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi, Kasım 2003.

Göztepe, Ece; **Anayasa Şikâyeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 530, Ankara 1998.

Gözübüyük, A. Şeref; **Yönetim Hukuku**, Güncelleştirilmiş 17. Bası, Ankara 2002.

Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 10. Baskı, Ankara 2013.

Hamdemir, Berkan; **Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

İnceoğlu, Sibel; **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Şen Matbaa, Ankara 2007.

Karakuş, Hakan; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001.

Karaosmanoğlu, Fatih; **İnsan Hakları**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2011.

Kunter, Nurullah; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul 1986.

Mole, Nuala/Harby, Catharina; **Adil Yargılanma Hakkı**, İnsan Hakları Kitapçıkları No: 3, 1. Baskı, çev. Adalet Bakanlığı.

Özbudun, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara 2011.

Özekes, Muhammet; **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet; **Medeni Usul Hukuku**, 6. Baskı, Ankara 2007.

Reisoğlu, Safa; **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

Surlu, Mehmet Handan; **Hukuk Ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi(İade-i Muhakeme)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Tanrıku, M. Sezgin; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru İçin El Kitabı**, 4. Baskı, Ankara 2007.

Tanrıver, Süha; **Medenî Usûl Hukuku C.I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Sancakdar, Oğuz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 1. Baskı, Ankara 2002.

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, **İnsan Hakları Raporu (2016-2017)**, Şen Matbaa, 1. Baskı, Ankara 2017.

Yıldız, Mustafa; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı**, 1. Baskı, İstanbul 1998.

Yılmaz, Ejder; **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

Yararlanılan Makaleler

Altıparmak, Cüneyd; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları**, TBB Dergisi, Sayı: 63, Yıl: 2006, Sayfa: 244-270.

Aydın, Öykü Didem; **Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 4, Yıl: 2011, Sayfa: 121-170.

Başa, Şafak; **Adil Yargılama Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği**, Denetim Dergisi, Devlet Denetim Elemanları Derneği, Yıl: 24, Sayı: 115 (Temmuz- Eylül 2011), Sayfa: 28-31.

Bekri, M. Nedim, **Gerekçeli Karar Hakkı**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2014, Sayı: 3, Sayfa: 203-228.

Cebre, Ayvaz; **Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı**, TAAD, Cilt: 1, Yıl: 2, Sayı: 5 (20 Nisan 2011), Sayfa: 373-396.

Çayan, Gökhan; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı**, TAAD, Yıl: 7, Sayı: 28 (Ekim 2016), Sayfa: 235-271.

Demirel, Naim; **AİHS Çerçevesinde Yapılan Bireysel Başvurular İçin Gerekli Şartlar**, (<http://www.abchukuk.com/makale/makale35.html> Erişim Tarihi: 10.08.2018).

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Demirkol, Selami; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Adil Yargılanma Hakkı** (http://www.danistay.gov.tr/upload/3_adilyargilamahakki.pdf Erişim Tarihi: 10.06.2018).

Dirim, Vuslat; **Ceza Yargılamasında Adil Yargılama İlkesi (Dava Süresi – Aleniyet – Şüpheli ve Sanık Hakları)**, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2 (Ağustos 2017), Sayfa: 161-180.

Erol, Muhammed Akif; **Adil Yargılanma Hakkı ve Yüksek Askeri Şura Kararları**, Yeni Türkiye Dergisi, İnsan Hakları Özel Sayısı II, Yıl: 1998(Temmuz-Ağustos), Sayı: 22, Sayfa: 945-949.

Feyzioglu, Metin/Güngör, Devrim; **Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zamanaşımının Durmasına Etkisi** (<http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/bekletici-sorun.html> Erişim Tarihi: 26.06.2018).

Gölcüklü, Feyyaz; **Yargılama Makamları Önünde Makul Süre**, İnsan Haklarının Uluslararası Korunması ve T.B.M.M. Sempozyumu, 4-5/10/1991 Antalya Türkiye, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No:52, Eylül, 1992 Ankara, Sayfa: 119-132.

Gören Ülkü, Nazlı; **Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu**, MÜHF–HAD, Cilt: 16, Sayı: 3-4, Sayfa: 309-325.

Gören, Zafer; **Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?**, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan (Editörler: Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Fuat Keyman, Ece Göztepe), Cilt: 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, Sayfa: 293-334.

Gözler, Kemal; **Sulh Ceza Hâkimlikleri ve Tabii Hâkim İlkesi “Sahur Operasyonu” Hakkında Bir Açıklama**, Güncel Hukuk Dergisi, Ekim 2014.

Karekahya, Hakan; **Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları**, CHKD, Cilt: 3, Yıl: 2015, Sayı: 2, Sayfa: 199-225.

Kaynak, Ali Osman; **Uluslararası Sözleşmeler Işığında Adil Yargılanma Hakkı ve İç Hukukumuzla Karşılaştırması**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 1 (Kış 2007), Sayfa: 120-143.

Kılınç, Bahadır; **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği**, Anayasa Yargısı, Cilt: 25, Yıl: 2008, Sayfa: 19-59.

Kurt Konca, Nesibe; **Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması**, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 2014, Sayfa: 65-96.

Ormanoğlu, Hatice Derya; **Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi**, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Sayı: 65 (4), Yıl: 2016, Sayfa: 2241-2276.

Pekcanıtez, Hakan; **Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi**, TBB Yayını, TBB Yayın No: 8, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, Sayfa: 635-666.

Pekcanıtez, Hakan; **Medeni Yargıda Adil Yargılanma**, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 1997 (Nisan), Sayfa: 35-55.

Şahbaz, İbrahim; **AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 25, Sayfa: 229-289.

Şeker, Hilmi; **Duruşmaya Katılma Hakkı**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2017, Sayı: 1, Sayfa: 221-250.

Şen, Ersan; **Hâkim Tarafsızlığı ve Dürüst Yargılanma Hakkı** (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1646868-hakim-tarafsizligi-ve-durust-yargilanma-hakki> Erişim Tarihi: 10.06.2018).

Şen, Ersan; **İhkakı Hakta Görevli Mahkeme** (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1619352-ihkaki-hakta-gorevli-mahkeme> Erişim Tarihi: 15.06.2018).

Şen, Mahmut; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakim ve Savcılara İlişkin Disiplin Soruşturmalarının Esasları**, TBB Dergisi, Yıl: 2015, Sayı: 121, Sayfa: 17-66.

Toprak, Ufuk; **Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış**, TAAD, Cilt: 1, Yıl: 2, Sayı: 7 (Ekim 2011), Sayfa: 257-286.

Turan, Hüseyin; **Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi**, TBB Dergisi, Yıl: 2009, Sayı: 84, Sayfa: 213-230.

Turan, Hüseyin; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı**, TAAD, Yıl: 3, Sayı: 11(Ekim 2012), Sayfa: 47-75.

Zafer, Hamide; **Savunma Hakkı ve Sınırları**, MÜHF-HAD, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, Sayfa: 507-540.

Yararlanılan Tezler

Çiçek, Mustafa Tayıp; **AİHS Işığında Adil Yargılanma Hakkı ve Türk İdari Yargısı**(Danışman: Yrd. Doç. Dr. Cem Duran Uzun), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.

Gökşen, Mustafa; **AİHM Yargısında Adil Yargılanma Hakkı ve Makul Süre**(Danışman: Prof. Dr. Mehmet Emin Çağırın), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

Toydemir, Seçkin; **Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Türk İdari Yargı Sistemi**(Danışman: Yrd. Doç. Dr. Lami Bertan Tokuzlu), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.

Yararlanılan İnternet Kaynakları

<https://bianet.org/bianet/bianet/165498-800-yil-once-8-yuzyil-sonra-magna-carta-libertatum> (Erişim Tarihi: 05.06.2018)

<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf> (Erişim Tarihi: 15.08.2018)

<http://www.ihd.org.tr/avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-ve-eki-protokollerde-yer-alan-haklar-ve-ozgurlukler/> (Erişim tarihi: 08.06.2018)

<http://inhak.adalet.gov.tr/istatistik/2011/03.pdf> (Erişim Tarihi: 12.08.2018)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b7726af9c5c49.47517069 (Erişim Tarihi: 16.06.2018)

<http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=10182> (Erişim Tarihi: 26.06.2018)

AVRUPA BİRLİĞİ GENEL VERİ KORUMA DÜZENLEMESİ (EUROPEAN UNION GENERAL DATA PROTECTION REGULATION)

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK * **

“Very good laws may be ill timed.” Charles de Montesquieu

ÖZ

Günümüzün önemli bir kavramı olan kişisel verilerin korunması hem ulusal hem de uluslararası alanda birçok düzenlemeye ve yargı kararına konu olmaktadır. 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi kapsama alanı, getirdiği müeyyide ve sorumluluklar ile ağır para cezaları sebebiyle sistemin başarılı olmasına yönelik adımlar atmaktadır. Hukuk alanında henüz yerleşmiş bulunmayan kişisel verilerin korunması kavramı ülkeler bakımından da farklılıklar taşımaktadır. Türkiye’de ise 24.3.2016 tarihli ve 6998 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile bazı düzenlemeler getirilmiştir. Bu çalışmada temel olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi ile getirilen hükümler ortaya konularak bunların sonuçları ve ülkemize etkileri değerlendirilecektir.

Anahtar kelimeler: Avrupa Birliği, Veri Koruma, Kişisel Veri.

ABSTRACT

Protection of personal data, which is an important concept of today, is subject to many regulations and judicial decisions both nationally and internationally. The European Union General Data Protection Regulation, which entered into force on 25 May 2018, is taking steps to ensure the success of the system due to its coverage, sanctions and heavy fines. The concept of protection of personal data, which has not yet been established in the legal field, also differs in terms of countries. In Turkey, some arrangements has been introduced with the Act on the Protection of Personal Data No. 6998 dated 24.03.2016. In this study, the provisions of

[†] Eserin Dergimize geliş tarihi: 19.09.2018. İlk hakem raporu tarihi: 24.09.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 27.09.2018. Onaylanma Tarihi: 03.10.2018

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk ABD Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5672-3553

Esere Atıf Şekli: Hakan ÜZELTÜRK, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi”, YÜHFD, C.XV, 2018/2, s.161-179

the European Union General Data Protection Regulation will be introduced and their results and impacts on our country will be evaluated.

Keywords: *European Union, Data Protection, Personal Data.*

Giriş

Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girdi¹. Orijinal adı General Data Protection Regulation (GDPR) olan ve ülkemizde Genel Veri Koruma Yönetmeliği olarak da isimlendirilen düzenlemenin yönetmelik veya tüzük gibi kavramlar ile ne kadar bağdaştığı sorunu ve farklı ülkelerde farklı manalarda kullanılabilme özelliği sebebiyle kendisinden Genel Veri Koruma Düzenlemesi (GVKD) olarak bahsedilecektir.

Avrupa Birliği tarafından 2016'da kabul edilen² ve ülkelerin iç mevzuatına uyumlu hale getirilmesi için 2 senelik süre tanınan düzenleme, 1998 yılında yürürlüğe giren 95/46/AT sayılı 'Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Direktif'in yerini almış oldu. Bu alanda yapılan en önemli reformlardan biri olarak gösterilen 99 maddelik Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi çerçevesinde Avrupa Birliği kurum ve kişileri ile iş yapan şirketlerin getirilen düzenlemedeki yükümlülüklerine uyması zaruri hale geldi. Bu durum doğal olarak Türk şirketlerini de doğrudan etkilemekte, ayrıca, getirilen yaptırımlar da etkili olabilmektedir. Söz konusu yükümlülüklerine uymayan şirketler bakımından 20 milyon euro veya şirketin bir önceki finansal yıla ait dünya çapında yıllık cirosunun % 4'üne kadar para cezası verilebilmektedir. Bu nedenle, her ne kadar bünyesinde eksiklikler bulunsa da, yaptırımlarla desteklenmiş düzenlemelerin uygulamada etkili olması beklenmektedir. Kişisel veri kullanımının 2020 senesinde Avrupa Birliği'nde dolaşımının serbest olması planlandığından, bu verilerle ilgili sorumlulukların kapsamının ve sorumluların belirlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bunu sağlayacak hukuki metinlerin hazırlanması bir başka önemli noktadır.

Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi³ çerçevesinde internet üzerinden satış veya hizmet sunumu gerçekleştiren şirketler, işletmeler, kurumlar, kişiler, dernekler v.b. bakımından ilgili kişilerin ismi, resmi,

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>

² Avrupa parlamentosu onay tarihi 14.4.2016.

³ Genel olarak: Murat Develioğlu, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak *Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü* Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul-2018.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

adresleri, e-posta, sağlık, aile bilgileri, ekonomik, sosyal verileri ile IP adresleri ile web bilgileri, ırk veya etnik bilgileri gibi bilgileri kişisel veri kapsamında korunmaktadır. Kişiler bu verilerin nerede, ne amaçla ve ne şekilde kaydedildiği konusunda bilgi alma hakkına sahiptirler. İlgili kişiler, ayrıca, bu verilerin bir kopyasını ücretsiz alma veya tümüyle sildirme hakkına sahiptirler.

Türkiye açısından, 24.3.2016 tarihli ve 6998 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁴ (KVKK) hükümlerinin de GVKD'ye uyumlu olması gerekmektedir. 7.4.2016 tarihinde yürürlüğü giren bu Kanun 95/46/AT sayılı direktif referans alınarak hazırlanmış olduğundan GVKD ile tam uyumlu değildir. Bu uyum gerçekleşmezse, AB düzenlemesi ile bağlı bulunan şirketlerin ülkemizde yapacakları faaliyetlerde sorunlar yaşanacak, bu durum yatırımların başka ülkelere yapılması sonucunu da doğurabilecektir.

Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi⁵ kapsamında temel olarak gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesiyle ilgili olarak korunmasına ilişkin kurallar ile kişisel verilerin serbest dolaşımına ilişkin kurallar belirtilmektedir. Kişisel verilerin korunması hakkı aynı zamanda kişi temel hak ve özgürlüklerinin de korunması kapsamındadır.

Düzenlemenin kapsamı

Düzenleme kişisel verilerin tamamen ya da kısmen otomatik araçlarla işlenmesine uygulanacaktır. Ayrıca, otomatik araçlar haricinde bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturan veya oluşturması amaçlanan araçlarla işlenmesine de uygulanır.

Uygulanmayacağı durumlar ise şunlardır:

- Birlik hukuku kapsamına girmeyen bir faaliyet;
- Üye devletler tarafından Avrupa Birliği Antlaşması'nın V. başlığının 2. bölümü kapsamına giren faaliyetler;
- Gerçek kişinin tamamen kişisel veya ev faaliyeti;
- Kamu güvenliğine yönelik tehditlere karşı güvence sağlanması ve bu tehditlerin önlenmesi de dâhil olmak üzere suçların önlenmesi, soruşturulması, tespiti veya kovuşturulması ya da cezaların infaz

⁴ RG: 7.4.2016-29677.

⁵ Türkçe metin için: <https://www.kisiselverilerin korunmasi.org/mevzuat/avrupa-birligi-genel-veri-koruma-tuzugu-gdpr-turkce-ceviri/> Açıklama notunda Türkçe çevirinin, bilgi edinme hakkı başvurusu kapsamında Avrupa Birliği Bakanlığı'ndan edinildiği belirtilmektedir. Çalışmada hem bu metin hem de orijinal metin kullanılacaktır.

edilmesiyle ilgili olarak yetkin makamlar tarafından kişisel verilerin işlenmesi hali.

Tanımlar

Düzenleme çerçevesinde bazı tanımlar öne çıkmaktadır. Kişisel veri, tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir. Veri sahibi, tanımlanmış bir gerçek kişi özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilen kişidir. Veri sahibinin rızası, veri sahibinin bir beyan yoluyla ya da açık bir onay eylemiyle kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini gösteren özgür bir şekilde verilmiş spesifik, bilinçli ve açık göstergedir. Kişisel veri ihlali, iletilen, saklanan veya işlenen kişisel verilerin kazara veya yasa dışı yollarla imha edilmesi, kaybı, değiştirilmesi, yetkisiz şekilde açıklanması veya bunlara erişime yol açan bir güvenlik ihhalidir. Denetim makamı, 51. madde uyarınca bir üye devlet tarafından kurulan bağımsız bir kamu kuruluşudur. Diğer tanımlar düzenlemenin 4. maddesinde yer almaktadır.

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkeler

Düzenlemenin 5. maddesi kapsamında kişisel veriler veri sahibi ile ilgili olarak hukuka uygun, adil ve şeffaf bir biçimde işlenir. Belirtilen, açık ve meşru amaçlara yönelik olarak toplanır ve bu amaçlara uygun olmayan bir şekilde işlenmez. Kamu yararına arşivleme amaçları, bilimsel veya tarihi araştırma amaçlarıyla veya istatistiki amaçlarla işleme faaliyeti, madde 89(1) uyarınca, baştaki amaçlara aykırı şekilde değerlendirilmez. Kişisel veriler, işlendikleri amaçlarla ilgili olarak yeterli, yerinde ve gerekli olanla sınırlıdır. Bu bilgiler doğrudur ve gereken şekilde, güncel tutulur. İşlendikleri amaçlar göz önünde tutularak, doğru olmayan kişisel verilerin gecikmeye mahal verilmeksizin silinmesi veya düzeltilmesinin sağlanmasıyla ilgili makul tüm adımlar atılmalıdır. Veri sahiplerinin yalnızca kişisel verilerin işlenme amaçlarının gerektirdiği sürece teşhis edilmesini sağlayan bir şekilde tutulur. Madde 89(1) maddesi uyarınca yalnızca kamu yararına arşivleme amaçlarıyla, bilimsel veya tarihi araştırma amaçlarıyla ya da istatistiki amaçlarla işlendikleri sürece ve veri sahibinin hakları ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasına için bu düzenleme uyarınca gereken uygun teknik ve düzenlemeye ilişkin tedbirlerin uygulanmasına tabi olarak, kişisel veriler daha uzun süreler boyunca

saklanabilir. Kişisel veriler, yetkisiz veya yasa dışı işlemeye karşı ve kazara kayba, imhaya veya tahribe karşı koruma da dahil olmak üzere teknik veya düzenlemeye ilişkin uygun tedbirlerin kullanılması suretiyle kişisel verilerin güvenliğini sağlayan bir şekilde işlenir. Sorumlular hesap verebilmektedir.

Rıza koşulları

Düzenlemenin 7. maddesi kapsamında rıza için bazı koşullar belirlenmiştir. Buna göre:

- İşleme faaliyetinin rızaya dayandığı hallerde, kontrolör veri sahibinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermiş olduğunu gösterebilir.
- Veri sahibinin rızasının diğer hususlarla da ilgili olan yazılı bir beyan bağlamında verilmesi durumunda, rıza talebi diğer hususlardan açık bir şekilde ayırt edilebilecek bir şekilde, anlaşılır ve kolayca erişilebilir bir biçimde, açık ve sade bir dil kullanılarak sunulur. Söz konusu beyanın bu Tüzük açısından ihlal teşkil eden hiçbir kısmı bağlayıcı değildir.
- Veri sahibinin istediği zaman rızasını geri çekme hakkı vardır. Rızanın geri çekilmesi, geri çekim işleminden önce rızaya dayalı olarak yapılan işleme faaliyetinin hukuka uygunluğunu etkilemez. Veri sahibi, rıza vermeden önce, bu hususta bilgilendirilir. Rızanın geri çekilmesi rıza vermek kadar kolay olmalıdır.
- Rızanın özgür bir şekilde verilip verilmediği değerlendirilirken, her şeyden önce, bir hizmetin sağlanması da dahil olmak üzere bir sözleşmenin ifasının söz konusu sözleşmenin ifası için gerekmeyen kişisel verilerin işlenmesine yönelik bir rızaya bağlı olup olmadığına azami özen gösterilir.

Özel durumlar

İrk veya etnik köken, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar ya da sendika üyeliğinin ifşa edildiği kişisel verilerin işlenmesi ve bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla genetik veriler ile biyometrik verilerin, sağlık ile ilgili verilerin veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel eğilimine ilişkin verilerin işlenmesi yasaktır. Bu hükmün uygulanmayacağı haller 9. maddede on bent halinde belirtilmektedir. Bu hallerin her biri hukuken tartışmaya açıktır. Üye Devletler genetik veriler, biyometrik veriler veya sağlık ile ilgili veriler ile alakalı olarak sınırlamalar da dahil olmak üzere ek koşullar getirebilecektir.

Düzeltilme hakkı

Veri sahibinin kendileri ile ilgili doğru olmayan kişisel verilerin gereksiz gecikmeye mahal verilmeksizin düzeltilmesini kontrolörden talep etme hakkı bulunur. İşleme amaçları dikkate alınarak, veri sahibinin, bir ek beyan yolu da dahil olmak üzere, eksik kişisel verileri tamamlama hakkı bulunur.

Unutulma hakkı

Veri sahibinin kendisi ile ilgili kişisel verilerin herhangi bir gecikmeye mahal verilmeksizin silinmesini kontrolörden talep etme hakkı bulunur. Aşağıdaki hallerden birinin geçerli olması durumunda, kontrolörün kişisel verileri herhangi bir gecikmeye mahal vermeksizin silme yükümlülüğü vardır:

- Kişisel verilerin toplanma veya işleme amaçlarıyla ilişkili olarak artık gerekli olmaması
- Veri sahibinin 6(1) maddesinin (a) bendi veya 9(2) maddesinin (a) bendine göre işleme faaliyetinin dayandığı izni geri çekmesi ve işleme faaliyetiyle ilgili başka bir yasal gerekçe bulunmaması
- Veri sahibinin 21(1) maddesi uyarınca işleme faaliyetine itirazda bulunması ve işleme faaliyetine yönelik ağır basan meşru bir gerekçe bulunmaması ya da veri sahibinin 21(2) maddesi uyarınca işleme faaliyetine itirazda bulunması
- Kişisel verilerin yasa dışı biçimde işlenmiş olması
- Kontrolörün tabi olduğu Birlik veya üye devlet hukukundaki bir yasal yükümlülüğe uygunluk sağlanması amacı ile kişisel verilerin silinmesinin zorunlu olması
- Kişisel verilerin 8(1) maddesinde atıfta bulunulan bilgi toplumu hizmetlerinin sağlanması ile ilgili toplanmış olması

17. madde metninde belirtilen kontrolör tarafından bu işlemler bakımından makul adımların atılması oldukça muğlak bir ifadedir.

Veri sahibi 18. maddede belirtilen şartların olması halinde işleme faaliyetinin kısıtlanmasını da talep edebilecektir. Veri sahibinin, ayrıca, 20. madde kapsamında, kendisi ile ilgili olarak bir kontrolöre sağlamış olduğu kişisel verileri yapılandırılmış, yaygın olarak kullanılan ve makine tarafından okunabilecek bir formatta alma ve kişisel verilerin sağlandığı kontrolörün herhangi bir engellemesi olmaksızın bu verileri başka bir kontrolöre iletme hakkı bulunur.

Kısıtlamalar

Veri kontrolörü veya işleyicisinin tabi olduğu Birlik veya üye devlet hukuku bir yasama tedbiri vasıtasıyla; temel haklar ve özgürlüklerin özüne saygı gösterdiğinde ve demokratik bir toplumda aşağıdaki hususların güvence altına alınması açısından gerekli ve orantılı bir tedbir teşkil ettiğinde 12 ila 22. maddeler ve 34. maddede öngörülen haklar ve yükümlülüklerin kapsamını, ayrıca 5. madde hükümleri 12 ila 22. maddelerde hükme bağlanan haklar ve yükümlülüklerle uygun olduğu sürece 5. maddenin kapsamını, kısıtlayabilir. Bunlar: a) milli güvenlik, b) savunma, c) kamu güvenliği, d) kamu güvenliğine yönelik tehditlere karşı güvence sağlanması ve bu tehditlerin önlenmesi de dâhil olmak üzere suçların önlenmesi, soruşturulması, tespiti veya kovuşturulması ya da cezaların infaz edilmesi, e) başta Birliğin veya bir üye devletin önemli bir ekonomik veya mali çıkarına olmak üzere parasal hususlar ile bütçe ve vergilendirmeye ilişkin hususlar, halk sağlığı ve sosyal güvenlik de dahil, Birlik ya da bir üye devletin genel kamu yararına yönelik diğer önemli hedefler, f) yargı bağımsızlığının ve adli süreçlerin korunması, g) düzenlenmiş mesleklere ilişkin etik kurallarının ihlalinin önlenmesi, soruşturulması, tespiti ve kovuşturulması, h) nadiren olsa dahi, (a) ila (e) ve (g) bentlerinde belirtilen durumlarda resmi yetkinin kullanımı ile bağlantılı bir izleme, denetleme veya düzenleme işlevi, i) veri sahibinin veya başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması, j) medeni hukuktan kaynaklanan taleplere ilişkin kararların icrası.

Kısıtlamalarla ilgili olarak getirilen yasama tedbirinde, işlemenin veya işleme kategorilerinin amaçları, kişisel veri kategorileri, getirilen kısıtlamaların kapsamı, kötüye kullanım veya yasa dışı yollarla erişim veya aktarımın engellenmesine yönelik güvenceler, kontrolör veya kontrolör kategorilerinin belirlenmesi, işleme veya işleme kategorilerinin mahiyeti, kapsamı ve amaçları dikkate alınarak saklama süreleri ve uygulanabilir güvenceler, veri sahiplerinin hakları ve özgürlüklerine yönelik riskler ve kısıtlama amacına hâlel getirmemesi durumunda, veri sahiplerinin kısıtlamayla ilgili bilgi sahibi olma hakkı belirtilmelidir.

Kişisel verilerin güvenliği

Bu çerçevede düzenlemede 32. maddede işleme güvenliği, 33. maddede kişisel veri ihlalinin denetim makamına bildirilmesi, 34. maddede kişisel veri ihlalinin denetim makamına bildirilmesi ve ilgili prosedürler yer

almaktadır. İzleyen maddelerde de bağlantılı süreçlerle ilgili detaylar bulunmaktadır.

Üçüncü ülkeler veya uluslararası kuruluşlara veri aktarımları

Genel prensip olarak, üçüncü bir ülkeye veya uluslararası bir kuruluşa aktarılmasının ardından işlenen veya işlenmesi amaçlanan kişisel verilerin aktarılması, üçüncü ülkeden veya uluslararası bir kuruluştan başka bir üçüncü ülke veya başka bir uluslararası kuruluşa yönelik transit aktarımlar da dahil olmak üzere, düzenlemede diğer hükümler ve V. Bölüm'de belirtilen koşullara kontrolör ve işleyici tarafından uyulması halinde gerçekleşir. 44. maddede yer alan bu genel hüküm dışında 45. maddede bu kapsamdaki veri aktarımlarında Komisyon'un veri aktarılacak yerlerde yeterli korunma sağlandığı kararı aranacağı belirtilmektedir. Komisyon yeterli koruma kararını verirken aşağıdaki şartlara dikkat edecektir:

- Hukukun üstünlüğü, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı, kamu güvenliği, savunma, milli güvenlik ve ceza hukuku ile kamu kuruluşlarının kişisel verilere erişimi de dahil olmak üzere hem genel hem de sektörel mevzuatın yanı sıra söz konusu mevzuatın uygulanması, bir ülke veya uluslararası kuruluşta toplanan kişisel verilerin başka bir üçüncü ülke veya uluslararası kuruluşa transit aktarımına yönelik kurallar da dahil olmak üzere veri koruma kuralları, mesleki kurallar ve güvenlik tedbirleri, içtinadın yanı sıra etkili ve uygulanabilir veri sahibi hakları ile kişisel verileri aktarılmakta olan veri sahiplerine yönelik etkili idari ve adli tazmin,
- Üçüncü ülkede bulunan veya bir uluslararası kuruluşun tabi olduğu ve yeterli uygulatma yetkileri dahil olmak üzere veri koruma kurallarına uyumluluk sağlanması ve sağlatılması, haklarının kullanımı hususunda veri sahiplerine destek olunması ve tavsiyede bulunulması ve üye devletlerin denetim makamları ile işbirliği yapılmasından sorumlu olan bir veya daha fazla sayıda bağımsız denetim makamının varlığı ve etkili bir şekilde işlev göstermesi,
- İlgili üçüncü ülke veya uluslararası kuruluşun altına girdiği uluslararası taahhütler veya yasal bağlayıcılığı olan sözleşmeler veya belgelerin yanı sıra kişisel verilerin korunması ile ilgili olanlar başta olmak üzere çok taraflı veya bölgesel sistemlere katılımından kaynaklanan diğer yükümlülükler.

Bu amaçla uygulamada en az dört yılda bir gerçekleştirilen ve üçüncü ülke veya uluslararası kuruluşdaki ilgili tüm gelişmelerin dikkate alındığı düzenli bir gözden geçirme mekanizması sağlanması kararlaştırılmıştır.

Birlik hukuku çerçevesinde yetkilendirilmeyen aktarımlar veya açıklamalar 48. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, bir kontrolör veya işleyicinin kişisel verileri aktarmasının veya açıklamasının istendiği herhangi bir mahkeme veya kurul kararı ve üçüncü bir ülkenin idari bir makamının herhangi bir kararı, bu Bölüm uyarınca diğer aktarım gerekçelerine halel getirmemek şartıyla, ancak talepte bulunan üçüncü ülke ve Birlik ya da bir üye devlet arasında yürürlükte bulunan bir karşılıklı hukuki yardım antlaşması gibi bir uluslararası anlaşmaya dayanması halinde tanınabilir veya uygulanabilir.

Özel durumlara bakıldığında, 45(3) maddesi uyarınca bir yeterlilik kararı veya bağlayıcı kurumsal kurallar da dahil olmak üzere 46. madde uyarınca uygun güvenceler olmaması durumunda, kişisel verilerin veya bir kişisel veri dizisinin üçüncü bir ülkeye veya uluslararası bir kuruluşa aktarılması ancak aşağıdaki durumların birinde gerçekleşir:

- Veri sahibinin, bir yeterlilik kararı ve uygun güvencelerin bulunmaması nedeniyle söz konusu aktarımların kendisine yönelik risklerin haberdar edilmesinin ardından, önerilen aktarıma açık bir şekilde rıza göstermesi
- Aktarımın veri sahibi ile kontrolör arasındaki bir sözleşmenin yürütülmesi veya veri sahibinin talebiyle alınan sözleşme öncesi tedbirlerin uygulanması açısından gerekli olması
- Aktarımın kontrolör ile başka bir gerçek veya tüzel kişi arasında veri sahibi yararına yapılan bir sözleşmenin imzalanması veya yürütülmesi açısından gerekli olması
- Aktarımın kamu yararına ilişkin önemli sebeplerden dolayı gerekli olması
- Aktarımın yasal iddialarda bulunulması, bu iddiaların uygulanması veya savunulması açısından gerekli olması
- Veri sahibinin fiziksel veya hukuki olarak rıza veremeyecek durumda olması halinde, aktarımın veri sahibi veya diğer kişilerin hayati menfaatlerinin korunması açısından gerekli olması
- Aktarımın Birlik veya üye devlet hukukuna göre kamuoyuna bilgi sağlanmasının amaçlandığı ve genel olarak kamuoyu veya meşru bir menfaati gösterebilen herhangi bir kişi

tarafından, ancak Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde istişareye yönelik olarak ortaya konan koşullar ilgili durumda yerine getirildiği ölçüde, istişareye açık olan bir sicilden yapılması.

Burada da önemli sebepler, gerekli olması gibi çeşitli muğlak ifadeler bulunmaktadır. Bir aktarımın bağlayıcı kurumsal kurallara ilişkin hükümler de dahil olmak üzere 45 veya 46. maddedeki bir hükme dayanmadığı ve bu paragrafın ilk alt paragrafında atıfta bulunulan spesifik bir hususa ilişkin farklı durumların herhangi birine uygulanabilir olmadığı hallerde, ancak aktarımın yinelenmeli olmaması, yalnızca sınırlı sayıda veri sahibini ilgilendirmesi, kontrolör tarafından gözetilen ve veri sahibinin menfaatleri veya hakları ile özgürlüklerinin ağır basmadığı zorlayıcı meşru menfaatler doğrultusunda gerekli olması ve kontrolörün veri aktarımı ile ilgili tüm durumları değerlendirmiş olması ve bu değerlendirmeye dayalı olarak kişisel verilerin korunması ile ilgili uygun güvenceler sağlamış olması durumunda, üçüncü bir ülke veya uluslararası bir kuruluşa yönelik bir aktarım gerçekleşebilir.

Denetim mekanizmaları

VI. Bölüm'de düzenlenen denetim konusunda bazı temel tespitler şu şekilde yapılabilir:

- Her üye devlet, gerçek kişilerin işleme faaliyeti ile ilgili temel hakları ve özgürlüklerini korumak ve Birlik içerisinde kişisel verilerin serbest akışını kolaylaştırmak üzere, bir ya da daha fazla sayıda bağımsız kamu kuruluşunun bu düzenlemenin uygulamasının izlenmesinden sorumlu olmasını sağlar.
- Her denetim makamı görevlerini yerine getirirken ve yetkilerini kullanırken tamamen bağımsız olarak hareket eder.
- Her denetim makamının üyesi veya üyeleri, görevlerini yerine getirirken ve yetkilerini kullanırken, doğrudan veya dolaylı dış etkilerden bağımsız hareket eder ve hiç kimseden talimat talebinde bulunmaz veya talimat almaz.
- Her denetim makamının üyesi veya üyeleri görevlerine uygun olmayan eylemlerden kaçınır ve görev süreleri boyunca, maddi getirisi olsun ya da olmasın, bu göreve uygun olmayan hiçbir işle iştirak etmez.
- Her üye devlet her denetim makamının bağımsızlığını etkilemeyen bir mali kontrole tabi olmasını ve genel devlet bütçesi veya ulusal

bütçenin parçası olabilecek ayrı yıllık kamu bütçelerinin bulunmasını sağlar.

- Üye devletler denetim makamlarının her üyesinin aşağıdaki taraflarca şeffaf bir usul vasıtasıyla tayin edilmesini sağlar:
 - parlamentoları
 - hükümetleri
 - Devlet başkanları
 - Üye devlet hukuku çerçevesinde atama yetkisi verilen bağımsız bir organ.
- Her üye devlet, denetim makamı ile ilgili düzenlemelerin tamamını kanunla yapacaktır.
- Denetim makamının görevleri 57. maddede detaylı olarak düzenlenmiştir. Burada hem koruma, hem de toplumu ve ilgili kurumları bilinçlendirme ile ilgili görevler bulunmaktadır.
- Denetim makamının 58. madde kapsamında soruşturma yetkileri vardır.
- Her denetim makamı faaliyetleriyle ilgili olarak 58(2) maddesi uyarınca bildirilen ihlal türleri ve alınan tedbir türlerine yönelik bir listeye yer verilebilecek bir yıllık rapor hazırlar. Bu raporlar ulusal parlamentoya, hükümete ve üye devlet hukuku çerçevesinde belirlenen diğer kuruluşlara iletilir. Raporlar kamuoyuna, Komisyon'a ve Kurul'a iletilir.
- Denetim makamları bu düzenlemenin tutarlı bir şekilde yürütülmesi ve uygulanması amacıyla birbirlerine ilgili bilgileri ve karşılıklı desteği sağlar ve birbirleriyle etkili işbirliğine yönelik tedbirleri uygulamaya koyar. Karşılıklı yardım, özellikle, ön onaylar ve istişarelerin, denetimlerin ve soruşturmaların yürütülmesine ilişkin talepler gibi bilgi talepleri ve denetim tedbirlerini kapsar.
- Her denetim makamı başka bir denetim makamının talebine herhangi bir gecikmeye mahal verilmeksizin ve talebi aldıktan sonra en geç bir ay içerisinde yanıt verilmesi için gereken tüm uygun tedbirleri alır. Böylesi tedbirler arasında, özellikle, bir soruşturmanın yürütülmesi ile ilgili bilgilerin iletilmesi bulunabilir.
- Bir denetim makamının ilgili bilgileri başka bir denetim makamının talebini aldıktan itibaren bir ay içerisinde sağlamadığı hallerde, talepte bulunan denetim makamı madde 55(1) uyarınca üye devletin topraklarında geçici bir tedbir kabul edebilir. Bu

durumda, madde 66(1) kapsamındaki acil bir şekilde harekete geçme ihtiyacının yerine getirildiği varsayılır ve madde 66(2) uyarınca Kurul'dan acil bir bağlayıcı kararın çıkarılması gerekir.

- Talebin iletildiği denetim makamları bir karşılıklı yardım talebi uyarınca kendileri tarafından gerçekleştirilen herhangi bir işleme yönelik olarak hiçbir ücret talep edemez. Denetim makamları, istisnai durumlarda karşılıklı yardım sağlanmasından kaynaklanan spesifik harcamalar ile ilgili olarak birbirlerinin tazmin edilmesine ilişkin kurallar üzerinde mutabakata varabilir.
- Denetim makamları, uygun olduğu hallerde, ortak soruşturmalar ve ortak yaptırım tedbirleri de dahil olmak üzere diğer üye devletlerin denetim makamlarının üyeleri veya personelinin müdahil olduğu ortak çalışmalar gerçekleştirir.
- Bazı ihtilaflar Kurul tarafından çözümlenebilir. Bu ihtilafların neler olduğu 65. maddede belirtilmiştir. Acil durumlarda uygulanacak usul 66. maddede ifade edilmiştir.

Avrupa Veri Koruma Kurulu

Birlik organı olan ve tüzel kişiliği bulunan Avrupa Veri Koruma Kurulu (AVKK) her üye devletin bir denetim makamı başkanı ile Avrupa Veri Koruma Denetmeni veya bunların ilgili temsilcilerinden meydana gelir ve bağımsızdır. Komisyon Kurul'un faaliyetleri ve toplantılarına oy hakkı olmaksızın katılma hakkına sahiptir.

AVKK, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi'nin tutarlı bir şekilde uygulanmasını sağlar. Bu amaçla, izleme ve tavsiyelerde bulunur, en iyi uygulamaları ve kılavuzları yayınlar ve bunları gözden geçirir, bilgi ve belge akışı ve ulaşımını sağlar, görüş bildirir, kararlar alır.

AVKK kararlarını, aksi kararlaştırılmadıkça, salt çoğunlukla alır. Hazırladıkları yıllık raporlar kamuoyuna açıklanır. Avrupa Parlamentosu ile Konsey ve Komisyon'a iletilir. Başkanlık süresi beş yıldır.

Çözüm Yolları, Sorumluluk ve Yaptırımlar

Bu konuyla ilgili olan VIII. bölüm bazı önemli hakları barındırmaktadır. Bunlar m. 77, 78 ve 79'da yer alan: Bir denetim makamına şikâyetle bulunma hakkı, bir denetim makamına karşı etkili bir kanun yoluna başvurma hakkı, bir kontrolör veya işleyiciye karşı etkili bir kanun yoluna başvurma hakkı olarak sıralanabilir. Bu çerçevede açılacak davalarla ilgili olarak maddi veya manevi zarar gören herhangi bir kişi, yaşanan zarara ilişkin olarak kontrolör veya işleyiciden tazminat alma hakkına sahiptir.

Zarara sebep olan kişinin olaydan hiçbir şekilde sorumlu olmadığını kanıtlaması halinde, bir kontrolör veya işleyici bu sorumluluktan kurtulur. Tazminat alma hakkının kullanımına ilişkin davalar üye devletin hukuku çerçevesinde yetkili olan mahkemelerde açılır.

Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi ihlalleri için idari para cezaları kesilebilir. Bunların etkili, ölçülü ve caydırıcı olması gerekir. Bu kapsamda dikkat edilecek hususlar şunlardır:

Bu durumlar da dikkate alınarak kesilecek toplam idari para cezası meblağı en ağır ihlal için belirtilen meblağı aşamaz. Kontrolör veya işleyicinin 8, 11, 25 ile 39 ile 42 ve 43. maddeler uyarınca yükümlülükleri; belgelendirme organının 42 ve 43. maddeler uyarınca yükümlülükleri; izleme organının 41(4) maddesi uyarınca yükümlülükleri kapsamındaki ihlallerin cezası 10.000.000 Euro'ya kadar veya bir teşebbüs olması halinde, bir önceki mali yılın yıllık dünya çapındaki cirosunun %2'sine kadar idari para cezalarına (hangi meblağ yüksek ise, o geçerlidir) tabidir.

Ayrıca, 5, 6, 7 ve 9. maddeler uyarınca rıza koşulları da dahil olmak üzere işleme faaliyetine ilişkin temel ilkeler; veri sahiplerinin 12 ila 22. maddeler uyarınca hakları; 44 ila 49. maddeler uyarınca bir üçüncü ülkedeki bir alıcıya veya bir uluslararası kuruluşu yönelik kişisel veri aktarımları ile üye devlet hukuku uyarınca Bölüm IX çerçevesinde kabul edilen her türlü yükümlülük kapsamındaki ihlaller 20.000.000 Euro'ya kadar veya bir teşebbüs olması halinde, bir önceki mali yılın yıllık dünya çapındaki cirosunun %4'üne kadar idari para cezalarına (hangi meblağ yüksek ise, o geçerlidir) tabidir.

Madde 58(2) uyarınca denetim makamının bir emri veya geçici ya da kesin işleme sınırlaması veya veri akışlarını askıya almasına uyumlu hareket edilmemesi veya 58(1) maddesinin ihlal edilmesi suretiyle erişim sağlanmaması durumunda ihlal, bir emirle uyumlu hareket edilmemesi söz konusu olup, 20.000.000 Euro'ya kadar veya bir teşebbüs olması halinde, bir önceki mali yılın yıllık dünya çapındaki cirosunun %4'üne kadar idari para cezalarına (hangi meblağ yüksek ise, o geçerlidir) tabidir.

Denetleme makamlarının 58(2) maddesi uyarınca düzeltme yetkilerine hanel gelmeksizin, her üye devlet söz konusu üye devlette kurulu bulunan kamu kuruluşları ve organlara idari para cezalarının kesilip kesilemeyeceğine ve ne ölçüde kesileceğine ilişkin kurallar belirleyebilir. Denetim makamının bu madde kapsamındaki yetkilerini kullanımı etkili kanun yolu ve yargı süreci de dahil olmak üzere Birlik ve üye devlet hukuku uyarınca uygun usuli güvencelere tabidir.

Üye devletin hukuk sisteminde idari para cezalarının hükme bağlanmadığı hallerde, bu madde para cezasının yetkin denetim makamı tarafından uygulamaya konacak ve yetkin ulusal mahkemeler tarafından kesilecek şekilde uygulanabilirken, bu kanun yollarının etkili olması ve denetim makamları tarafından kesilen idari para cezaları ile eşdeğer bir etkiye sahip olması sağlanabilir. Her halükarda, kesilen para cezaları etkili, orantılı ve caydırıcı olur. Bu üye devletler bu paragraf uyarınca kabul ettikleri kanun hükümlerini 25 Mayıs 2018 tarihine kadar ve bunları etkileyen sonraki değişiklik kanunu veya değişiklikleri, herhangi bir gecikmeye mahal vermeksizin, Komisyon'a bildirir.

Üye devletler 83. madde Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi uyarınca idari para cezalarına tabi olmayan ihlaller başta olmak üzere ilişkin ihlaller açısından geçerli olan diğer cezalara ilişkin kuralları belirler ve bunların uygulanmasının sağlanması amacı ile gereken tüm tedbirleri alır. Böylesi cezalar etkili, orantılı ve caydırıcı olur. Her üye devlet 1. paragraf uyarınca kabul ettiği kanun hükümlerini 25 Mayıs 2018 tarihine kadar ve bunları etkileyen sonraki değişiklikleri, herhangi bir gecikmeye mahal vermeksizin, Komisyon'a bildirir.

Özel İşleme Durumlarına İlişkin Hükümler

- 85. madde çerçevesinde, gazetecilik amaçları veya akademik, sanatsal veya edebi anlatım amacıyla gerçekleştirilen işleme faaliyeti açısından, üye devletler, kişisel verilerin korunması hakkı ile ifade ve bilgi edinme özgürlüğünü bağdaştırma amacıyla gerekli olmaları durumunda, Bölüm II (ilkeler), Bölüm III (veri sahibinin hakları), Bölüm IV (kontrolör ve işleyici), Bölüm V (kişisel verilerin üçüncü ülkeler veya uluslararası kuruluşlara aktarılması), Bölüm VI (bağımsız denetim makamları), Bölüm VII (işbirliği ve tutarlılık) ve Bölüm IX (spesifik veri işleme durumları) ile ilgili olarak muafiyetler veya derogasyonlar sağlar.
- Bir kamu kuruluşu veya bir kamu organı ya da bir özel organ tarafından kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi amacı ile tutulan resmi belgelerdeki kişisel veriler, halkın resmi belgelere erişiminin bu düzenleme uyarınca kişisel verilerin korunması hakkıyla bağdaştırılması amacıyla, kamu kuruluşu ya da organının tabi olduğu Birlik veya üye devlet hukuku uyarınca kuruluş veya organ tarafından açıklanabilir.
- Bir kamu kuruluşu veya bir kamu organı ya da bir özel organ tarafından kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine

getirilmesi amacı ile tutulan resmi belgelerdeki kişisel veriler, halkın resmi belgelere erişiminin bu düzenleme uyarınca kişisel verilerin korunması hakkıyla bağdaştırılması amacıyla, kamu kuruluşu ya da organının tabi olduğu Birlik veya üye devlet hukuku uyarınca kuruluş veya organ tarafından açıklanabilir.

- Bir kamu kuruluşu veya bir kamu organı ya da bir özel organ tarafından kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi amacı ile tutulan resmi belgelerdeki kişisel veriler, halkın resmi belgelere erişiminin bu düzenleme uyarınca kişisel verilerin korunması hakkıyla bağdaştırılması amacıyla, kamu kuruluşu ya da organının tabi olduğu Birlik veya üye devlet hukuku uyarınca kuruluş veya organ tarafından açıklanabilir.
- Kişisel verilerin bilimsel veya tarihi araştırma amaçları ya da istatistiki amaçlar doğrultusunda işlendiği hallerde, Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde, 15, 16, 18 ve 21. maddelerde atıfta bulunulan hakların spesifik amaçlara ulaşılmasını imkansız hale getirmesinin veya ulaşılmasına ciddi şekilde zarar vermesinin muhtemel olduğu ve derogasyonların bu amaçlara ulaşılması için gerekli olduğu ölçüde, bu madde kapsamındaki koşullar ve güvencelere tabi olarak böylesi haklardan derogasyonlar sağlanabilir.
- Üye devletler, kişisel verilerin korunması hakkı ile gizlilik yükümlülüğünün bağdaştırılması amacı ile gerekli ve orantılı olduğu hallerde, Birlik veya üye devlet hukuku ya da ulusal yetkin makamlar tarafından koyulan kurallar çerçevesinde bir mesleki gizlilik yükümlülüğüne ya da diğer eşdeğer gizlilik yükümlülüklerine tabi kontrolörler veya işleyiciler ile ilgili olarak denetim makamlarının 58(1) maddesinin (e) ve (f) bentlerinde belirtilen yetkilerini ortaya koymak üzere spesifik kurallar kabul edebilir. Bu kurallar yalnızca kontrolör veya işleyicinin bu gizlilik yükümlülüğüne kapsamina giren bir faaliyet sonucu aldığı veya bu faaliyet esnasında elde ettiği kişisel veriler açısından uygulanır.
- Bir üye devlet içerisinde kiliseler ve dini cemiyetler ya da toplulukların, bu düzenlemenin yürürlüğe giriş tarihinde, gerçek kişilerin işleme faaliyeti ile ilgili olarak korunmasına ilişkin kapsamlı kurallar uyguladığı hallerde, söz konusu kuralların bu düzenlemeye uygun hale getirilmesi koşuluyla, ilgili kurallar uygulanmaya devam edebilir.

Son Hükümler

Kişisel verilerin üçüncü ülkelere veya uluslararası kuruluşlara aktarılması hususunda üye devletler tarafından 24 Mayıs 2016 tarihinden önce imzalanan ve bu tarihten önce geçerli Birlik hukukuna uyumlu olan uluslararası anlaşmalar değiştirilene, yenilenene veya yürürlükten kaldırılana kadar yürürlükte kalır.

Komisyon, uygun olduğu hallerde, gerçek kişilerin işleme faaliyetleri ile alakalı olarak standart ve tutarlı bir şekilde korunmasının sağlanması amacıyla, Birliğin kişisel verilerin korunmasına ilişkin diğer hukuki tasarruflarında değişiklik yapılmasına yönelik yasal önerilerde bulunur. Bu husus, özellikle gerçek kişilerin Birlik kurumları, organları, ofisleri ve ajansları tarafından gerçekleştirilen işleme faaliyetleri ile alakalı olarak korunması ve söz konusu verilerin serbest dolaşımına ilişkin kurullarla ilgilidir.

Değerlendirmeler

Günümüzü üzerinde en fazla durulan alanlarından biri olan kişisel verilerin korunması hususunda öncü çalışmaların yapıldığı Avrupa Birliği, 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi ile bu alanda problem yaratan bazı konuların çözümlerini getirmektedir. Her sorun şimdilik çözülemese de bundan sonra yapılacak çalışmalarla uygulama daha iyiye götürülecektir. Ayrıca bu çalışmaların ülkemiz bakımından da yönlendirici olacağı unutulmamalıdır.

Günümüz bilişim dünyasının sonsuz çerçevesi bu verilerin korunmasını daha da zorlaştırmaktadır. Bu zorluklar diğer alanlardaki ihlalleri ve işlenen suçları da arttırmaktadır. Bu durum kişisel verilerin korunmasının bir nirengi noktası olduğu sonucunu açık bir biçimde göstermektedir. Özellikle mevzuat farklılıkları bu korumayı oldukça güçleştirmektedir. Konunun çok büyük mali sonuçları da bulunmaktadır.

Her hukuk kuralında olduğu gibi bu düzenlemede de bazı istisnalar bulunmaktadır. İstisnaların oluşturduğu alanlar da doğal olarak bazı sorunlar yaratmaktadır. Bu kapsamdaki terimlerin ilgili ülkelerde farklı yorumlanması ve kapsamının belirlenmesi konularında ortak çalışmalar yapılması gerekmektedir.

Hassa kişisel veri kavramı öne çıkan konulardandır. Bu konudaki bilgilerin işlenmesi üye devletler tarafından yasaklanabilecektir. Bunun bir istisnası veri sahibinin açık rızasının olması halidir. Bu kavramların içlerinin doldurulması ve uygulanması kolay değildir. Özellikle rıza ve açık rıza kavramları muğlak alanlardır. Bunların denetim mekanizmalarının

oluşturulması hem kültürel hem de idari sorunlar sebebiyle kolay değildir. İnsan faktörü de devreye girince sorunlar artmaktadır. Özellikle denetim ve bağımsızlık çok iyi dengelenmesi gereken kavramlardır.

Bu kavramların içerik ve denetimleri konusunda özellikle internet alanında var olan problemler birçok yargı kararına konu olmuştur. Bu kararlar da kişisel verilerin korunmasında çizilecek rotalar bakımından önemli bakış açılarına sahiptir. Bunlar arasında, Google⁶, Digital Rights Ireland⁷ ve Schrems⁸ kararları belirtilebilir. Unutulma hakkı ilerleyen zamanlarda çok daha fazla problemlili bir alan haline gelecektir.

Düzenleme ile getirilen sorumlulukların AB dışındaki kişileri de kapsama alması, hukuki sorumluluk ve yüksek para cezaları yanında tazminat talep hakkı olumlu düzenlemeler olmakla birlikte uygulamasını görmek için zamana ihtiyaç bulunmaktadır.

Veri paylaşımında rızanın bulunması da yeterli olmayabilmektedir. Verinin transfer edildiği ülkede yeterli koruma sağlandığı güvencesi verilemiyorsa verinin AB dışına transferi yasaklanabilmektedir. Bu denetimlerin doğru yapılması önemlidir. Bu nedenle işin büyük kısmı özellikle veri kontrolörlerine düşmektedir.

Veri ihlallerinin hem bilgisi ihlal edilen hem de denetimi gerçekleştirilecek birimlere bildirimindeki süreçler üye ülkeler bakımından belirsiz ve farklıdır. Bu nedenle süreler konusunda da adımlar atılarak detaylı düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

Kişinin rızasının verililiş biçimi yanında ne anlamlara geldiği, yeterli açıklık olup olmadığı, özgürce verilir verilmemesi gibi çok sayıda sorun vardır. Sistemlerde gizlilik ayarlarına hiç dokunulmaması karşısında bu rızanın var olup olmadığı da tartışmalıdır. Talep edilen rızanın mahiyeti de sorunlara yol açabilmektedir. Kişiler arasındaki kuşak ve algı farklılıkları, eğitim ve malî durum farklılıkları sorunları artırmaktadır. Bu hususların da açılığa kavuşturulması gerekmektedir. Özellikle mahkeme kararlarındaki yorumlarda dikkatli olunmalıdır.

⁶ C-131/12, Google Spain SL ve Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ve Mario Costeja González, Grand Chamber of 13.5.2014, ECR (2014) 317, para's. 32-41.

⁷ C-293 & C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications, Marine and

Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána, Ireland, The Attorney General, ve Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl and others, 8.4.2014, ECR (2014) I-238.

⁸ C-362/14, Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner, 6.10.2015, ECLI.EU.C.2015.650.

Veri koruma etki değerlendirmeleri konusu da hassasiyetle takip edilmesi gereken bir alandır. Zira buradan çıkan sonuçlar birçok karara kaynak olacaktır. Buradaki uzmanların ve değerlendirme yapacakların seçiminde titiz bir usul öngörülmalıdır.

Türkiye açısından bir değerlendirme yapılması gerektiğinde, 24.3.2016 tarihli ve 6998 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri dikkate alınacaktır. Bu çerçevede, en önemli konulardan bir tanesi olan veri kontrolörü ve veriyi işleyen kavramlarıdır. GDPR sorumluluk bakımından bu ayrımı kaldırarak her ikisine de sorumluluk getirmiştir. 6698 sayılı KVVK ise veri sorumlusu ve veriyi işleyen bakımından farklı sorumluluklar getirmiştir. Buna göre, idari cezaların uygulanması ve sicil kaydı bakımından sadece veri sorumlularına sorumluluk getirilmiştir. Bu yönden her iki düzenlemede farklılıklar mevcuttur.

Bu çerçevede, KVVK kapsamında “veri işleyen” kavramı veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmekte olup, GDPR tanımıyla aynıdır. KVVK kapsamında “veri sorumlusu” kavramı ise, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiler olup, GDPR kapsamında veri kontrolörü kavramına denk düşmektedir.

Önemli kavramlardan olan ve GDPR kapsamında hukuki düzenleme altına alınan “unutulma hakkı” kavramı ise KVVK’da düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Türkiye’de, son zamanlarda, çok sayıda bu konuda yargı kararı verilmiştir⁹. Özellikle Anayasa Mahkemesi, verdiği kararda “Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan “manevi varlık” kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür.” demek suretiyle söz konusu habere erişimin engellenmesi gerektiği belirtmiştir.

Çerçevesinin çizilmesi zor olan ve devasa bir dijital dünyayı kapsayan, kavramların ve sonuçların muğlak olduğu unutulma hakkının ulusal ve uluslararası hukukta yol alacağı daha çok mesafe bulunmaktadır.

GDPR ile oldukça etkili bir mali cezalandırma sistemi getirilmiştir. KVVK’da ise meblağlar oldukça düşüktür. Bu durum müeyyidelerin etkili

⁹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 3.7.2013, E.2013/6256, K.2013/12821; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T.17.6.2015, E. 2014/4-56, K. 2015/1679; Anayasa Mahkemesi, T.3.3.2016, B.2013/5653.

olmasını önlemekte, dolayısıyla ihlallere karşı mücadeleyi verimsizleştirmektedir.

Sonuç

Bütün bu veriler dikkate alındığında GDPR bu alandaki çalışmaların bir öncüsü konumundadır. Bu düzenlemenin uygulama sonuçları sonraki aşamaların neler olacağını gösterecektir. KVVK ise bünyesindeki eksiklikleri GDPY gelişmeleri ile gidermelidir. Ayrıca ülkemiz bakımından verilecek yargı kararlarının mevzuatı yönlendirici ve uluslararası gelişmeleri yansıtıcı özellikler taşıması gerekmektedir. Hepsinden önemlisi uygulamanın da başarılı olması sistemin işlemesi için mutlaka şarttır.

HUKUK VE ADALET SEMPOZYUMU

**Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ve
Kamu Hukukçuları Platformu**

21-23 Nisan 2018

Doğa Tatil Köyü, Şile – İstanbul

HUKUK VE ADALET Program

Açılış Konuşmaları

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Fazıl Sağlam, KHP İcra Kurulu Başkanı

ADALET KAVRAMININ FELSEFİ ANALİZİ VE ADALET TÜRLERİ

Bildirilerin Sunumu

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1) **Prof. Dr. Ioanna Kuçuradi**, Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi
“*Adaleti Gerçekleştiren Hukukun Özellikleri*”

2) **Dr. Öğr. Üyesi Ülker Yükselbaba**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fak.

“*Çağdaş Dağıtıcı Adalet Kuramları: Rawls'a ve Dworkin'e Göre Dağıtıcı Adalet*”

Bildirilerin Yorumu ve Tartışma

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Fazıl Sağlam,

Prof. Dr. M. Tevfik Özcan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Gökçe Çataloluk, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Katılımcıların Katkıları

YARGI ETİĞİ VE ADALETSİZLİK

Bildirilerin Sunumu

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1) **Prof. Dr. Gülriz Uygur**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

“*Yargı Etiği İlkeleri Bağlamında Bilgisel Adaletsizlik*”

2) **Doç. Dr. Sevtap Metin**, İ.Ü. Hukuk Fakültesi / **Doç. Dr. Altan Heper**,

ÖZÜ Hukuk Fakültesi

“*Tarihsel Kesitlerden Yargı(ç) Eliyle Hukuksuzluk*”

Bildirilerin Yorumu ve Tartışma

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Rona Aybay, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yasemin Işıktaç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Nazime Beysan, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fak.

Katılımcıların Katkıları

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ**Bildirilerin Sunumu**

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu, Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği

1) Dr. İlker Gökhan Şen

“Hukuk ve Üstünlüğü: Tarihsel İzler ve Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Bir Kavramsal Çerçeve Denemesi”

2) Dr. Öğr. Üyesi Erkan Duymaz, İstanbul Üniversitesi SBF

“Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Hukukun Üstünlüğü İlkesi”

Bildirilerin Yorumu ve Tartışma

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Kemal Gözler

Doç. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İİBF

Doç. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Katılımcıların Katkıları

CEZA HUKUKUNDA ADALET İLKESİ**Bildirilerin Sunumu**

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Sami Selçuk, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1) Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

“Themis’in Gözleri Gerçekten Kapalı mı?: Ceza Hukukunda Adalet İlkesi Anlayışına Eleştirel Bir Yaklaşım”

2) Av. Ergin Cinmen, Muğla Barosu

“Üç İddianame Üzerinden Olağanüstü Hal Rejiminde Yargı”

Bildirilerin Yorumu ve Tartışma

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Tuğrul Katoğlu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ozan Erözden, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Katılımcıların Katkıları

BİLDİRİ SUNANLARIN YORUM VE ELEŞTİRİLER ÜZERİNE GENEL DEĞERLENDİRMELERİ

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Fazıl Sağlam

Ioanna Kuçuradi, Ülker Yükselbaba, Gülriz Uygur, Sevtap Metin, Altan Heper, Erkan Duymaz, İlker Gökhan Şen, Hasan Sınar, Ergin Cinmen

Katılımcıların Görüşleri ve Kapanış Konuşması

Hukuk ve Adalet Sempozyumu

Açılış Konuşmaları

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk,
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Fazıl Sağlam,
Kamu Hukukçuları Platformu İcra Kurulu Başkanı

Prof. Dr. Sultan ÜZELTÜRK (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Kamu Hukukçuları Platformunun *Hukuk ve Adalet* başlıklı yedinci toplantısına hoş geldiniz. Öncelikle Kamu Hukukçuları Platformunun 2009 yılında kuruluşuna öncülük eden ve belli bir konuda kamu hukukçularını bir araya getirip konuşmaya, düşünmeye ve tartışmaya sevk eden Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a bu öncülüğü için çok teşekkür ediyorum. Bu toplantının mimarı Prof. Dr. Oktay Uygun hocama da çok teşekkür ediyorum. Burada toplanmak benim için çok büyük bir mutluluk. Yıllardır görmediğim hocalarımla, meslektaşlarımla ve genç arkadaşlarımla buluşmak beni çok memnun etti. Ümit ediyorum, adalet arayışımız bakımından çok önemli bir dönemde olduğumuz için bu toplantı büyük katkılar sağlayacaktır. Ben sözü uzatmadan Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a bırakıyor, tekrar hoş geldiniz diyorum.

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Kamu Hukukçuları Platformu İcra Kurulu Başkanı)

Değerli meslektaşlarım,

Erdoğan Teziç Hocamızı geçen yıl altıncı toplantımızı yapmadan kısa bir süre önce kaybettik. Erdoğan Hoca, toplantımızın son oturumunda bir kapanış konuşması yapacaktı, ama nasip olmadı. Biz de o toplantımızın ilk oturumunu kendisini anmak üzere ayırmıştık. Kısa bir süre önce Necmi Yüzbaşıoğlu'ndan duydum. 24 Nisan'da Galatasaray Üniversitesi, Erdoğan Hoca için bir anma toplantısı düzenlenmeyi planlamış, ama o tarihin bizim toplantımızın hemen arkasına rastladığını fark edip, 9 Mayıs'a ertelemiş. Bir KHP toplantısında Erdoğan Hoca ihmal edilebilir mi? Toplantımızı onun anısına adanmak bizim için her şeyden önce bir saygı ve değerlilik borcudur. Sanırım bunu söylemekle buradaki herkesin düşüncelerini ve duygularını da yansıtmış oluyorum. Erdoğan Teziç bizim toplantılarımıza bir kez katılabildi. Ama o toplantıda nasıl mutlu olduğu yüzünden belli oluyordu. Işık içinde yatsın.

Değerli meslektaşlarım,

KHP Toplantıları içinde bulunduğumuz karamsarlığa bir ışık tutuyor. Karamsarlık deyince bunun nereden kaynaklandığını da eklemem gerekir. Yargının ve dolayısıyla hukukun siyasal iktidarı frenleyemediği, aksine siyasal iktidarın isteklerine boyun eğdiği bir ortamda hukuk alanında nesnel akademik tartışmalar yapmak, insana patinaja girmiş bir araba içinde bulunma duygusunu yaşıyor. Ama bizler başkasını bilmediğimiz ve belki de beceremediğimiz için bunu gene de yapıyoruz. Ve yapmamız gerekiyor. Neden?

KHP'ye model olarak aldığımız Alman Kamu Hukuku Hocalarının 1927 yılı Toplantısı'nda Kelsen'in dile getirdiği ünlü bir cümle var: “*Doğal hukukun sürekli olarak yöneldiği soru, pozitif hukukun arkasında ne olduğu sorusudur. Peçeyi kaldırıp da gözlerini kapamayan kişi, iktidarın GORGOLAŞMIŞ kafasını görür.*”

Burada GORGO eski Yunan mitolojisinde başından saç yerine yılanlar çıkan taş bakışlı dişi bir canavarı temsil eder. Üç kızkardeşten oluşan Gorgoların ölümlü olanı MEDUSA'dır. Gözlerine bakını taşa çevirdiğine inanılan Medusa, insanların kahramanı Perseus tarafından öldürülmüştür. Modern ressamalarda da rastladığımız Gorgo motifi, antik çağda silahların üzerine kazınmış suretler olarak görülür. Çağımızda ise mecazi anlamda siyasal iktidarı yansıtan bir anlamda kullanılıyor.

Kelsen biraz önce sizlere okuduğum ünlü cümleyi kullandıktan 6 yıl kadar sonra, Hitler'in iktidarı ele geçirdiği dönemi yaşadı ve 7 Nisan 1933 tarihinde çıkarılan memurluk mesleğine ilişkin yeni yasa uyarınca Köln Üniversitesi'ndeki görevinden ayrılmak zorunda kaldı. Önce Cenevre'ye, sonra Prag'a ve daha sonra da ABD'ye göç etti

Buraya gelmeden önce Kelsen'in “*Adalet Nedir?*” başlıklı makalesini okudum. Bana pek de sıcak geldiğini söyleyemem. Aksine içinde yaşadığımız adaletsizliklerin tırmalayıcı boyutu karşısında tasvir ettiği göreceli adaleti biraz da sıkıcı bulduğumu bile söyleyebilirim. Ama benim için Kelsen, hukuk devletinin, hukukun üstünlüğünün, Anayasa Yargısını da içeren bağımsız yargının ve onun ürünü olan sınırlanmış siyasal iktidarın yaşama geçirildiği bir düzende hiç unutmamamız gereken büyük bir hukuk dehasıdır. Zira böyle bir düzenin oluşumunda ve yerleşmesinde KELSEN'in büyük katkıları vardır. Ama hukukun üstünlüğünün, onu yaşama geçirecek bağımsız yargının sağlanamadığı, dolayısıyla siyasal iktidarın sınırlanamadığı koşullarda KELSEN etkisini kaybediyor ve daha da vahimi amacının tersine hizmet eder bir işleve, aslında hiç istemediği bir işleve dönüştürülebilir.

İşte o zaman Kelsen'in saf hukuk kuramına diktatörlük düzenini de kapsayacak bir anlam vermekte ısrar etmesini sorgulayanlar ve bu anlamı içeren bölümleri “*Allgemeine Staatslehre*” kitabının İngilizce baskısında neden çıkardığını soranlar ortaya çıkabiliyor. Onları haksız bulmak mümkün mü? (M. Turan, Zafer Gören'e Armağan s. 361).

Ne var ki biraz önce sizlere Kelsen'den okuduğum cümle, şu anda bizim karşı karşıya olduğumuz durum açısından çok anlamlıdır. İçinde bulunduğumuz koşullar bizleri, henüz GORGOLarı örten son peçeye varmadan, hukuksal alanda elimizden gelen her şeyi yapmakla yükümlü

kılıyor. Bu toplantıda bunu gerçekleştirecek çok yetkin bir kadromuz var. Gerek felsefi temelleri ve gerekse hukuk ağırlıklı boyutlarıyla demokratik bir toplum düzeninde geçerli olan hukuku -artık ondan geriye ne kaldıysa-savunmada herkesin üzerine düşeni fazlasıyla yerine getireceğine inanıyorum. İşte içinde bulunduğumuz karamsarlığa rağmen ışıktan söz ederken kastettiğim tam da budur.

Hocam *Friedrich Müller* şu anda hasta. Eski üretkenliği kalmadı. Ama bilgi iletişimini kesmiyor. Türkiye'yi yakından izliyor. Çabalarımız hakkında bilgi alıyor. Çaresizlik içine düştüğümüzü mü fark etti? Bilmem. Ama, bana şunları yazdı: “2012’de yayımlanan ‘SYNTAGMA’ başlıklı kitabımda Dünyayı balçık ve kandan oluşan bir okyanusa benzettim. İçinde dürüst ve onurlu bir insanın yaşamı boyunca aradığı elmasların yüzdüğü bir okyanus.” Ve buradaki herkesi kastederek ekledi: “Sizler bu elmaslarsınız. Evet bu çirkin okyanusa anlam katan elmaslar”. Yanlış anlaşılmasın. Bunu sizlere kuru bir övgü olarak nakletmedim. Eğer bizler bu nitelermeyi hak ediyorsak, böyle olmanın insana yüklediği sorumluluğu vurgulamak istedim.

Son olarak özel bir teşekkür borcum var. Oktay Uygun’a ve Sultan Üzeltürk’e. Onlar olmasa, yedinci toplantımız gerçekleşebilir miydi? Bilmiyorum. Her ikisine de sizler adına yürekten teşekkür ediyorum. Sultan’a teşekkürüm, hem kendi kişiliğini hem de Yeditepe Üniversitesi yönetimini kapsıyor. Oktay ise tek başına bir takım. Üstelik sağlık yönünden karşılaştığı önemli sorunları bize hiç sezdirmeden bu yükü kaldırması unutulacak gibi değil, Yaşım gereği benim gücüm ve enerjimi giderek azalıyor. Ama gözüm arkada değil. Bu platform artık kurumsallaştı ve kişilerden bağımsız bir varlık kazandı. Oktay Uygun’un bunda büyük bir payı var. Hepinize verimli ve tartışması bol bir toplantı diliyorum.

Adalet Kavramının Felsefi Analizi ve Adalet Türleri
Bildirilerin Sunumu

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bildiri
Prof. Dr. Ioanna Kuçuradi, Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi

Bildiri
Dr. Öğr. Üyesi Ülker Yükselbaba, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

SUNUCU (Ar. Gör. Alperen Asım Koruk) - Açılış konuşmaları için çok değerli hocalarımıza teşekkür ediyoruz, şimdi birinci oturumu yönetmek üzere Prof. Dr. Oktay Uygun'u kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. Oktay UYGUN (Kamu Hukukçuları Platformu İcra Kurulu Üyesi)

Kamu Hukukçuları Platformunun yedinci toplantısına tekrar hoş geldiniz. İki gün boyunca sürecektir toplantımızın yoğun bir programı var. Çok değerli konuşmacılarımızı buraya davet etmeden önce bir iki noktayı hatırlatmak istiyorum. Gördüğümüz gibi, toplantımıza ilk kez katılan meslektaşlarımız var. O yüzden bir hatırlatma yararlı olacak: Bu toplantının en önemli özelliği konuşmacıların çıkıp bildirimlerini sunması değil; bu bildirimleri zaten bir ay öncesinden web sitemize koyuyoruz, katılımcılar onları okuyorlar, değerlendiriyorlar. Bu toplantıyı farklı ve verimli kılan, katılımcılarımızın sunular bildirimler üzerinden verimli bir tartışma başlatması. Tartışma kısımlarını her oturumdan sonra bir saat veya bir saati aşkın süreye yayıyoruz. Bu süreyi daha da uzatmak mümkün olabiliyor. Yalnız şöyle küçük bir hatırlatmaya ihtiyaç var. Söz alıp konuşmak isteyen meslektaşlarımız için dağıttığımız dosyaların içinde 'soru - katkı kâğıdı' antetli küçük kâğıtlar var. Bu kâğıtların doldurulmasını istiyoruz. Söz alma usulü yazılı bir usul. Bunu işi zorlaştırmak için yapmıyoruz. İki amacı var: Birincisi, bu kâğıtlar kürsüye geldiği zaman oturumu yöneten başkan tartışmayı verimli kılabilmesi için bunları belirli bir sıraya koyabiliyor, ona göre söz veriyor. İkincisi de burada yapılan bütün konuşmaları kaydediyoruz, bu kayıtları deşifre edip toplantı kitabına dönüştürüyoruz ama bu kayıtlar her zaman çok sağlıklı olmuyor. İsimler, kurumlar veya sorulan sorular tam anlaşılamiyor, bu kâğıtlardan yararlanıyoruz. Kişinin adını ve katkısını doğru bir şekilde verebiliyoruz. Bunu doldururken uzunca bir şey yazmaya gerek yok, bir ya da iki cümle ile şu konuda görüş bildirmek, soru sormak veya açıklama yapmak istiyorum demeniz yeterli. Kural olarak soru soran, katkıda bulunan herkesi kürsüye davet ediyoruz. Beş dakika veya oturum başkanının takdirine göre biraz daha uzun bir süre içinde görüşlerini bizimle paylaşıyor. Bu paylaşım bildirimlerin eleştirisi şeklinde olabilir veya o konuda kendi bakış açısını sunmak şeklinde olabilir. Ama kürsüye çıkmak istemeyenlerin de sorularını bize iletmesi mümkün. Elimde gördüğümüz soru-katkı antetli kâğıdın tepesinde bir kutucuk var, oraya bir çarpı koyulunca, biz anlayacağız ki katılımcı kürsüye gelmek istemiyor, sadece soru yöneltmek istiyor. O zaman o soruyu ilgili konuşmacıya veriyoruz. Şimdi, çok değerli konuşmacılarımızı çağırıyorum. İlk konuşmacımız Prof. Dr. Ioanna Kuçuradi, ikinci konuşmacımız Dr. Ülker Yükselbaba.

ADALETİ GERÇEKLEŞTİREBİLEN HUKUKUN ÖZELLİKLERİ

Prof. Dr. İoanna Kuçuradi

“Hukukun üstünlüğü”, siz hukukçuların çok sevdiği bir sözdür. Ama ben, hep takılırım ona ve “adalete dayanan hukukun” diye eklerim. Aynı şekilde, Hukuk Fakültelerimizin birçoğunda öğrencilere öğretilen, “hak, hukukla korunan menfaattir” tanımına da takılır ve hak ile menfaat kavramlarının farkını göstermeye çalışırım.

Gerçi ‘adalet’ten “göze göz, dişe diş almayı”, “kısasa kısas”ı, yani bir çeşit intikam almayı anlayanlar vardır. Kimileri de “bir sağdan bir soldan astık” diyerek hakkaniyetli davrandıklarını düşünürler. Suç işlemiş birinin başına olumsuz bir şey gelince, “adalet yerini buldu” sözünü ise sık sık duyuyoruz.

Bunun için “adalete dayanan hukuk”un özelliklerini gösterebilmek için, ilk önce adalet fikrinin nasıl kavramlaştırılabileceğini göstermek gerekir.

*

Bir fikir olan adaleti kavramlaştırmak, bir durum olan adaletsizliğin ne olduğuna bakarak yapılabilir.

Genel olarak adaletsizlik, bir hakkı ihlal etme ya da gözardı etme sonucu ortaya çıkan bir durumdur. Oluşturulan hukukun adaletsiz olabileceği gibi, adaleti gerçekleştirebilecek hukukun yargıçlar tarafından bilgisizce kullanılmasıyla da adaletsizlik ortaya çıkar.

Kişi düzeyinde bakıldığında adaletsizlik, kişilerin bazı haklarının doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal edilmesine yol açan veya yaşanmasını engelleyen bir m u a m e l e b i ç i m i olarak ortaya çıkıyor. Bu muamele sonucu kişilerin h a k s ı z l ı ğ a uğradığı söyleniyor.

Ülkeler düzeyinde bakıldığında adaletsizlik, bugün, bir devletin bir kısım yurttaşlarının temel haklarının başka yurttaşlar tarafından ihlal edildiği ya da gözardı edildiği zaman, etkili bir şekilde müdahale edilmediği durumlarda, ya da kendi organlarıyla bu hakları ihlal ettiği veya mevcut koşullarda bu hakların gereklerini yerine getirmediği-getiremediği zaman ortaya çıkıyor.

Dünya düzeyinde ise adaletsizlik, belirli koşullarda temel kişi haklarının zorunlu sonuçları olan grup haklarının, grup çıkarları lehine ihlal edildiği ya da gözardı edildiği durum olarak ortaya çıkıyor.

Böylece bir insansal durumu dile getiren ve çeşitli görünümlemlerle karşımıza çıkan adaletsizlikten hareket ederek, adalet fikrini şöyle dile getirebiliriz: a d a l e t , kişilerin temel ve diğer haklarının korunması talebi ve mevcut koşullarda gerektirdiklerinin, sürekli olarak, ülkeler ve dünya düzeyinde gerçekleştirilmesi talebidir.

Böyle belirlendiğinde adalet, bir üst ilke olarak karşımıza çıkıyor. Talep ettiği şey: sosyal, ekonomik ve siyasal ilişkilerin düzenlenmesini belirleyen normları ve kamu alanında kişilerin göreceği muameleyle ilgili normları, yani hukuku, her tarihsel anda mevcut koşullara bakarak insan hakları bilgisinin ışığı altında türetmektir.

Böylece adalet, de ğ i ş i k v e d e ğ i ş k e n koşulların, ama kişilerin ve insan türünün gelişmesine elverişli ya da en azından engelleyici olmayan de ğ i ş i k ve de ğ i ş k e n koşulların sürekli yaratılmasını –dolayısıyla hukukun bunu sağlayacak şekilde oluşturulmasını– talep ediyor; yani ülkeler düzeyinde ve dünya düzeyinde insan haklarının korunmasını talep ediyor. Çünkü insan hakları, kişilerin insansal olanaklarının gerçekleştirilebilirliğinin genel koşullarını dile getiriyorlar: kişilere insan olarak “borçlu” olunanların verilebileceği ve insan olarak kendilerinin de başka kişilere “borçlu” olduklarını verebilecekleri koşulları.

Bu koşullardan kastettiğim ise: belirli bir zamanda, belirli bir yerde –bir devlette, bir kıtada, bir bütün olarak dünyada– mevcut toplumsal ilişki örüntüleridir; belirli bir tarihsel anda, insan haklarını o anda ve o yerde korumayı amaçlayan ilkelerle –de ğ i ş i k ve de ğ i ş k e n ilkelerle– kurulan, yani hukuku böyle oluşturulabilen toplumsal düzenlerdir. Tarihsel ilkeler dediğim bu tür ilkelere örnek olarak (ve bunları doğru kavramlaştırmak şartıyla) laiklik, kurumsal özerklik gibi ilkeler verilebilir.

İnsan haklarının, insanların bazı insansal olanaklarının korunabilirliğinin g e n e l (dolayısıyla içeriksiz) koşullarını dile getiren ilkeler olmalarına karşılık, bu tarihsel ilkeler, b e l i r l i bir tarihsel anda, b e l i r l i bir yerde insan haklarının korunabilirliğinin koşullarını dile getiriyor. Yani şunu söylüyor bize: e ğ e r toplumsal-siyasal ilişkiler şöyle şöyle kurulursa – başka bir deyişle: ilgili hukuk öyle oluşturulursa–, o takdirde kişiler, insan haklarının talep ettiği şekilde muamele görebilirler. Ya da aynı şey ters yönden dile getirilirse, şunu söylüyor: e ğ e r bu (belirli) durumda insan haklarının korunabilmesini istiyorsanız, toplumsal-siyasal ilişkilerin kuruluş biçimi, yani hukuk bu ilkelere uygun oluşturulmalı.

Adaletin talep ettiği, adalet teorilerinin sandığı gibi b e l i r l i i ç e r i k l i ilkelerin etkili kılınması de ğ i l d i r; talep ettiği şey, belirli bir i s t e m e d i r: de ğ i ş i k ve de ğ i ş k e n, ama b e l i r l i n i t e l i k t e olan düzenleri oluşturan bir koşullar zincirini sürekli geliştirmeyi isteme. Bu belirli nitelikteki düzenler, insan haklarına dayanılarak oluşturulan düzenler, yani mevcut gerçek durumlara g ö r e insan haklarından türetilen normların belirlediği toplumsal-siyasal ilişki bütünlerinden –hukuk sistemlerinden– oluşan düzenlerdir.

Böylece insan haklarıyla karşılaştırıldığında adalet, bir i s t e m e i l k e s i olarak karşımıza çıkıyor; insan haklarının ise kişilere muamele etmede e y l e m i l k e l e r i , aynı zamanda da toplumsal-siyasal ilişki düzenlemelerini ve hukukun oluşturulmasını belirleyen tarihsel ilkelerin ve hukuk kurallarının türetilmesi için temel ilkeler olduğu görülüyor.

Belki de bu yüzden adalet, bazı kimselere “havada duran bir fikir” ya da boş bir kelime gibi görünüyor. Belki de bu yüzden adalet (insan haklarıyla bağlantısı görülmediği/kurulmadığı zaman) g ö r e l i bir kavram gibi görünüyor ve belki de bu yüzden adalet teorileri adaleti gerçekleştirecek içerikli genel ilkeler ortaya koymaya çabılıyor.

Oysa adaletin kendine özgü belirli ilkeleri yoktur. Adalet yalnızca, toplumsal-siyasal ilişki düzenlemelerini belirleyen ilkelerin (bu ilkeler ne olursa olsun) n i t e l i ğ i n e ilişkin bir talep getiriyor: toplumsal, hukuksal, siyasal kararları ve eylemleri belirleyen ilkelerin, mevcut gerçek durumlarda temel insan haklarının gerektirdikleri ilkeler-kurallar olması talebini; ya da bu ilkelerin-kuralların –hukukun– kişilerin insan haklarını, o tarihsel durumda gerçekleştirme olanağını sağlayan normlar olması talebini.

*

İşte ‘hukukun adalete dayanması’ndan kastettiğim, her düzeydeki yasaların doğrudan ve dolaylı olarak açık kavranılmış insan haklarından türetilmesidir.

Bunu açabilmek için, benim yaptığım bir haklar sınıflamasını size sunayım. Şöyle: ‘Hak’ denilenlere baktığımızda, ilk önce taşıyıcılarının kişilerin olduğu haklar ve taşıyıcılarının grupların olduğu haklar görüyoruz. Taşıyıcıları kişilerin olduğu haklara baktığımızda ise, bu haklar kişilerin sırf insan olmalarından dolayı sahip oldukları haklar ile kişilerin bir devletin yurttaşı olmalarından dolayı sahip oldukları, değişik ve değişken olan haklar görüyoruz. Birincileri kişilerin insan olma bakımından herkes için –kim olursa olsun ve ne şartlarda olursa olsun– a y n ı olan haklardır ve bütün insanların insan olmaları bakımından a y n ı l ı k l a r ı n a dayanır. Bunlar temel haklar ya da insan hakları denilen haklardır. İkincileri ise, kişilerin bir devletin yurttaşı olmaları bakımından onlara yasalarla t a n ı n a n , ülkeden ülkeye değişik olabilen ve aynı ülkede değişen haklardır. Ben bunlara yurttaşlık hakları diyorum. Bunların hepsi, temel haklar gibi, kişi haklarıdır. Taşıyıcıları kişidir, ama kaynakları temel/insan haklarından farklı.

Temel haklara ya da insan haklarına korunma yolları açısından baktığımızda ise, bu hakların genellikle ana iki farklı yoldan korunduğunu görüyoruz. Bazı temel haklar –Türkçede ‘dokunulmazlık’lar da denilen haklar– korunmaları için bir şey yapmayı gerektirmez –kişilerin kafalarında

bazı değişiklikler dışında. “İnsanlar yaşarken ve insana özgü etkinlikler gerçekleştirirken, onlara dokunmayınız” diyor bu haklar: yaşama hakkı, düşünce özgürlüğü hakkı denilen haklar böyle haklardır. Ben bunlara ‘doğrudan doğruya korunan haklar’ diyorum. Bu haklarla ilgili olarak bir devlette devletin yapması beklenen, yalnızca bir hak ihlali veya bir ihlal girişimi olduğu zaman, ilgili organlarıyla müdahale etmesi ve kişileri koruması ya da ihlali olabildiğince telafi etmesidir.

Bir tür daha temel hak veya insan hakkı vardır ki, korunması için, devletlerde devletin birşeyler yapmasını gerektirir: söz konusu ü l k e n i n k o ş u l l a r ı n d a bu hakların herkes için korunabilmesi için, devletin u y g u n y a s a l a r ı yapmasını gerektirir. Bunlar beslenme, barınma, sağlık, eğitim, çalışma gibi haklardır. ‘Dolaylı korunan haklar’ dediğim bu haklar, b e l i r l i b i r n i t e l i k t e olan yurttaşlık haklarıyla –bu haklarla ilgili yasaların oluşturduğu d ü z e n l e– korunur.

Yurttaşlık hakları dediğim haklar da sosyal, ekonomik ve siyasal haklardır. Yurttaşlara bu tanınan haklar, bir devletin yurttaşları için sosyal, ekonomik ve siyasal konularda ç i z d i ğ i s ı n ı r l a r d ır. Yurttaşlar bu sınırlar içinde istediğini yapabilir, ama bunların dışına çıkmamalıdır. Bu haklara örnek vermek gerekirse emeklilik yaşı, asgarî ücret, seçme-seçilme yaşı verilebilir.

Dikkatinizden herhalde kaçmamıştır: bu sınıflama, uluslararası insan hakları belgelerinin yansıttığı sınıflama değildir. Birleşmiş Milletlerin iki sözleşmesine –*Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesi* ile *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine*– bakarsanız, bunlarda “sivil ve siyasal haklar” aynı kaba, ekonomik, sosyal ve kültürel (denilen) haklar da aynı kaba konmuş görünüyor. Sosyal ve ekonomik haklarda ise, hakkın kendisi ve gerektirdikleri aynı madde altında bulunuyor; böylece temel hakların belirli koşullarda bir gereği olan, ama kendisi temel hak olmayan bir hak, sık sık temel hak sayılmış oluyor. Ne var ki, dolaylı olarak korunan aynı temel hak, korunması için farklı zaman ve mekân koşullarında farklı yollar gerektirebilir. Örneğin çalışma hakkı maddesi içinde sendika kurma hakkını da görüyoruz. Dünyamızın bugünkü koşullarında çalışanların haklarını korumak için sendika kurmak uygun bir yol olabilir, ama “çalışma hakkını tek koruma yolu budur” acaba diyebilir miyiz? Nitekim sendika kurmanın bir hak sayılmasının arka plânında, bugün kafalarda yaygın olan, insan haklarına ilişkin bir anlayış –“insan hakları kişiyi devlete karşı korumak içindir” anlayışı– bulunuyor. Ne var ki bu anlayış, devlet dediğimiz insansal kurumun varlık nedenine aykırı görünüyor.

İşte hukukun insan haklarına dayanmasının en önemli, ama aynı zamanda en zor işlevi, yurttaşlık haklarının –yani bir devlette sosyal, ekonomik ve siyasal haklarla ilgili oluşturulan yasaların–, benim dolaylı korunan temel haklar dediğim hakların, bir ülkenin belirli gerçeklik koşullarında korunabilmesini sağlamasıdır.

Hukukun insan haklarına –açık kavranılmış insan haklarına– dayanması gerektiğini söylerken: bir ülkede sosyal, ekonomik ve siyasal konularda oluşturulup çıkarılan yasaların, o belirli ülkede yaşayan insanların dolaylı korunan temel haklarının korunacak şekilde oluşturulması; başka bir deyişle bu yasaların sınırlarının çizilmesini, bugün olduğu gibi, grupsal ya da diğer çıkarların, bilgiye dayanmayan düşünce alışkanlıklarının ve kültürel değer yargılarının belirlememesini, insan haklarının ve o koşullarda gerektirdiklerinin belirlemesini kastediyorum. Bu gerektirdiklerini ise her durumda bulmak gerekir.

Şöyle de diyebilirim: bir ülkede sosyal, ekonomik ve siyasal konularla ilgili yasalar oluşturulurken, sınır çizmeden ibaret olan bu yasaların o ülkenin koşullarında bütün yurttaşların ilgili temel haklarını –minimumdan başlayarak ve gitgide artarak– koruyabilecek şekilde oluşturmalı, sınırları öyle çizilmeli. Bunun için yasaları oluşturanların insan hakları kavramlarını ve yaşadıkları ülkenin koşullarını ilk elden bilmeli. Bu da, sırasıyla, bütün dünyada geniş bir etik ve insan hakları eğitimi seferberliğini gerektiriyor.

Bir ülkede oluşturulan sosyal, ekonomik ve siyasal konularla ilgili yasalar, kendileri aracılığıyla korunması söz konusu olan (dolaylı korunan) hakları koruyabilecek şekilde oluşturulmadıkça, yani bu yasaların sınırlarının çizilmesini insan hakları belirlemeyip başka belirleyiciler belirledikçe; işte bu kopuklukta sosyal adaletsizlik denilen durum ortaya çıkar. Sosyal adaletsizliğe yol açanlar arasında çok önemli bir etken de, bir ülkede çıkarılan sosyal, ekonomik ve siyasal konularla ilgili yasaların bu niteliğidir –pozitif hukukun insan haklarına dayanmaması. İşte hukukun adaletsiz olması, yasaların oluşturulmasını insan hakları dışında belirleyicilerin belirlemesi –biraz önce belirttiklerim türden belirleyicilerin belirlemesi– demektir.

*

Hukukun adaletsiz olması yalnızca dolaylı korunan haklarla ilgili değildir; her iki tür insan haklarıyla ilgilidir.

Doğrudan korunan haklarla ilgili hukukun adaletsiz olması, insan haklarını açıkça ihlal eden veya ihlallerine yol açan yasaların oluşturulup geçerli kılınması demektir. Birincisine ölüm cezasını bulandıran ceza

hukuku, ikincisine de sağlıkla ilgili yaratacağı sonuçlar hesaba katılmadan herhangi bir besinin ithal edilmesine ilişkin hukuk örnek verilebilir.

Dolaylı korunan haklarla ilgili hukuk, oluşturulan sosyal, ekonomik ve siyasal konularla ilgili yasaların, söz konusu ülkenin koşullarında yaratabileceği, önceden görülebilir sonuçlar gözönüne alınmadan oluşturulduğu zaman adaletsiz oluyor, yani sosyal adaletsizlik ortaya çıkıyor.

Kişi merkeze alınarak bakıldığında, sosyal adaletsizlik, dolaylı korunan temel kişi haklarının –ya da bazılarının– hiç korunmadığı durum değildir; böyle hakların bir ülkede ilgili b ü t ü n y u r t t a ş l a r için korunmadığı durumdur: b ü t ü n i n s a n l a r ı n e ş i t o l d u ğ u ama ancak dolaylı korunabilen h a k l a r ı n , bir ülkede devletçe bütün yurttaşlar için –minimum derecede de olsa–korunma olanaklarının sağlanmamış olduğu durum. Bu açıdan bakıldığında, sosyal adaletsizlik etik bir sorundur.

Devlet merkeze alınarak bakıldığında, sosyal adaletsizlik, siyasal bir olgu olarak: toplumsal ilişkilerin düzenleniş –kuruluş ve yürütülüş– tarzıyla ilgili bir olgu, başka bir deyişle yurttaşlara devletçe tanınan veya tanınmayan haklarla ve sağlanan veya sağlanmayan olanaklarla ilgili bir olgu olarak karşımıza çıkıyor. Bir devletin yönetimi, devletin iki temel varlık nedenini yerine getirmediği zaman –bazı yurttaşların başka yurttaşları sömürmesini engellemediği/engelleyemediği zaman ve kamuya ait olanı bütün yurttaşların temel hakları korunacak şekilde yönetmediği zaman– sosyal adaletsizliği ortaya çıkaran iki ana nedenle karşılaşırız.

Bu nedenlerden biri, kişilere tanınan sosyal (ve bu arada bazı “kültürel”), ekonomik ve siyasal hakların sınırları çizilirken, bu hakların dolaylı korunan temel kişi haklarıyla ilgisinin hesaba katılmaması; bu sınırların çizilmesinde, bunların dışında etkenlerin –başta bilgisizlik ve çıkarın: kişisel, grupsal, sınıfsal v.b. çıkarların– ağır basmasıdır. Ya da: sosyal ve ekonomik ilişkilerin kurulmasını ve yürütülmesini belirleyen yasaların –vergi yasası, medenî kanun gibi yasaların ve bir tek konuya ilişkin daha dar kapsamlı yasaların– çıkarılışında, kişilere tanınan olanakların (içinde hareket edebileceği sınırların) bu tür temel haklarla ilgisi kurulmadan ve tanınan olanakların bu haklar bakımından doğuracağı belli başlı sonuçlar düşünülmeden çıkarılmasıdır. Bu ilgi kurmama, çok defa, bu haklara zarar veren bazı yasaları kaldırmama, içinde bulunulan koşullarda bu hakların yaşanmasını engelleyen bazı “hakları” ya da olanakları tanıyan yasalar çıkarma, bu hakları dolaylı koruyacak yasaları ise çıkarmama olarak görünür.

Bu, bir ülkedeki siyasal yönetimlerin, devletin temel varlık nedenlerinden birini –yurttaşların ilişkilerini d ü z e n l e m e görevini– yerine getirememesi ya da getirmemesi; dolayısıyla bir kısım yurttaşların başka yurttaşları –ve bu arada “devlet”i– sömürmesini engelleyememesi ya da engellememesi ve bazı yurttaşların, başka birçok yurttaşın temel haklarının korunmaması pahasına, kendilerine ayrıcalıklar –temel hakların korunmasında ve başka ayrıcalıklar– sağlamalarını önleyememesidir. Yurttaşların, temel hakların korunmasına ilişkin konularda birbirini sömürmesini devlet dolaylı olarak, bunu amaç edinen yasalarla sağlayamadığı yerde (ve nedenleri bir yana), orada sosyal adaletsizlik ortaya çıkıyor. Bu, toplumsal ilişkilerin kuruluş tarzından dolayı –ilgili hukukun oluşturulma biçiminden dolayı– ortaya çıkan sosyal adaletsizliktir.

Devlet merkeze alınarak bakıldığında, zengin olmayan ülkelerde sosyal adaletsizlik yaratan başka bir neden de, o ülkelerdeki siyasal yönetimlerin, bir şeyi daha başaramamasıdır: sıkıntıları, eksikleri, “yok”ları yurttaşlar arasında hakkaniyetli paylaşmayı. Özellikle devletin yoksul olduğu ülkelerde bugün açıkça görülebilen bu durumda, dolaylı olarak korunan hakların korunmasını talep eden yasalara rağmen, bunların o ülkelerdeki belirli koşullarda işleyebilmeleri için gerekli başka bazı yasaların olmamasından, bütün yurttaşların bu tür haklarının korunma olanakları sağlanamamakta; dolayısıyla o ülkelerde bazı yurttaşların bu tür hakları, o ülkenin olanaklarının izin verdiği kadar çok daha fazla “korunmakta”, birçok yurttaşın hakları ise çok az derecede korunmakta, bazan da hiç korunmamaktadır.¹

Sosyal adaletsizliğin, genellikle, bir ülkede olanın eşitçe paylaşılmasından ortaya çıktığı düşünülür. Oysa, zengin olmayan ülkelerin birçoğunda, o l a n , ya doğrudan doğruya devletin tasarrufunda değildir; ya da tasarrufunda olan, o anda h e r k e s i n temel haklarını en az derecede bile koruyacak kadar değildir. Bu böyle olunca, devlet açısından sosyal adaletsizlik, yalnızca olanın eşitçe paylaşılmasından değil, o l m a y a n ı n eşitçe paylaşılmasından dediğim şeyden de ortaya çıkar. Çünkü ulusal düzeyde sosyal adaletsizlik, dolaylı korunan temel kişi haklarının bir ülkedeki korunma d e r e c e s i y l e –yani tanınan hak sınırlarının genişliği-darlığıyla– neredeyse ilgili değildir; bu derece ne olursa olsun, bütün yurttaşlar için, minimum derecede de olsa, korunma olanaklarının sağlanmamasıyla ilgilidir. “Yok”ların paylaşılmasıyla bu tür hakların

¹ Örneğin bazı yurttaşlar ithal malı, pahalı bir güzellik kreminden birkaç tane birden satın alırken, başka bazı yurttaşlar, eczanede bir ilâcın fiyatını duyunca, onu almadan geri döner.

düşük derecede de olsa korunma olanaklarının bütün yurttaşlar için sağlandığı bir ülkede, sosyal adaletsizlikten söz edilemeyeceğini düşünüyorum. Böyle bir durumda, bir bütün olarak dünyadaki, global adaletsizlik söz konusu olur.

Sosyal adaletsizlik birçok zengin olmayan ülkelerde, bugün, siyasal yönetimlerin, devletin elinde olanı ülkede eşitsizlikle –: nesnel ihtiyaçlara göre–, ama temel hakların korunmasını sağlayacak şekilde paylaştırmadığı, yani “yok”ları da paylaştırmadığı için de ortaya çıkıyor. Bu da, siyasal yönetimlerin, kamunun yönetiminde, devletin varlık nedenlerinden bir başkasını –: kamu varlığını, bütün yurttaşların temel haklarına ilişkin ihtiyaçlarının karşılana bilmesini sağlayacak şekilde yönetmediği ve bu ihtiyaçlara göre kurum ve kuruluşlar kurma ve işletme görevini– yerine getirmediği zaman da ortaya çıkar.

Bu söylediklerime dayanarak diyebilirim ki, sosyal adaletsizliğe yol açan hukuk, insan hakları ve bu hakların belirli gerçeklik koşullarında gerektirdikleri gözönüne alınmadan üretilen hukuktur –bir ülkede bütün yurttaşların insan hakları için yaratacağı sonuçlar, düşünülebilir olduğu halde düşünülmeden üretilen hukuk.

Bir meslek grubuna yapılan maaş artışı hukuk sayılır mı sayılmaz mı, siz söyleyeceksiniz. Ancak resmî bir karar olan, örnek olarak vereceğim, son aylarda Kanada’da olan bir olay, sosyal adaletsizliği önleme çabası gibi görünüyor:

7 Mart 2018 tarihli *Washington Post*’ta Amy B Wang imzasıyla yer alan bir yazıya göre, Quebec’te 700’den fazla doktor, kendi maaşlarının artışını “Güçlü bir kamu sistemine inanan biz, Quebec doktorları, Tabipler Federasyonlarının müzakere ettiği/pazarlığını yaptığı maaşlarımızın artışına karşıyız” sözleriyle protesto etmiş ve mesleklerinde diğer çalışanların – bunlar arasında da hemşirelerin ve büro personelinin– çalışma koşulları zor olmakta devam ederken, hastalar da, son yıllarda yapılan büyük kesintilerden dolayı, ihtiyaç duydukları hizmetlere ulaşmakta güçlük çekerken, vicdan rahatlığıyla bu artışı kabul edemeyeceklerini söylemiş.

Uzaktan görülebildiği kadarıyla, bu olay, yurttaş olma bilincini yansıtan bir olay ve sosyal adaletten yana bir tutum olarak görünüyor.

Siyasal adaletsizliğe gelince: o, insan hakları gözönüne alınmadan ve insan hakları için yaratacağı sonuçlar hesaba katılmadan yapılan siyasal propagandayla, dar çıkar hesaplarıyla, liyakata önem verilmeden siyasal görevlerin dağıtımıyla v.b. nedenlerle ortaya çıkar.²

² Demagoji, belki de siyasal adaletsizliğe yol açan en önemli etkidir.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

*

Hukukta adaletsizliğin görüldüğü başka bir yer de grup haklarıyla (insan hakları belgelerinde *collective rights, the rights of the people* şeklinde anılan grup haklarıyla) ilgilidir. Grup hakları temel haklar değildir³, ama kişi hakları olan bazı insan haklarının korunabilmesi için gerektirdikleridir. Grup hakları bu şekilde anlaşıldığında, bir temel kişi hakkının korunabilmesi için bir grup hakkının tanınması gerekiyorsa ve bu hak tanınmıyorsa ya da ilgili etkinlikler yasaklanıyorsa, bunu yapan hukuk adaletsiz bir hukuktur. Hele hele bu yapılmayıp, temel hakların korunmasıyla ilgili olmayan hakların bazı gruplara tanınması, bir hukuk sistemini adaletsiz bir sistem yapar. “Kültürel haklar” denen bazı hakların, “bütün kültürlere saygı” sloganının gereği görülüp, bazı temel hakları ihlâl etmesine rağmen tanınması ilginç bir örnek olabilir.

*

Bunun nasıl olduğunu anlatmadan önce “kültürel haklar” teriminin içeriğın belirtmek, bunun için de ‘kültür’ terimine yüklenen farklı anlamlara dikkat çekmek uygun olur.

Kültürle ilgili olarak belgelerde karşımıza çıkan iki ana terim “kültür hakkı” ve “kültürel haklar”dır. Bunlar bazan aynı anlamda, bazan da farklı anlamlarda kullanılıyor.

‘Kültür hakkı’ bağlamında ‘kültür’ü, benim ‘tekil anlamda kültür’ dediğim anlamda anlarsak, yani kişilere insan olarak olanaklarını geliştirebilmeyi (:bu olanakların işlenmesini, kültive edilmesini) sağlayan etkinliklerinin tümü şeklinde anlarsak; daha da belirgin bir şekilde sanat, felsefe yapma ve bu yapılanlardan yararlanma⁴ şeklinde anlarsak, bu hak, bir kişi hakkıdır ve bir temel haktır.

‘Kültürel haklar’ bağlamında ‘kültür’ü, benim ‘çoğul anlamda kültür’ dediğim anlamda –yani “sınırları çeşitli açılardan çizilebilen bir insan grubunun yaşayışını ve bu yaşayışın görünümelerini (söz gelişi sanatlarda, bilimlerde, felsefede, dilde ve bu gibi alanlarda o anda “modern” sayılan görüşleri; toplumsal kurumları ve işleyişlerini) belirleyerek; o grupta uzun ya da görel olarak kısa bir süre geçeri olan (:egemen olan) insanı görme tarzını ve değerlilik anlayışı⁵ şeklinde– anlarsak, ‘kültürel haklar’ denen hakların grup hakları oldukları görülür.

³ Temel hakların kişi hakları olduğunu unutmamak gerekir.

⁴ Bak. İoanna Kuçuradi, “Kültür ve Kavramları”, *Uludağ Konuşmaları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara, 2014 (5. baskı), s. 47.

⁵ *Ibid.*, s. 49-50.

Daha önce belirttiğim gibi, grup hakları temel haklar değil de, bazı temel hakların grupsal gerektirdikleri ise –yani kişi hakları olan temel hakların korunabilmesi bazı grupsal hakları tanımayı gerektiriyorsa–; ancak bu özellikte olan grup haklarını ilgili gruplara tanımak uygun olur. Haklar ile çıkarların teoride de pratikte de bu kadar karıştırıldığı günümüzde, hem de siyasal nedenlerden dolayı, insan haklarının gerekleri olduğu halde bazı grup hakları tanınmayıp, buna karşılık insan haklarına aykırı oldukları halde, “bütün kültürlere saygı” sloganının etkisiyle de izin verilen ya da yasaklanması gerektiği halde bazı davranış biçimlerine ve kişilere muamele etme biçimlerine izin verilmesi (çocukların çalıştırılması, evlendirilmesi) sonucunda da hukukta adaletsizlik ortaya çıkar. Almanya’da gördüğü muameleden dolayı kocasından ayrılmak isteyen bir Müslüman kadını bir Alman (kadın) hakim, kültürel nedenler göstererek ayırmaması olayını, umarım, hatırlıyorsunuz. “Gelenek-görenek hukuku” diye –yazılı-yazısız– bir hukukun artık olmaması gerekir.

Bütün bunlar gözönüne alındığında, adaleti gerçekleştirebilecek hukukun, etik ilkeler olarak insan haklarına doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak dayanması, yani türetiminde ana öncülü açık kavranılmış insan haklarının oluşturması; hukukun uygulanmasında da, eğer bir yasa belirli bir vakaya uygulandığı zaman bir insan hakkını ihlal ediyorsa, olabildiği durumlarda hakim Aristoteles’in *epieikeia* (hakkaniyet) dediği erdemle iş görmesi ve ilgili mercilerin dikkatini çekmesi gerekir. Bu yapılmadığı zaman, yine hukukta adaletsizlikle karşılaşırız. Hukukun türetiminde olduğu kadar, hukukun uygulanmasında da mihenk taşı insan haklarıdır –doğrudan ya da dolaylı olarak kullanılacak mihenk taşı.

Hukuku oluşturanların ve uygulayanların bu şekilde davranabilmeleri için, bu konularda onları aydınlatacak bir insan hakları eğitimi –sadece madde öğretmekten ibaret olmayan, insan hakları kavramlarını olabildiğince açık hale getiren ve eğitilenleri doğru değerlendirme yapabilecek duruma getiren bir insan hakları eğitimi– görmeleri gerekir.

Böyle bir eğitimi görmüş bir avukat ile bir yargıç arasında geçen şu olay öğreticidir: Bir gecekonuda oturan ve su, elektrik parasını, herhangi bir geliri olmadığından dolayı ödeyememiş birini mahkemede savunmak için Baronun görevlendirdiği avukat, belirli bir miktar suyun, onu ödeyemeyenlere de (parasız) sağlanması en başta sağlık hakkının bir gereği olduğunu söyleyen avukata, hakim gülererek “Ne söylüyorsunuz, Avukat Bey!” şeklinde tepki göstermiş.⁶

⁶ Bu olayı bana Av. Musa Toprak anlattı.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Bu eğitimin yapılabilmesi için de, insan haklarıyla açık teorik-felsefi bilgiye dayanan, sözünü ettiğim hukuk türetiminin nasıl yapılabileceğini öğreten, durumların doğru değerlendirilmesinin nasıl bir değerlendirme etkinliği olduğunu gösteren v.b., üst düzeyde bir insan hakları eğitimi gereklidir. Hukuku niçin'iyile birlikte öğrenmiş olan, böylece de onu bir çıkar koruma cambazlığı olmaktan çıkaracak uygulamalar yapan ve yargının bağımsızlığını koruyan hukukçuların yetişmesi için, sağlam ve çok yönlü bir insan hakları eğitime ihtiyaç vardır.

İnsan haklarının talep ettiği etkin ve edilgin anlamda muamele, hepimizin ve herbirimizin her an ihtiyaç duyduğu, ama her an göstermediği bir muameledir. Bunu herkesten beklemek mümkün değilse de, ilgililerden adaleti gerçekleştirebilecek hukuk oluşturmalarını ve hukuku uygulayanlardan, böyle olmayan hukuku kullanmamaları beklenebilir.

**ÇAĞDAŞ DAĞITICI ADALET KURAMLARI:
RAWLS'A VE DWORCKIN'E GÖRE DAĞITICI ADALET
Dr. Ülker Yükselbaba**

I. Giriş: Dağıtıcı Adalet

Adalet üzerine bir çalışma, adalet tanımıyla başlamalı. Fakat şu da bir gerçek ki henüz herkesin kabul ettiği bir adalet tanımı yapılamamış durumda. David Schmidtz adaleti tanımlama değil, nasıl bir şeyle karşı karşıya olduğumuzu açıklama girişiminde bulunur:

Adalet dediğimiz şey, bir bakıma, birbiriyle bağlantılı öğelerden oluşan bir takımıydır. Bir dereceye kadar bir bütünlük ve birlik görüyorum ama adaletin bütünlüğü bir binanın bütünlüğünden çok bir mahallenin bütünlüğüne benzeyen sınırlı bir bütünlüktür. İyi bir mahalle, içinde insanların hoşça yaşadıkları işlevsel bir mekândır. Ancak, iyi mahalleler iyi binalar kadar kapsamlı bir şekilde tasarlanamazlar.⁷

Adalet konusunda çok sayıda kuram bulunmaktadır. Her kuram adaletin ne olduğuna dair yol gösterici bir harita işlevi görür. Kuramların sunduğu harita her ne kadar bazı şeyleri değerlendirmemize olanak sağlasa da, herhangi bir kuram henüz adaletle ilgili tüm sorunlara çözüm üretecek niteliğe kavuşmamıştır. Hatta her kuram incelendiğinde adaletsizlik teşkil edecek uygulamalara sebep olabilmektedir. Bu durum kuramlardaki sorunlardan daha çok adalet kavramının yöneldiği topoğrafyanın giriflîğinden kaynaklanmaktadır.

Dağıtıcı adalet, Aristoteles'ten beri nimet ve külfetlerin dağıtımıyla ilgilidir. Her toplumda ekonomik nimet ve külfetlerin hukuk, siyaset, kurumlar vb. araçlar vasıtasıyla yurttaşlar arasında paylaşılması dağıtıcı adaletin konusudur. Dağıtıcı adaletin nasıl gerçekleştirileceği, hangi adalet ilkelerine dayanılacağı, nelerin dağıtılacağı ve kimlerin dağıtacağı gibi sorular tartışmanın birincil önemdeki sorulardır. Dağıtım siyasal süreçlere, hukuki düzenlemelere, kurumsal uygulamalara dayanır ve toplumdan topluma, zamandan zamana değişir. Bu bağlamda bir kuramda ileri sürülen dağıtıcı adaletin ilkeleri, nimet ve külfetlerin dağıtımı konusunda süreçlerin işleyişi ve yapılar konusunda temel rehberliği sağlar.⁸

Bugün bir sosyal adalet tipi olarak dağıtıcı adalet daha önemli hale gelmiştir. Eşitsizliğin ulaştığı boyutlar, adalet kavramını bize tekrar

⁷ David Schmidtz, **Adaletin Unsurları**, Çev. Hayrettin Özler, Ankara, Liberte Yayınları, 2010, s.15.

⁸ O. Vahdet İşsevenler, **Platon'da Varlık ve Yasa**, İstanbul, Tekin Yayınları, 2015, s.82 vd.

sorgulatmaktadır. Oxford Üniversitesi bünyesinde yer alan ve 90 ülkede yoksulluğun ortadan kaldırılması, kıtlık, felaketzedelere yardım gibi alanlarda çalışan Oxfam, Ocak 2018’de dünyadaki gelir ve servet dağılımı ile ilgili bir rapor yayınladı. Rapor’a göre en zengin 8 kişinin serveti 426 milyar, en yoksul 3,6 milyar kişinin sahip olduğu varlıkların toplamı ise 409 milyar dolardır. Diğer bir ifadeyle 8 kişinin serveti neredeyse dünya nüfusunun yarısının servetine eşittir. Aynı raporda 1988- 2011 yılları arasında küresel gelir 11.9 trilyon dolar artarken, en zengin yüzde 10’luk dilimin bu artışın yüzde 45’ini elde ettiği belirlenmiştir. Yani geriye kalan nüfusun yüzde 90’ı, küresel gelirin yüzde 55’ini almıştır. 2010 yılında en zengin 43 kişinin serveti, en yoksul yüzde 50’nin servetine eşitti. Rapor’da 2010 yılında dünyanın en zengin 388 kişinin varlıklarının en yoksul yüzde 50’ye denk geldiği belirtilirken, bu oranın 2014 yılında 80’e düştüğü, 2015 yılında da düşmeye devam ettiği açıklanmıştır.

Yine aynı rapora göre geçen yıl yaratılan tüm servetin %82’si en zengin %1’e gitti ve en altta yer alan %50’lik kesim küresel gelirden hiçbir şey almadı. Oxfam, dünya nüfusunun çalışan yoksul büyük çoğunluğunun, az sayıdaki aşırı zenginlerin lehine çalıştığını ve onların zenginliklerine zenginlik kattığını belirtti. Hâlen dünya nüfusunun en zengin %1’lik kesimi, dünya nüfusunun geri kalanından daha fazla servete sahip.⁹

Bu verilere baktığımızda zengin ve yoksul arasındaki farkın çok büyük bir uçuruma dönüştüğü görülmektedir. Eşitsizlikler tarih boyunca kendini birçok alanda göstermiş ve birçok düşünür tarafından da toplumsal huzursuzlukların bir kaynağı olarak kabul edilmiştir. Bugün de eşitsizliklerin bu seviyede olduğu toplumlarda ortaya çıkan adaletin olmadığı düşüncesi birçok düşünürü dünyadaki gelir ve refah dağılımındaki eşitsizliği tekrar ele almaya yönlendirmiş ve dağıtıcı adalet ile ilgili çalışmalar yapmalarında etkili olmuştur.

Aşağıda John Rawls’un ve Ronald Dworkin’in dağıtıcı adalet kuramları incelenecektir ve bu iki kuram, diğer birçok dağıtıcı adalet kuramları gibi mevcut durumdaki eşitsizliklere karşı bir adalet arayışını ifade etmektedir.

II. John Rawls’un Dağıtıcı Adalet Kuramı

Liberal Amerikan geleneği içinde siyaset ve hukuk felsefecisi olarak önemli bir yer tutan John Rawls 1971’de yayımlanan kitabı *A Theory of Justice* (Bir Adalet Kuramı) ile evrensel geçerliliği olan bir adalet kuramı

⁹ Oxfam, “Reward Work, Not Wealth,” January 2018, https://d1tn3vj7xz9fdh.cloudfront.net/s3fs-public/file_attachments/bp-reward-work-not-wealth-220118-en.pdf, 10/03/2018.

geliştirir. Rawls'un çalışmalarının politik ve etik alanda Amerika ve Batı dünyasında yeni bir dönem başlattığı söylenebilir.¹⁰ Rawls, refah devletini ve dağıtıcı adaleti savunarak, dünyada yükselen yeni sağ ideolojinin karşısında daha eşitlikçi bir liberal yaklaşım ileri sürer.¹¹ Doğrudan adalet düşüncesiyle ilgilenmesi ve güçlü akıl yürütmelerle donattığı tezleri, çağımızın düşünürlerini, siyaset bilimcilerini ve iktisatçıları adaletle ilgili tartışmalara yönlendirmiştir.¹²

A. Hakkaniyet Olarak Adalet Kuramının Genel Çerçevesi

Adalet kuramı çalışmasında Rawls'un amacı adil ve istikrarlı liberal bir yaşam için toplumun tüm kurumlarına yön verecek adalet ilkeleri bulmaktır. Pratik bir amaç güden Rawls, bu nedenle hak ve özgürlüklerin felsefi temelleri gibi konularda tartışma yürütmez. Ona göre çağdaş demokratik ve liberal toplumlar temel hak ve özgürlükleri zaten genel olarak kabul etmişlerdir. Bu koşullarda yapılması gereken özgür ve eşit kabul edilen bireylere saygı temelinde muamele edilmesi ve bunu sağlamak üzere bazı eşitsizliklerin ortadan kaldırılması ya da telafi edilmesi ile adil bir toplum yaratılmasıdır.¹³

Rawls'a göre adaletin öncelikli konusu "başlıca toplumsal kurumlar açısından sosyal işbirliğinden kaynaklı avantajların bölüşümünün belirlenmesi ve temel hak ve görevlerin dağıtılması"dır. Temel kurumlara yönelik adalet ilkesi siyasal, ekonomik ve toplumsal düzenin işleyişindeki tüm kurumlar için kurucu ve asli ilkeler olacaktır. Piyasa ekonomisi, özel mülkiyet, aile vb. kurumlar liberal düzenin kurumlarına örnek teşkil ederler ve bu kurumlar adalet ilkelerine göre düzenlenmelidir. Böylece adil işbirliğine dayalı bir toplum kurulabilir.¹⁴

¹⁰ Maimon Schwarzschild, "Constitutional Law and Equality," **A Companion To Philosophy of Law and Legal Theory**, Ed. Dennis Patterson, 2.nd. ed., U.S., Blackwell Publishing, 2010, p.168.

¹¹ Aslı Çırakman, "Bir Meşruiyet Sorunu Olarak Siyasal Adalet: Rawls ve Höffe," **Liberalizm, Devlet, Hegemonya**, Der. E. Fuat Keyman, İstanbul, Everest Yayınları, 2002, s.108.

¹² Solmaz Zelyüt-Hünler, **Rawls ve MacIntyre: İki Adalet Arasında**, Ankara: Vadi Yayınları, 1997, s.18; Ecer, "Siyaset Felsefesinde Bir Restorasyon: John Rawls ve 'Bir Adalet Teorisi'," http://dergi.yeniuyuksektepe.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=37:john-rawls-ve-qbir-adalet-teorisiq&catid=6:makaleler&Itemid=5, 30/07/2011.

¹³ "Özgürlük ve Eşitliği Uzlaştırmak: Hakkaniyet Olarak Adalet," **Justice**, Güz 2003, s.6.

¹⁴ John Rawls, **A Theory of Justice**, Oxford, Oxford University Press, 1971, pp.2, 7. *YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

Rawls'un adalet kuramının önemli bir özelliği de faydacı anlayışlara karşı ve alternatif olma çabasıdır. Rawls'ın faydacılığa yönelik eleştirilerinin temelinde Kantçı ahlak anlayışı yatar. Buna göre insanın ahlaki otonomisini belirleyen bir ilke olarak insanın “kendinde amaç” olması faydacılığın bireyi ezen yaklaşımına karşıt olarak geliştirilmiştir. “Adalet ilkeleri, temel toplumsal yapıda insanların sadece araç olarak değil, amaç olarak ele alınmaları isteğini [belirtir].”¹⁵ Fayda ilkesinin açılımı, çağdaş liberalizmin savunduğu özgürlüğün, insan haklarının, iyi yaşam arayışında adaletin önceliği ile derin bir çatışma hali içindedir. Özellikle, fayda ilkesi, azınlıkta kalan grupların ezilmesine ya da çoğunluğun hoş karşılamadığı inanca, alışkanlıklara, geleneklere sahip bireyler aleyhine ayrımcılığa olanak sağlamaktadır. Bu nedenle, faydacıların savunduğu *en fazla sayıda insanın en büyük mutluluğu ilkesi*,¹⁶ bireyin haklarını feda etmekte ve onu çoğunluğun baskısına karşı savunmasız bırakmaktadır. Rawls, faydacıları, insan denen varlığı ve onun ayrılmaz bir parçası olan haklarını fayda ilkesine kurban etmekle suçlar. “(A)dalet bazılarının özgürlüğündeki eksilmenin, başkaları tarafından paylaşılan daha büyük bir iyi ile haklı kılınmasını kabul etmez.”¹⁷

Kısaca derlersek:

1. Rawls, liberal bir düzen içinde çoğulcu bir toplumda insanlar barış ve huzur içinde nasıl yaşayabilir? Sorusuna cevap aramaktadır. Bu nedenle de adalet kuramının amacı da farklı iyilerin ve kültürlerin bir arada yaşayabileceği “çoğulcu ve hoşgörülü” bir toplum yaratmaktır.¹⁸

¹⁵ Rawls, **A Theory of Justice**, p.179.

¹⁶ Francisco Vergara, Rawls'un Faydacılık konusunda yanlışta olduğunu belirtir. Rawls'un *A Theory of Justice*'da yarar ilkesini “iyiyi, arzunun doyumu şeklinde tanımlayan bir ilke olarak anlıyorum.” ifadesini kullanır. Vergara, Rawls'un kuramında “en büyük sayıda insan için en büyük mutluluk” ilkesinde “mutluluk” yerine “doyum” kavramını kullanmasına dikkati çeker. Arzuların doyumu, mutluluk kavramını tam olarak karşılamamaktadır. Rawls'un klasik öğretisi olarak kabul ettiği ve çalışmalarında yazdığı yararçı öğretisi, Vergara'ya göre klasik yararçılık olarak adlandırılmaz. Francisco Vergara, **Liberalizmin Felsefi Temelleri: Liberalizm ve Etik**, Çev. Bülent Arıbaşı, 2. Bası, İstanbul, İletişim Yayınları, 2014, ss.98-102.

¹⁷ Rawls, **A Theory of Justice**, pp.3, 175-178; Fatmagül Berktaş, “Liberalizm; Tek Bir Pozisyona İndirgenmesi Olanaksız Bir İdeoloji,” **19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler**, Der. H. Birsen Örs, 4. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010, ss. 100-101; Larry Arnhart, **Platon'dan Rawls'a Siyasal Düşünce Tarihi**, Çev. Ahmet Kemal Bayram, 5. Bası, Ankara, Adres Yayınları, Ekim 2013, s.310; Brian Barry, **The Liberal Theory of Justice**, Oxford, Oxford University Press, 1973, p.14.

¹⁸ Serge-Christopher Kolm, **Modern Theories Of Justice**, London, The MIT Press, 1996, p.207.

2. Liberalizmin sınıflar arası eşitliği kendiliğinden sağlayamadığı uzun zamandır bilinen bir durumdur. Bugün zengin ve yoksul arasındaki farkın çok büyük bir uçuruma dönüştüğü koşullarda liberalizmin meşruiyeti daha da sorgulanır hale gelmiştir. Bu bağlamda bir adalet sorunu olarak Rawls, kaynakların, zenginliklerin liberal toplumda nasıl dağıtılması gerektiğini ortaya koyar. Liberalizmin sınırlarını yıkmadan, ama gittikçe derinleşen sınıflar arası uçurumu da dikkate alarak hakkaniyet olarak adaleti inşa etmeye çalışır.

Rawls'un özgürlükle eşitliği uzlaştırmaya çalışan "Hakkaniyet olarak Adalet" kuramı hem klasik liberalizmin bireysel haklar anlayışını, hem de sosyalist ve radikal demokratik geleneklerde belirtilen eşitlikçi bir dağıtım idealini kapsar.

B. Hakkaniyet olarak Adaletin İlkelerinin Belirlenmesi

Rawls, adalet kuramını ortaya koymak için prosedürel bir model çizer. Bu modelde ilk olarak toplum sözleşmesine kurgusuna başvurur. Aslında toplum sözleşmesi insanlar bir toplum kuracak olsalardı, hangi adalet ilkelerini tercih ederlerdi sorusuna bir giriş niteliğindedir.¹⁹ Rawls önce ideal bir toplumsal sözleşmenin varlık şartlarını tasvir eder ve bir başlangıç noktası olarak toplumu oluşturan tüm insanların siyasete ve hukuka yön verecek adalet ilkelerini belirten bir toplumsal sözleşme yapmak üzere toplantı yapmalarını kurgular.²⁰

1. Toplum Sözleşmesi

Rawls'un bu kurgusal toplantısı sonucunda varılan adalet ilkeleri ile toplum sözleşmesi kurulmuş olur. Bu toplum sözleşmesi iki bölümden oluşur; birinci bölüm toplum sözleşmesi yapılmadan önceki doğa durumuna benzer nitelikte "başlangıç durumu" ve adalet ilkelerinin seçilmesinin koşullarının açıklanmasını, ikinci bölüm ise insanların üzerinde anlaştığı varsayılan iki adalet ilkesini içerir.²¹

Aslında toplum sözleşmesi kuramları genel olarak varsayımlara dayanır, yani kurgusaldırlar. Bu kuramlara başvurulmasının nedeni iktidarların neyi yapmakla yükümlü olduklarını, yetkilerinin ve sınırlarının neler olduğunu; bunun karşısında yurttaşların neye hakları olduğunu ve neye uymakla

¹⁹ Rawls, **A Theory of Justice**, p.75.

²⁰ Rabia Sağlam, "Liberal Adaletin İki Farklı Görünümü: John Rawls ve Robert Nozick," **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1-2, 2007, s.183.

²¹ Michael J. Sandel, **Liberalism and the Limits of Justice**, Cambridge, Cambridge University Press, p.27.

yükümlü olduklarını belirlemektir; diğer bir ifadeyle toplum sözleşmesiyle devletle yurttaşlar arasında karşılıklı hak ve yükümlülüklerin çerçevesi çizilir. Rawls'un sözleşme kuramı, diğer sözleşme kuramlarından farklı olarak toplumun temel yapısına uygulanacak adalet ilkelerine ulaşmada belirli koşulların gerçekleşmesi için bir vasattır.²² Aşağıda inceleyeceğimiz üzere sözleşme kurgusu ile belirli ahlaki ilkeler önkabul haline getirilir. Böyle bir sözleşmeyle birlikte kurulan adalet ilkeleri, rasyonel kişilerce seçilen ilkeler olarak haklılaştırılabilmenin koşullarına sahip olacaktır.²³

2. Başlangıç Durumu ve Bilgisizlik peçesi

Siyasal toplumun kuruluşunu açıklamak üzere başvuru toplum sözleşmesinden Rawls hakkaniyet olarak adaletin ilkelerine ulaşmak için yararlanır. Bu tutumla hedeflediği "... Locke, Rousseau ve Kant'ta görülen, bildiğimiz toplum sözleşmesi kuramını genelleştiren ve daha yüksek bir soyutlama düzeyine taşıyan bir adalet kavramı sunmaktır."²⁴ Klasik toplum sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşme kuramına bir doğa durumu varsayımı ile başlar. Rawls'da doğa durumundan daha soyut nitelikte bir "başlangıç durumu" tasviri söz konusudur.

Başlangıç durumu, insanların adalet ilkelerini belirlemek üzere toplanmasıyla gerçekleşir. Adalet ilkelerinin belirlenmesi adil bir süreç sonucunda olmalıdır ki, adil olsun. Adil olması için de sözleşmeyi yapanların tarafsız olması gerekir. Sözleşme ve başlangıç durumu, ahlaki aktörlerin tarafsız olmalarının düzenekleridir.²⁵ Tarafsızlık, adalet ilkelerinin güçlü varsayımlardan etkilenmemesinin garanti edilmesi içindir.²⁶ Rawls'un liberal birey görüşü çerçevesinde toplantıya katılanlar eşit, özgür, rasyonel bireylerdir ve ahlaki kişiliklerdir. Tarafsızlığı sağlamak için adalet ilkelerini belirlemek üzere bir araya gelen bireylerin sınırlandırılmasına yönelik *bilgisizlik peçesi* (veil of ignorance) varsayımına başvurulur. Yüzleri bilgisizlik peçesiyle örtülü bireyler kendileri ve çevreleri hakkında birçok bilgidен yoksundurlar.²⁷ Başlangıç durumunda

²² Rawls, **A Theory of Justice**, p.11-13.

²³ Zelyüt-Hünler, **Rawls ve MacIntyre: İki Adalet Arasında**, s.31.

²⁴ Rawls, **A Theory of Justice**, p.10; bkz. Zeynep Özlem Üskül Engin, "John Rawls: Bir Sözleşmecî Adalet Kuramı," **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Ed. Ahmet Haluk Atalay, İstanbul, Teknik Yayıncılık, Aralık 2004, ss.146-147.

²⁵ Will Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, Çev. Ebru Kılıç, 2. Bası, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s.96.

²⁶ Rawls, **A Theory of Justice**, p.129.

²⁷ Berktaç, "Liberalizm; Tek Bir Pozisyona İndirgenmesi Olanaksız Bir İdeoloji," s.102; Rawls, **A Theory of Justice**, p.136.

yüzlerindeki bilgisizlik peçesi nedeniyle bireyler sosyal durumlarını, yeteneklerini, cinsiyetlerini, eğilimlerini ya da onu neyin mutlu ettiğini, arzularını, dinlerini, inançlarını kapsayan kendi iyilerini, hatta toplumlarının ekonomik olarak hangi durumda olduğunu dahi bilemeyecekler.²⁸ Böylece adalet ilkelerini seçenler tarafsız kılınmış olur.

Bilgisizlik peçesi gereği sınırlı bir bilgiye sahip bu kişiler kendi çıkarlarından hareketle diğerleri için de en iyi olabilecek adalet ilkelerini seçerler.²⁹

3. Adalet ilkeleri

İşte bu eşit ve nötr koşullar altında, rasyonel bireyler bir takım adalet ilkelerini bulmaya çalışıp bir toplum sözleşmesi gerçekleştireceklerdir.

Yurttaşlar arasında işbirliğine dayanan iyi düzenlenmiş toplumu sağlamak için toplumun kurumlarına uygulanacak adalet ilkelerini bulmak, bu adalet kuramının asli kaygısıdır. Toplum, karşılıklı ilişkilerin olduğu ve birincil değerlerin toplumsal işbirliğini sağlayacak ve geliştirecek şekilde dağıtılması gereken bir yapıdır. Toplumlar içinde derin eşitsizlikler olabilir. Bu nedenle toplumsal kurumlarda öyle adalet ilkeleri geçerli olmalıdır ki, hakların ve özgürlüklerin, ekonomik fırsatların ve diğer iyilerin dağıtımıyla bu eşitsizlikler giderilsin ve adil bir toplum kurulsun.³⁰

Rawls'un adalet ilkelerini dayandırdığı iki temel tezi vardır: Özgürlükle ilgili tezi ve ekonomik kaynakların dağılımına ilişkin fark ilkesi. Hakkaniyet olarak adalet kuramında adaletin sağlanması için bireysel hakların bütününe saygı duyulması gerektiğini, Rawls baştan koyar. “Adil bir toplumsal sistemin, bireylerin kendi amaçlarını geliştirmeleri gereken bir alanı tanımladığını” belirtirken, aynı zamanda “bu amaçların hakkaniyetli bir biçimde izlenebileceği, tatmin araçları kadar hak ve imkânlardan oluşan bir çerçeve oluşturduğunu” da ileri sürer.³¹

Rawls insanların başlangıç durumunda aşağıdaki iki temel adalet ilkesini benimseyeceklerini düşünür. Bu ilkeler;

²⁸ Schwarzschild, “Constitutional Law and Equality,” p.169; Barry, **The Liberal Theory of Justice**, p.10; Gorowitz, **Çağdaş Siyaset Felsefecileri**, s.272.

²⁹ Kolm, **Modern Theories of Justice**, p.190.

³⁰ Mehmet Kocaoğlu, **John Rawls; Adalet Teorisi ve Temel Kavramları**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2014, ss.65-67.

³¹ Rawls, **A Theory of Justice**, p.31; bkz. Skinner, Quentin: “Adalet, Kamu Yararı ve Özgürlüğün Önceliği Üzerine,” **Liberaller ve Cemaatçiler**, Çev. Sedef Koç, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2006, s.175.

“Birinci ilke: “Herkes, herkes için eşit özgürlük sistemiyle uyumlu olan eşit temel özgürlüklerin en geniş bütünsel sistemine ilişkin eşit hakka sahiptir.

İkinci ilke: Toplumsal ve ekonomik eşitsizlikler,

a) Hem adil tasarruf ilkesiyle uyumlu olarak, en az avantajlı durumda olanların en fazla yararlanacağı;

b) Hem de adil bir fırsat eşitliği koşulu gereği mevki ve görevler herkese açık olacak şekilde düzenlenecektir.”³²

Bu iki ilke arasında belirli bir sıralama mevcuttur. Rawls ilkeler arasında öncelik, sonralık ve ağırlık belirleyecek bir *sıradüzen* (lexical order) olduğunu belirtir. Buna göre önce söylenen, sonrakilere göre önceliğe ve ağırlığa sahiptir. Aşağıda göreceğimiz iki adalet ilkesinden önce söylenen özgürlük ilkesi, ikinci söylenen ekonomik ve toplumsal eşitsizlikleri düzenleyen ilkedен önce gelmektedir. İkinci ilke sosyal veya ekonomik olarak çok çok iyi bir durum yaratsa bile, bu durum birinci ilkeye herhangi bir zarar veriyorsa, birinci ilke önceliklidir, birinci ilke ihlal edilemez.³³

a. Birinci Adalet İlkesi: Eşit Özgürlük

Rawls’un hakkaniyet olarak adalet sisteminde birinci ilke, temel özgürlüklerin eşitliğine ve önceliğine ilişkindir: “Herkes, herkes için eşit özgürlük sistemiyle uyumlu olan eşit temel özgürlüklerin en geniş bütünsel sistemine ilişkin eşit hakka sahiptir.”

Bu ilkenin içerdiği temel özgürlükleri şu şekilde tasnif edebiliriz:

I. Siyasal özgürlük: Eşit özgürlük tarafından tanımlanan siyasal prosedüre uygulandığında eşit katılım hakkı olarak nitelenebilir. Siyasal özgürlük, bütün yurttaşların yasa yapımında eşit katılım ve seçme hakkını gerektirir.³⁴

II. İkinci temel özgürlük hukuk devleti kavramı ile ilişkilidir. Hukuk devleti kavramının içeriği: a) hukuk mümkün olanı kasteder ve ister ilkesi, b) eşit durumdakilere eşit muamele ilkesi, c) yürürlükteki kanunlara göre yargılanmayı gerektiren kanunilik ilkesi, d) yargıçların adil ve tarafsız olması gerektiği ve hiç kimsenin kendi davasının yargıçı olamayacağı gibi ilkelere dayanan doğal hâkim ilkesi. Rawls’un hukuk devleti kavramı diğer

³² Rawls, *A Theory of Justice*, p.302.

³³ Zelyüt-Hünler, *Rawls ve MacIntyre: İki Adalet Arasında*, ss.35-36; Barry, *The Liberal Theory of Justice*, pp.51-52.

³⁴ Barry, *The Liberal Theory of Justice*, p.35.

hukuk devleti kavramsallaştırmalarıyla benzer bir içerik taşımaktadır. Rawls'un söylediği gibi hukuk devleti, “düzenlilik olarak adalet”dir.³⁵

Rawls'a göre, birinci ilkeye dayanan temel bir özgürlük, yalnızca bu özgürlüğün kendisi adına kısıtlanabilir. Bu sınırlandırma, bu veya başka bir özgürlüğü güvenceye almak ve özgürlüklerin sistemini daha iyi şekilde düzenlemek için olabilir.³⁶ Bu özgürlükler tutarlı bir sistem kurmak üzere ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, sistem tüm yurttaşlar için eşit biçimde güvence altına alınmalıdır.³⁷

Rawls'a göre temel özgürlüklerin değeri, yurttaşlar arasında iktidar ve refah konusunda eşitsizlikler olduğu sürece tehdit altında olacaktır. Bu nedenle sosyal ve ekonomik eşitsizlikleri herkesin avantajına olacak şekilde adalet ilkeleri ile düzenlemek ister ve ikinci adalet ilkesi bunu sağlar. Aslında ikinci adalet ilkesi birincinin varlığını korumaya yöneliktir.

b. Adaletin İkinci İlkesi: Fırsat Eşitliği ve Fark İlkesi

“İkinci ilke: Toplumsal ve ekonomik eşitsizlikler,

a) Hem adil tasarruf ilkesiyle uyumlu olarak, en az avantajlı durumda olanların en fazla yararlanacağı;

b) Hem de adil bir fırsat eşitliği koşulu gereği mevki ve görevler herkese açık olacak şekilde düzenlenecektir.”³⁸

Bu ilkeyle Rawls, dünyada herkese yetecek kadar kaynak olmadığı liberal iddiasıyla ortaya çıkan paylaşım sorununa çözüm bulmak istemiştir. Bu ilke, dağıtıcı adaletle ilgilidir, gelirlerin ve zenginliğin dağılımı ile değişik sorumluluk ve yetkileri kullanan örgütlerin kadrolarının dağılımını düzenleyen bir ölçüttür ve birinci ilkeyle beraber uygulandığında yararcılığın yerine alternatif olarak getirilen bir ilke olma özelliği taşır.³⁹

1) Fırsat Eşitliği İlkesi

Fırsat eşitliği Rawls'a göre insanlar arasında eşitsizlikleri gidermek için önemli bir araçtır, ama yeterli değildir.⁴⁰ Başlangıç durumunda belli olmayan şeyler arasında içinde doğulan aile veya birlikte doğulacak

³⁵ Barry, *The Liberal Theory of Justice*, p.35.

³⁶ Engin, “John Rawls: Bir Sözleşmecî Adalet Kuramı,” s.152.

³⁷ John Rawls, “Temel Özgürlükler ve Öncelikleri,” *Liberalizm ve Cemaatçiler*, Çev. Başak Demir, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2006, s.148.

³⁸ Rawls, *A Theory of Justice*, p.302.

³⁹ Engin, “John Rawls: Bir Sözleşmecî Adalet Kuramı,” ss.152-153.

⁴⁰ Michael J.Sandel, *Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?*, Çev. Mehmet Kocaoğlu, 2. Bası, İstanbul, BigBang Yayınları, Kasım 2013, s.183.

yetenekler de vardır. İnsanlar bunları seçemez, bunlarla birlikte doğarlar, dolayısıyla ne ailelerinin zenginliklerini, ne de yeteneklerini hak etmiş değildirlir. Bu yüzden “adil” bir toplumun bu hak edilmemiş avantajlardan doğan eşitsizlikleri de gidermesi gerekir. Herkese kendinde olan kapasiteyi mümkün olacak en iyi şekilde değerlendirebilmesini sağlayacak bir eğitim ve kendini geliştirme imkânının verilmesi bu anlamda adaletin bir gereğidir.⁴¹

Rawls, insanların arka planını göz önüne almayan “fırsat eşitliği” kavramının eksik ve istikrarsız olarak görür.⁴² Bu nedenle içinde doğduğu koşullar ve doğal yetenekleri nedeniyle hayatta başarı sağlayanlar, başarılarının tüm ödülleri almamalı ve kazandıklarını kendilerinden daha az talihli olanlarla paylaşmalıdırlar. Dağıtım, vergilendirme veya başka bir takım yollar aracılığıyla zenginlerden, en az avantajlılara doğru yapılmalıdır.⁴³

2) Fark İlkesi

Rawls’a göre adil bir toplum fırsat eşitliği sağladığı gibi fırsat eşitliğinin kullanımına ulaşmada da insanlara eşit bir zemin sağlamalıdır. Adil işbirliğine dayalı bir toplumda insanların hakkaniyetli bir muamele görmesi için bazı önlemler alınması gerekir. Bunun için de doğal ve toplumsal farklılıklardan doğan eşitsizlikler telafi edilmelidir. Telafi mekanizması insanların sahip oldukları farklılıkları ortadan kaldırmak şeklinde değil, bu farklılıkları en dezavantajlı lehine işleterek gerçekleşir.

Rawls’un adalet kuramında eşitsizliklerin telafisi herkesin mutlak olarak eşit olması anlamına gelmez. Bazı eşitsizlikler meşru olabilir, fakat bu durum ancak ve ancak söz konusu eşitsizlik toplumdaki *en az avantajlı kişilerin lehine* bir sonuç veriyorsa geçerlidir. Bir toplumda eşitsizliklerin kabul edilebilmesi, en az avantajlı lehine yarar sağlaması önkoşuluna bağlanmış olur. Örneğin bir doktorun çok yüksek maaş alması, ancak toplumun en kötü durumda olan üyesini mutlak eşitlik durumunda

⁴¹ Ecer, “Siyaset Felsefesinde Bir Restorasyon ...,” (Çevrimiçi).

⁴² Rawls, **A Theory of Justice**, pp.74-75, 101-104.

⁴³ Rawls, **A Theory of Justice**, pp.277-278. Rawls’un öngördüğü yeniden dağıtımın gerçek hayatta uygulanabilirliği konusunda sorunlar oldukça fazladır. Bir toplumda yoksullar özellikle belirli topluluklarda çok daha fazladır. Örneğin Rawls’un kuramını oluştururken düşündüğü ABD’deki siyahların büyük bir kısmı yoksulluk içindedir ve beyazların siyahlara vergiler yoluyla aktarım yapmak konusunda çok da istekli olmadıkları söylenebilir ya da göçmenler de göç ettikleri ülkelerin halkı tarafından güçlü bir destek görmemektedir. Yani ikinci adalet ilkesinin uygulanması için zenginlerin yoksullara aktarım yapması oldukça zor görünmektedir. Kolm, **Modern Theories Of Justice**, pp.207.

olacağından daha iyi duruma getirirse meşru kabul edilebilir. Her katılımcı, akılcı bir şekilde kendi çıkarını arttırmaya yöneleceğinden, eşitsizliklerin herkesin lehine işlediği bir durumu herkesin mutlak eşit olduğu, fakat toplumsal paydan daha az aldığı duruma tercih edecektir. Mesela mutlak eşitlik durumunda herkesin 10 birim gelir alacağını düşünelim. Eğer eşitsizliklere izin verdiğimizde bazı insanlar bazı yöntemlerle 10 birimin üzerine çıkıyor ve başka bazı insanlar bu yüzden 10 birimin altına düşüyorsa bu gayri adildir. Fakat ikinci dağılımda bazıları 40, bazıları ise 20 birim gelir elde ediyorsa ve herkes bu dağılımdan mutlak eşitliktekenden daha kötü bir duruma düşmüyorsa, başlangıç durumunda katılımcılar ikinci dağılımı tercih edeceklerdir. Bu dağılım aynı zamanda meşru ve adildir. Çünkü bilgisizlik peçesi kalktıktan sonra katılımcılar daha az pay almış olsalar bile, mutlak eşitlik durumuna oranla lehlerine bir durum söz konusu olduğunu bileceklerdir.⁴⁴ Rasyonel herhangi bir kişinin birinci dağıtım yolunu seçmesi için bir neden yoktur ve bu da fark ilkesini doğrular niteliktedir.⁴⁵

Rawls, gelir ve refahın, tüm kaynakların toplumdaki herkese eşit biçimde dağıtılması gerekmediğini, rasyonel bireyin de bunu istemeyeceğini düşünmektedir. Ona göre adaletsizlik, katlanılamayacak ölçüdeki eşitsizliklerdir. Katlanılabilecek eşitsizlikler ise adaletsizlik yaratmazlar. Rasyonel bireyler, katlanılabilecek eşitsizliklere itiraz etmezler.⁴⁶

Bu “en az avantajlılar” kimdir diye baktığımızda Rawls’un, en az avantajlılar kavramını tekil bireyler için değil, en az avantajlı sınıfı işaret etmek için kullandığını görürüz. İkincisi bu sınıf zenginlik ve gelir durumuna göre belirlenir. Rawls’un kuramında “en az avantajlılar” şeklinde ifade ettiği sınıfla, uygulamada “sadece ve sadece en düşük gelir sınıfının tipik temsilcileri kastedilir.”⁴⁷ Dağıtım yapılırken bu sınıf dikkate alınacaktır.

4. Adalet İlkelerinin Uygulanması

İdealize edilmiş prosedürler adalet kuramının temel unsurlarından biridir. Bu prosedürler, art arda gelen dört basamaktan oluşur: Birinci basamakta adalet ilkeleri seçilir, sonraki basamaklar ise adalet ilkelerinin anayasa, yasama ve bireysel durumlara uygulanmasıdır. Böylece toplumdaki genel

⁴⁴ Ecer, “Siyaset Felsefesinde Bir Restorasyon ...,” (Çevrimiçi).

⁴⁵ Sağlam, “Liberal Adaletin İki Farklı Görünümü ...,” s.186.

⁴⁶ Sevtap Metin, <http://istanbulhfs.blogspot.com>.

⁴⁷ Schmidt, **Adaletin Unsurları**, s.247.

olgular çerçevesinde kanunların ve politikaların nasıl uygulanacağı konusunda daha belirgin bir düşünce ortaya çıkmış olur.⁴⁸

İlk basamak olan adalet ilkelerinin belirlenmesinden sonra, bu ilkelerin ideal olmayan şartlarda yani diğer bir ifadeyle gerçek durumda başarılı olup olmayacağı araştırılması gerekir. Rawls düşünümsel denge yöntemini de kullanarak daha önce tartıştığı başlangıç durumu, bilgisizlik peçesi vb. kavramlaştırmalarına tekraren dönerek, adalet ilkelerinin uygulamasının nasıl gerçekleşeceğine bakar. Fakat bu aşamada adalet ilkeleri belirli, prosedür belirsizdir ve bu yüzden “eksik prosedürel adalet” izlenecektir.⁴⁹ İkinci aşama tarafların bir anayasa yapmaya yönelmesi aşamasıdır. Seçilmiş adalet ilkelerine göre politik formların adaletine karar verirler. Üçüncü aşamada yasa koymak artık mümkün hale gelmiştir. Bu aşamada “Yasaların ve politikaların adaleti değerlendirilir.” Rawls’a göre yasama sürecinin ideal prosedürü uzlaşma değildir, daha çok karşıt görüşlerin çatıştığı ve amaçlarına ulaşmaya çalıştığı bir pazarlıktır. Yasama tartışması, çıkarlar arasında bir yarışma değildir, fakat adaletin ilkelerinde tanımlanmış en iyi politikayı bulma girişimidir. Dördüncü aşama ise yargı aşamasıdır. Kurallar yargıçlar ve idareciler tarafından tikel durumlara uygulanır.⁵⁰ Böylece adaletin ilkeleri toplumun kurumlarında uygulanır hale gelir.

C. Rawls’un Dağıtıcı Adalet Modeline Eleştiriler

Rawls’un ileri sürdüğü dağıtıcı olarak nitelendirebileceğimiz adalet modeli, başlangıç durumu, bilgisizlik peçesi gibi bir çok prosedür içermektedir. Bu prosedürlerin uygulanması ile adil bir süreç sonucunda ulaşılan adalet ilkelerinin uygulanması Rawls açısından adaletin gerçekleşmesi anlamına gelmektedir. Ama Rawls’un ileri sürdüğü bu model kurguda işe yarıyor görünse de, hem teorik, hem pratik açıdan eleştirilmiştir.

Rawls’un dağıtıcı adalet modeline yapılan eleştiriler bazen modelin bütününe, bazen de adaletin ortaya çıkışında önem arz eden prosedürlere yöneliktir. Modelde yer alan başlangıç durumu, bilgisizlik peçesi, sözleşme tezi, adalet ilkelerine ulaşmanın adil bir yolu olarak tasarlanmıştır. İnsanların başlangıç durumunda bilgisizlik peçesinin ardında en adaletli ilkeleri seçeceği tezine karşılık ileri sürülen eleştiri, ortaya çıkan ilkelerin, sadece başlangıç durumunda olanlar için en adil olduğudur. Çünkü seçimi

⁴⁸ Rawls, *A Theory of Justice*, p.359.

⁴⁹ Zelyüt-Hünler, *Rawls ve MacIntyre: İki Adalet Arasında*, s.57.

⁵⁰ Rawls, *A Theory of Justice*, p.357.

yapan taraflar kendileri için en kötüye göre düşünmektedirler. Gerçek hayatta bu durum adaletsizlik yaratabilir.⁵¹ Herkes için en kötü farklıdır.

Ahlaki eşitlik düşüncesinin düzeneği olan bilgisizlik peçesi kavramı, diğer insanları sadece bizim iyiliğimizin bir parçası olarak görmemizi sağlamaz, aynı zamanda kişinin kendi içinde de önemli olduğu düşüncesini destekler. Ama yine de başkalarının iyiliği, yalnızca bizim iyiliğimizin bir parçası olduğu bakış açısına dayanır. Kant'ın kategorik buyruğu olan insanın tek başına bir amaç olduğu düşüncesi, “toplumda yaşayan çeşitli bireylerin yalnızca çok farklı olasılıklar olduğunu düşünen tek bir akılcı bireyin çıkarlarına yarayacak bir tercih yapma” düşüncesiyle gölgelenir. Rawls, başlangıç durumundaki insanların değerlendirme yaparken, diğer insanların yaşamlarını sadece kendi çıkarını gözeten bir tercihle belirlemenin sonuçlarını hafifletmeye çalışmıştır. “Ancak sözleşme düşüncesi, bu bakış açısını destekler ve eşit derecede ilginin gerçek anlamını gölgeler.”⁵²

Ayrıca bilgisizlik peçesi ardında bulunan insanlar ne yapmaktan hoşlandıklarını, neyin onlar için önemli olduğunu veya kısaca ne istediklerini bilmemektedirler. Bu insanlardan toplumda birlikte yaşayabilmeleri için adalet ilkelerini belirlemeleri istenmektedir. Barry'ye göre bu durumda insanlar hangi ilkede anlaşılırlarsa anlaşsınlar, isteklerini tatmin etmeye çalışacaklardır; ideale dayalı ilkelerden daha çok isteklere dayalı ilkeleri yöneleceklerdir. Fakat Rawls kendi kuramının isteklere ilişkin olmadığını belirtir. Barry bunun doğru olmadığını düşünmektedir, çünkü Rawls, isteklere ilişkin (daha açık bir ifadeyle yararlı) kuramın uygulamaları hakkındaki yanlışlara dayanarak, kendi görüşünü oluşturmuştur.⁵³

Faydacılık yaklaşımını değerlendirirken Rawls, faydacıların yardımseverlik duygusu üzerine vurgu yaptıklarını belirtir ve sempati ile yardımseverliğin etkili bir şekilde yerleşmediği yerde, onların adalet görüşünün istikrarsızlık getireceğini ileri sürer. Barry, faydacıların yardımseverlik üzerine yaptığı vurgunun Rawls tarafından adalet duygusuna yapılan vurguya çok benzediğini belirtir. Faydacıların yardımseverlik için, yardımseverliğin yerleştiği ve bunun minimum zorlama ile gerçekleşmesi gerektiği yönündeki koşulu, Rawls'un adalet duygusunun gerçekleşmesi için öne sürdüğü, en az zorlama ile adaletin gereklerinin uygulanması ve

⁵¹ Kolm, *Modern Theories Of Justice*, p.191.

⁵² Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, s.97.

⁵³ Barry, *The Liberal Theory of Justice*, pp.20-23.

toplumca bu adaletin gerekliliklerinin kabul edilmiş olması aslında paralellik içerir. Barry'nin yorumu şudur: "Rawls'un kuramı –Bentham'ın kuramında olduğu gibi- ideale ilişkin bir kuramdır".⁵⁴

Bir diğer eleştiri başlangıç durumuyla ilgilidir. Başlangıç durumunun ve bilgisizlik peçesinin gerçekten mevcut istek ve arzulardan bağımsızlaşmayı sağlayıp sağlamayacağı itirazın konusudur. İyinin sınırlı kuramından bildiğimiz birincil iyilere göre, rasyonel bir insanın karar vereceği gibi karar vererek, adaletin ilkelerine ulaşıldığında, aslında birincil iyilerin herkes için geçerli olduğu fikrinden hareket edilmiş olur. Derinine indiğimizde bu sınırlı birincil iyiler kuramının, Batı liberal burjuva hayat planlarının bir ürünü gibi görünmektedir.⁵⁵ Rawls'un kuramında bize bütün insanlar için birincil iyiler olarak sunulanlar aslında liberal burjuva iyilerdir. Bu bağlamda başlangıç durumunda bağımsız bir rasyonel tercihten bahsetmek de söz konusu değildir.

Ayrıca başlangıç durumunda mümkün olan en büyük miktarda birincil iyilerin dağıtımı hedeflenir, çünkü her bir kişi birincil iyileri elde etme beklentisini en yükseğe çıkarmayı isteyecektir.⁵⁶ Barry, burda mantıksal bir boşluk olduğunu örnekle göstermeye çalışır: Diğer herşey eşit kalmak üzere, herkes için araba istemek, istememekten daha rasyoneldir. Bunun anlamı tabii ki herkesin araba sahibi olması rasyonel bir şeydir, demek değildir. Ama bir iyilik perisi sizin bütün ödemelerinizi yapmayı teklif ederse, bunu kabul etmek rasyoneldir. Bir kişi, kendisi için bir araba istediğinde, bunun anlamı herkes için araba istediği midir? Aslında bireysel çıkarını önemseyen herkes park sorunu, trafik sıkışıklığı, tehlike vb. nedenlerle araba istemeyebilir. Buradaki çatışma aslında bireysel iyiler ve kolektif iyiler arasındaki çatışmadan ileri gelmektedir. Rawls'un görüşünden yola çıktığımızda, eğer bir şey bireysel iyi ise, bu şey kendiliğinden kolektif bir iyidir, anlamına gelmektedir.⁵⁷

Barry'nin bir başka eleştirisi, Rawls'un herkesin faydasına gibi görünen adalet ilkelerinin çeşitli faktörlerle birlikte ele alındığında, başka adalet değerleriyle çatıştığı durumların ortaya çıkabileceği yönündedir: Başlangıç durumunda biri siyah biri beyaz olmak üzere iki kişi düşünün ve bu kişiler yetenek ve eğitim açısından aynı niteliklere sahip olsunlar. Bu kişilere ayrıca iki toplumdan birini seçmeleri gerektiğini söyleyin. Birinci toplumda her ikiside bir haftada aynı işi yaparak 4 dolar kazanıyor. İkinci toplumda

⁵⁴ Barry, *The Liberal Theory of Justice*, p.24.

⁵⁵ Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, p.27.

⁵⁶ Barry, *The Liberal Theory of Justice*, p.116.

⁵⁷ Barry, *The Liberal Theory of Justice*, pp.117-119.

ise beyaz kişi haftada 40 dolar, siyah kişi ise 5 dolar kazanıyor. Yani koşul beyaz ya da siyah olsun birinci toplumdaki daha fazlasını kazanıyorlar. Rawls'un modelinde herkesin faydasının kendi çıkarıyla ilgili olduğuna dair önermesine göre rasyonel olan kişilerin ikinci toplumu seçmesi söz konusu olacaktır. Fakat yan yana aynı işi yapan iki kişinin renklerinden dolayı farklı ücret alması doğal olarak adaletsizdir.⁵⁸

Rawls'un öne sürdüğü, aslında liberalizmin klasik ilkesi olan fırsat eşitliği konusunda da farklı görüşler vardır: Bazıları eğitimde ve istihdamda ayırım gözetilmemesinin, bazıları ise ekonomik ve kültürel alanda en az avantajlı olanların, dezavantajlarının kaldırılmasının gerçek bir fırsat eşitliği olduğunu söylemektedirler. Kymlicka'ya göre fırsat eşitliğine dayalı eşitsizlikler ancak hak edilmişse, kazanılmışsa meşru ve adil görünürler. Bireylerin hak etmedikleri ve keyfi uygulamalarla elde ettikleri eşitsizlikler adaletsiz olarak değerlendirilir.⁵⁹

Rawls, adaletin hak etmeye dayandırılmayacağını ileri sürer. Buna göre kişiler bazı ödülleri hak ettiklerini ileri sürdüklerinde, Rawls'a göre hak edildiği iddia edilen şey, nihai olarak hak edilmemiş bir özelliğe dayanmaktadır. Örneğin birileri zeki ve çalışkan olduğu için hukuk fakültesine kabul edilmeyi hak ettiğini iddia ettiğinde, zekânın ve çalışkanlığın hak edilip edilmediği sorusu ortaya çıkar. Kişinin genetik donanımı ve/veya sosyal koşulları eşitsizliğin kaynağı olarak görülebilir. Bu çerçevede hiç kimsenin hukuk fakültesine gitmeyi hak etmediği gibi bir sonuca ulaşabiliriz. Ya da eşitliği desteklemek için örneğin siyahi öğrenci kotası oluşturur, daha düşük puan almış olsalar da bu öğrencileri fakülteye kabul ederiz. Fakat bu durumda da beyazlar, kendi liyakatleri açısından haklarının çiğnendiğini ileri sürebilirler. Aslında siyahi adayı kabul edip, beyaz adayı reddettiğimizde siyahi adayın hak ettiğini ileri süremeyiz. Her ikisi de hak etmemektedir. "Burada tek adil standart, toplumun, eşitliği beslemede hangi kabul ölçütlerinin en muhtemel olduğuyla ilgili yargısıdır."⁶⁰ Rawls'ın adalet, ahlaki kişiler olarak tüm insanların insanlık onurundan dolayı eşit saygıyı hak ettiği iddiasına dayanır. Bu durumda bir hamamböceği olarak değil, bir insan olarak doğmak hak edilmemiş bir durumdur. Diğer yandan ise insan, insan türünün üyesi olduğu için saygı

⁵⁸ Barry, *The Liberal Theory of Justice*, pp.16-17.

⁵⁹ Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, ss.80-81.

⁶⁰ Arnhart, *Platon'dan Rawls'a Siyasi Düşünce Tarihi*, s.315.

duyulmayı hak ediyorsa, yine doğanın ona verdiği yetenekler ve bunun kazanımlarına da saygı duymak gerekmez mi? ⁶¹

Bu bağlamda Kymlicka da, Rawls'un fırsat eşitliği ilkesine yönelik şu eleştirileri sıralar:

1. Toplumsal eşitsizlikler hak edilmemiştir, giderilmeleri gerekir. Ama doğal eşitsizlikler fırsat eşitliğine bağlı olarak dağılımı etkileyebilirler. Doğal ve toplumsal eşitsizlikler eşit şekilde hak edilmemiştir; bu nedenle fırsat eşitliği "istikrarsız" bir görüştür.
2. Bu istikrarsızlığa rağmen Rawls, toplumsal eşitsizliklerin giderilmesi gerektiğini söyler; doğal eşitsizlikleri bu noktada görmezden gelerek, kendi tezini de dengesiz hale getirir.
3. Kymlicka, yukarıda iki görüşünde Rawls'un kuramının dengesiz olduğunu ve dağıtıcı adaletin gerçekleşmesi için hem toplumsal, hem de doğal eşitsizliklerin giderilmesi gerektiğini belirtir. Nasıl Rawls'a göre en az avantajlı sınıfta doğan kişinin, toplumsal dezavantajlarının giderilmesi gerekiyorsa, aynı şekilde engelli insanların ayrımcılığa uğramamayı ve aynı zamanda dezavantajların giderilmesini (tıbbi destek, ulaşım kolaylığı, vb.) istemeye hakları olmalıdır. ⁶²

Barry ise Rawls'un ileri sürdüğü adil fırsat eşitliğinin, tek başına içi boş bir ilke olduğunu ileri sürer. Çünkü zaten bir mevkiye başvuruda liberal toplumlarda herhangi bir engel yoktur. Asıl tartışılması gereken arkaplanla ilgilidir; iyi bir eğitim, yabancı dil öğrenmeyi sağlama vs. nitelikler ailelerin hazırladıkları koşullardır. Bu yüzden adil fırsat eşitliğinin adalet ilkeleri arasında sayılmış olması, iyilerin dağıtımını açısından tek başına önemli değildir. Arkaplan ise ağırlıklı olarak maddi gelirle ilgilidir. Endüstrileşmiş toplum olsa bile yoksulluk etkili bir şekilde yerinde durmaktadır. Yoksulluğun başlıca nedenleri çocuk sahibi olmak, hasta olmak, uzun süre işsiz kalmak, yaşlı veya sakat olmak olarak düşünülmektedir. Rawls'un en kötü durumdaki temsili kişinin durumunun dikkate alındığı görüşü açısı, bu sorunlara çözüm getirecek durumda değildir. Çünkü refah artışı olsa bile, bu tür durumlar için devletin özel bir çaba göstermesi gerekmektedir. ⁶³ Bazı

⁶¹ Arnhart, **Platon'dan Rawls'a Siyasi Düşünce Tarihi**, s.315; Coşkun Can Aktan, İstiklal Yaşar Vural, "Başlıca Fonksiyonel Gelir Dağılımı Teorileri ve Bölüşüm Adaleti," **Yoksullukla Mücadele Stratejileri**, Ankara, Hak-İş Konfederasyonu Yayınları, 2002, <http://www.canaktan.org/ekonomi/yoksulluk/birinci-bol/aktan-vural-bolusum-adaleti.pdf> 09/07/2015.

⁶² Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s.101.

⁶³ Barry, **The Liberal Theory of Justice**, pp.50-51.

sorunların üstesinden bireysel refah artışıyla gelinemez, toplumsal düzeyde ele alınması ve çözümlenmesi gerekir ve bu tip sorunlarda devletin örgütlü gücüne ihtiyaç vardır.

Rawls'un temel tezlerinden biri, tercihler ve koşullar arasındaki ayrımla ilgilidir. Fırsat eşitliği konusunda genel kabul gören yaklaşıma karşı geliştirdiği tezi, ağırlıklı olarak bu görüşün hak edilmemiş doğal yeteneklerimize çok fazla alan tanıdığı savına dayanır. Ancak Rawls fark ilkesi bağlamında doğal eşitsizliklerin etkisine çok fazla alan açarken, tercihlerimizin etkisine çok az yer vermektedir.⁶⁴

Rawls'un kuramında insanların tercihlerine nasıl duyarlılık gösterilmektedir? Örneğin; Aynı toplumsal koşulları paylaşan, benzer yeteneklere sahip iki kişiden yola çıkalım. Birincisi tenis oynamak istiyor ve tenis kortu alıp, istediği gibi bir hayatı sürmesine yetecek büyüklükte bir çiftlikte çalışıyor. Diğer kişi hemen hemen kortla aynı büyüklükte bir bahçe alıyor ve yoğun bir çalışma yaparak kısa sürede iyi ürün elde ediyor. Başlangıçta ikisi de eşit koşullarda olmalarına rağmen, kısa sürede çiftçi gelirini arttırıyor. Tenisçi ise sadece tenis oynamasını devam ettirecek bir gelir elde edebiliyor. Fark ilkesine göre bu eşitsizliğe, ancak en kötü durumda olanın yararlanması koşuluyla izin verilecektir. Tenis oyuncusunun bu gelirden faydalanması, hükümetin geliri eşitlemek için bir kısmını tenisçiye aktarması gerekir.⁶⁵ Bu iki kişiyi eşitlemek için vergiye başvurulması sezgisel olarak yanlış görünmektedir. Çünkü başlangıç koşulları aynı olmasına rağmen, farklı tercihlerde bulunmuşlar ve istediklerini yapmışlardır. Çiftçi çok çalışarak daha fazla kazanmaya çalışmış, tenisçi ise daha az çalışarak ve tenis oynayarak yaşamayı tercih etmiştir. Tercihlerin özgür koşullarda yapıldığını kabul edersek, çiftçinin yaşama biçimini ve gelirini, tenisçinin lehine cezalandırmış oluruz.

“Fark ilkesi bir dezavantajı ortadan kaldırmak yerine yalnızca çiftçinin, tenisçinin pahalı dinlence zevkini desteklemesini sağlar. Çiftçi tercihlerinin bedelini ödemek zorundadır; örneğin daha fazla gelir elde etmek için dinlenceden vazgeçer. Tenisçiyse tercihlerinin bedelini ödemek zorunda değildir; daha fazla gelir için dinlence/eğlenceden vazgeçmez. Tenisçi, çiftçinin kendi (yani tenisçinin) tercihlerinin bedelini ödemesini, ayrıca tercihini de desteklemesini bekler. Rawls'un kuramı da bunu gerektirir. Bu eşitliği desteklemez, baltalar. O (tenisçi) tercih ettiği yaşam biçimiyle (eğlenceli tenis) birlikte çiftçinin vergilerinden akan bir geliri de alır. Çiftçi

⁶⁴ Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s.98.

⁶⁵ Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, ss.102-103.

ise tercih ettiği yaşama biçimine (gelir getiren tarım) kavuşurken kendisinden vergi olarak kesilen geliri kaybeder. Tenişçinin, değerli bulduğuna daha fazla sahip olabilmesi için çiftçinin, hayatını değerli kılanın bir bölümünden vazgeçmesi gerekmektedir. Bu anlamda hiçbir meşru gerekçe gösterilmeksizin, eşitsiz bir işleme tabi tutulmuşlardır.”⁶⁶

Gelir düzeyindeki eşitsizlikler, koşulların değil de, tercihlerin sonucu ortaya çıktığında, fark ilkesinin uygulanması, eşitsizlik yaratmaktadır. İnsanlara eşit ilgi, tercihlerinin sonuçlarına insanların kendilerinin katlanmasını gerektirir. Dworkin’in dağılım şeması olan, “yeteneklere duyarsız”, fakat “tercihlere duyarlı” yaklaşım, yukarıdaki örneğe daha adil bir çözüm sunmaktadır.⁶⁷

Aslında Rawls’un kendisi de tercihlerimizden sorumlu olduğumuzu vurgular. Adaletle ilişkin değerlendirmesinin refahın değil, birincil değerlerin dağılımını temel almasının nedeni de budur. Rawls, pahalı zevkleri olanların, ılımlı zevkleri olanlarca desteklenmesi gerektiği sonucuna varılamayacağını belirtir, “çünkü kendi amaçlarımızın sorumluluğunu üstlenme kapasitesine sahip olduğumuzu” söyler. Ayrıca pahalı zevkleri olanların zamanla zevklerini gelir seviyelerine göre değiştirdiklerini, şimdi de başka pahalı zevkleri olanları destekleyerek ellerindeki gelirin azaltılamayacağını düşünmektedir. Rawls’un adalet kavramına göre, kavramı bireyin kendi sorumluluk alanındaki tercihlerinin sonuçlarından kaynaklanan eşitsizlikleri desteklemek gerekmemektedir, insanın hayattaki şansını etkileyen eşitsizlikler düzeltilmelidir.⁶⁸ Fakat bütün bunlara rağmen fark ilkesi, tercihlerin sonucu olan eşitsizliklerle, seçilmemiş eşitsizlikler arasında ayırım yapmamaktadır. Bu nedenle fark ilkesi sadece, doğal ve toplumsal dezavantajları ortadan kaldırmaz, aynı zamanda kişisel tercih ve çabaların yarattığı eşitsizliklere de müdahale eder.⁶⁹

Sandel de fark ilkesini başka bir açıdan eleştirmiştir. Ona göre fark ilkesi yararcılığa benzemektedir. Başlangıç durumunda bilgisizlik peçesi altında kendisine dair birçok bilgidен yoksun olan kişi “yükümsüz ben”dir. Yükümsüz ben fiziki yapısından ve hoş davranışlarından doğan avantajları hak ettiğini ileri süremez, çünkü bunlar sadece rastlantısal öğelerdir ve bir kişinin kimliğinin temel öğeleri değildirler. Yükümsüz ben bu özellikleri hak etmemiştir. Yine de Rawls’un kuramında bireyin sahip olduğu

⁶⁶ Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, ss.103-104.

⁶⁷ Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s.104.

⁶⁸ Rawls, **A Theory of Justice**, pp.7, 96.

⁶⁹ Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s.105.

avantajların rastlantısal ve bu avantajların kişiye ait olduğu önkabulü vardır. Bu önkabul rastlantısal olan bu avantajların meyvelerinin toplumca paylaşılması gerektiği ve topluluğun bunları talep edebileceği bir önceki savın devamıdır. Sandel bunu “doğal” bulmaz. Kişinin olumsal bir şekilde sahip olduğu avantajlar, toplum lehine, kişinin aleyhine sınırlandırılmaktadır. Sandel, Barry ile aynı sonuca ulaşır: Fark ilkesi aslında “faydacılık gibi bir paylaşım ilkesidir.”⁷⁰

Benzer bağlamda Arnhart, Rawls’u Kant’ın ifade ettiği “insanın bir araç değil, amaç olduğu” ilkesine dayanarak eleştirir. Fark ilkesi ile kişiler ahlaki kapasitesi ve doğal yetenekleri nedeniyle diğerlerinin yararına sömürülmesi gereken “ortak varlık” olarak değerlendirilmekte, kişi diğerleri için araç haline getirilmektedir.⁷¹

Cohen, fark ilkesini başka bir açıdan değerlendirir. Rawls’un düşüncesine göre bu ilke, maddi teşviklerin bir araç olarak merkezde durduğu eşitsizlikleri haklılaştıran bir argümandır. Buna göre, yetenekli insanlar daha fazla üretip, yüksek gelir elde edecekler ve bu gelirin bir kısmını da en kötü durumda olanlara aktaracaklardır. Bu noktadan bakıldığında eşitsizlikler, en kötü durumdakilerin durumunu düzeltmek için bir zorunluluktur. Cohen, bütün eşitsizlikler insanların ortak iradesiyle kaldırıldığında, ortaya çıkan eşitliğin herkesi kötü duruma getireceği sonucuna mı ulaşacağız şeklinde haklı bir soru sorar. Bu eleştirinin devamında Cohen, adalet için bir ethosa ihtiyaç olduğunu, sadece kurallar ve düzenlemelerin bunu sağlamaya yetmeyeceğini belirtir.⁷² Çünkü Rawls’un sisteminde, daha çok kazananların kazançlarının sürekliliğinin sağlanması desteklenmektedir. Kısacası liberal ekonomik sistem, daha “yeteneklilerin” daha fazla ücret istediği ve bu nedenle eşitliğe ulaşmak gibi bir amacın güdülmediği bir yaklaşımdır.

Benzer noktadan bir eleştiri Schwarzschild tarafından yapılır. Ona göre entelektüeller, dindarlar gibi bazı kesimler kendi iyilerini takip etmek konusunda ısrarcıdırlar. Bunun dışında kalan çoğunluk ise ekonomik başarı, ailesini daha iyi yaşatmak gibi şeyler ister. Ama Rawls’un fark ilkesi ekonomik anlamda insanları sınırlamaktadır. Bu noktada yetenekli, şanslı veya hırslı insanlar, bu sınırlamalara itiraz edeceklerdir.⁷³

⁷⁰ Michael J.Sandel, “Usuli Cumhuriyet ve Yükümsüz Ben,” **Liberaller ve Cemaatçiler**, Çev. Eylem Özkaya, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2006, s.218.

⁷¹ Arnhart, **Platon’dan Rawls’a Siyasi Düşünce Tarihi**, ss.315-316.

⁷² G. A. Cohen, **If You’re an Egalitarian, How Come You’re So Rich?**, 4.th Printing, Massachusetts, Harvard University Press, 2002, pp.124-133.

⁷³ Schwarzschild, “Constitutional Law and Equality,” pp.169-170.

Sosyalist yorumculardan Rawls'a yönelik en temel eleştirilerden biri, fark ilkesi çerçevesinde büyük eşitsizliklerin onaylanmasıdır. Kai Nielsen'e göre Rawls'un düşüncesi, en avantajlı olanları artıran eşitsizlikleri haklılaştırarak toplumun en alt kesiminde bulunanların eşit yurttaşlık ve eşit fırsat edinme haklarını reddetmeye varır. Böylece maddi yaşam standardında yükselme sağlandıkça iktisadi, sosyal ve siyasal eşitsizlikler görmezden gelinecektir.⁷⁴

Rawls'un adalet modeline yönelik eleştiriler yukarıda aktardıklarımızla sınırlı değildir. *A Theory of Justice* yayınlandığından itibaren o kadar çok eleştiri almıştır ki, Rawls bile kendi modelini savunmaktan vazgeçmiştir. Rawls'un adaletle ilgili görüşlerinin hala yoğun bir şekilde tartışılıyor olması, bugün yaşadığımız dünyada eşitsizliklerin korkunç bir hal almasından kaynaklanmaktadır.

III. RONALD DWORKIN VE KAYNAKLARIN EŞİTLİĞİ KURAMI

A. Genel Giriş: Dworkin'in Adalet Arayışında Doğal Hukuk

Ronald Dworkin (1931-2013) çağımızın en önde gelen hukuk felsefecisi olarak görülür. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise "liberal anayasacılığın felsefi savunucusu" olarak kabul edilmektedir. Hatta son 35 yıldır ABD'de Yüksek Mahkeme'nin kararları üzerinde yorumlarının çok büyük etkisi olduğu ve liberal kamu düşüncesine eşitlik ve özgürlük görüşleriyle rehberlik ettiği belirtilir.⁷⁵

Dworkin, çalışmalarında, liberal anlayışla sınırlı ve hak temelli bir hukuk kuramı çerçevesinde hukukun egemen olduğu bir dünya hayal etmektedir. Hayal ettiği hukuk bir düzenden daha çok sorunların adaletli bir şekilde çözülebileceği, halkların sorunlarını çözerken kendi kültürleri içinden temel kavramlarda uzlaşabilecekleri ve tek doğru cevaba ulaşabilecekleri bir hukuktur.⁷⁶

Dworkin'e göre neyin adil olup olmadığı kararına, mevcut problemler yorumlanarak ulaşılabilir; yani adalet yorum yoluyla ulaşılabilen bir

⁷⁴ Arnhart, **Platon'dan Rawls'a Siyasi Düşünce Tarihi**, ss.316-317.

⁷⁵ Samuel Freeman, "Politics and Justice II: Equality of Resources, Market Luck, and the Justification of Adjusted Market Distributions," **Boston University Law Review**, Vol.90, p.922.

⁷⁶ Ahmet Ulvi Türkbay, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, 2. Bası, İstanbul, Derin Yayınları, 2010, s.8; Bilal Canatan, "İlkeli Yargıcın Peşinde: Ronald Dworkin ve Yargılama Faaliyetinde Yorum Sorunu," **Günümüzde Yeni Siyasal Yaklaşımlar II**, Ed. Hilal Onur İnce, İstanbul, Doğu Batı Yayınları, 2015, s.344.

kurumdur⁷⁷ ve tek yönlü olarak ele alınabilecek bir mesele değildir. Felsefeciler, belki sosyologlar, adalet hakkındaki argümanlarda rol oynayan paradigmaları tanımlayarak, adaletin ne olduğu konusuna biraz açıklık getirebilirler. Çok çeşitli adalet kuramları mevcuttur ve her bir kuramda filozoflar kendi çağlarının paradigmaları ile adalet kavramının altını doldururlar. Bu çalışmalarının temel konusu ne adalet kavramını tam olarak açıklamak, ne de paradigmaları yeniden tanımlamaktır, fakat bunların amaçları adalet kavramının içeriğinin neyle savunulduğu ve geliştirildiği üzerinedir. Bu ise paradigmalardan politikalara uzanan bir bakışa dayanır.⁷⁸

B. Dworkin'in Kaynakların Eşitliği Kuramının Çerçevesi

Dworkin, hukuk ve adalet görüşlerini hak temelli siyasal bir zemin üzerinden inşa eder. Bu siyasal zemin ise liberal toplumsal düzendir. Ona göre liberalizmi diğerlerinden ayıran en can alıcı noktalardan biri, belirli bir liberal eşitlik anlayışıdır.⁷⁹ Dworkin'e göre çağdaş liberal gelenek içinde, ekonomik eşitsizlikler görmezden gelinmektedir ve bu nedenle de eşitlik değeri tehlike altındadır. Eşitlik kavramının tartışmaya yer vermeyecek bir şekilde tanımlanamamış olması, bu sorunu yok sayabileceğimiz anlamına gelmez. Güçlü demokrasilerde bile henüz asgari yaşam koşulları sağlanmamaktadır. Bu nedenle de meşru toplumsal yaşamın amacı olarak eşitlik arayışı devam etmelidir.⁸⁰ Demokratik bir siyasette bağımsız ve yapıcı siyasi ilkeler eşitlik ve özgürlükle bağlantılı olanlardır. Özgürlükle eşitlik yapısal olarak biri öne çıktığında diğerinin alanını işgal etmesi nedeniyle birbirleriyle çatışan iki ilke olarak görülür. İyi bir hükümet bu ikisi arasında uzlaşmayı sağlayan, dengeyi kurabilen hükümettir. Bu iki ülkünün dengelenmesi liberal tutumların çekirdeğini oluşturur.⁸¹

Dworkin'e göre özgürlük ve eşitlikten bağımsız bir ideal değildir; her iki ideal de "eşit ilgi ve saygı" hakkından ortaya çıkarlar. "Eşit ilgi ve saygı" hakkı, hem adaletin, hem de özgürlüğün temel dayanağını teşkil eder.⁸² "Eşit ilgi ve saygı" kavramı politik toplumların egemen erdemidir ve

⁷⁷ Ronald Dworkin, **Law's Empire**, 2nd Impression, London, Fontana Press, 1986, p.73.

⁷⁸ Dworkin, **Law's Empire**, pp.75-76.

⁷⁹ Ronald Dworkin, "Liberalizm," **Liberaler ve Cemaatçiler**, Çev. Eylem Özkaya, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2006, ss.51-52.

⁸⁰ Dragica Vujainovic, "Ronald Dworkin – Theory of Justice," **European Scientific Journal**, February/Special edition, Vol.8, No.2, p.2.

⁸¹ Dworkin, "Liberalizm," s.57.

⁸² Murat Bayram, "Ronald Dworkin'de Adalet Kavramı," **International Journal of Humanities and Education**, Vol.1, No.1, 2015, s.68.

Dworkin bu kavramı “kaynakların eşitliği” kuramı ile somutlaştırır. Politik toplumun egemen erdemi olarak eşit ilgi ve saygı ve bunun uygulaması olan kaynakların eşitliği ve bunların hepsinin birlikteliği olarak adalet liberal politik meşruluğu sağlarlar.⁸³ Ulusun refahı eşitsiz olarak dağıtıldığında iktidarların eşitlik anlayışı şüpheli hale gelir. Eşit ilginin ve saygının yokluğu ise tiranlığın göstergesidir.⁸⁴

Hem eşitlik ilkesi gereği, hem de diğer hakların ortaya çıktığı eşit ilgi ve saygı ilkesi gereği özgürlük korunmalıdır.⁸⁵ Fakat kaynakların eşitliği kuramının gerçekleştirilmesi bağlamında özgürlük, daha fazla eşitlik lehine sınırlandırılabilir. Dworkin’in özgürlüğü bağımsız bir ideal olarak değerlendirmemesi, özgürlüğü açıklarken eşitliğe başvurması ve önem derecesi açısından özgürlüğün eşitliğe göre önceliğinin olmadığını ileri sürmesi sonucunda, bu çerçeveden eşitlik uğruna özgürlüğün sınırlandırılabileceğine varmak olağandır. Yine de özgürlükler eşitlik adına güvence altına alınmalıdır.⁸⁶ Bu kapsamda sınırlandırılacak ve sınırlandırılmayacak özgürlükler vardır. Örneğin ifade, din, inanç gibi özgürlükler sınırlandırılmazlar. Özellikle karar verme süreçleriyle ilgili olanlar, eşitliğin gerçekleşmesinde asli öneme sahip oldukları için sınırlandırılmazlar.⁸⁷

Dworkin, yukarıda görüldüğü gibi adalet ilkelerini eşit ilgi ve saygı hakkına dayanarak belirlemektedir. Eşit ilgi ve saygı hakkı kişinin ahlaki bir varlık olduğu kabulüyle ortaya çıkar.⁸⁸ İnsana sadece ilgi ve saygı değil, eşit ilgi ve saygı göstermesi gereken yönetimlerin yapmamaları gereken iki davranış vardır:

“Yönetimler iyi bir neden olmadıkça yurttaşlarına acı çektirmemeli ve onları hayal kırıklığına uğratmamalıdır,

⁸³ Vujainovic, “Ronald Dworkin – Theory of Justice,” p.4.

⁸⁴ Hukuki pratiğin en önemli ve soyut konusu, hükümetin gücüne yön vermek ve sınırlamaktır. Hukuk, sonucun ne kadar yararlı olup olmayacağına, ne kadar iyi olacağına bakmaksızın, kollektif gücün geçmişteki politik

kararlardan çıkan bireysel hak ve sorumlulukların belirlediği veya onlarca yetkili kılınanlar dışında kullanılmayacağını belirtir. Dworkin, **Law’s Empire**, p.93; Ronald Dworkin, **Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**, 4.th Print, USA, Harvard University Press, 2000, p.1; bkz. Ronald Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara, Dost Yayınları, 2007, tümü.

⁸⁵ Ronald Dworkin, **Sovereign Virtue**, p.181 vd.

⁸⁶ Gülriz Özkök, “Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar,” **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, Sayı 5, 2002, s.102.

⁸⁷ Dworkin, **Sovereign Virtue**, p.123.

⁸⁸ Özkök, “Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar,” s.101.

Ve yine yönetimler yurttaşların kendi yaşamlarını biçimlendirebilmeleri için olabildiğince serbest bırakmalıdır.”⁸⁹

Eşit ilgi ve saygının içindeki eşitlik nasıl anlaşılmalıdır? Dworkin, “*What is Equality? – I*”, (Eşitlik Nedir? - I) makalesine, eşitliğin “gizemli bir politik ideal” olduğunu belirterek başlar. Çok çeşitli eşitlik kavramlaştırmaları mevcuttur ve bunlardan hangisinin en ideal olduğunu belirlemek oldukça zor görünmektedir. Mallar veya fırsatlar konusunda insanlara eşit davranmakla (*equal treatment*), insanlara eşitler gibi davranmak (*treatment as an equal*) arasında fark vardır.⁹⁰ Eşit muamele hakkı fırsatların, kaynakların ve külfetlerin dağıtılmasında eşitliği ifade eder. Eşit oy hakkı, eşit muamele hakkının bir örneğidir. Eşit olarak muamele edilme hakkı ise herkese gösterilen saygı ve ilginin aynı oranda olmasıdır.⁹¹

Dworkin eşitlikle ilgili tartışmasında adaletin bir görünümünü olan “dağıtımda eşitlik” (*distributional equality*) problemini ele alır.

C. Dworkin’in Kaynakların Eşitliği Kuramı

Dworkin, kaynakların eşitliğini merkeze alan modelini anlaşılır kılmak için ideal formda bir senaryo oluşturur. Issız ada, açık artırma, haset testi ve en sonunda sigorta şeması ile dağıtıcı adaletin nasıl gerçekleştirileceğini anlatır.

Dworkin’in dağıtıcı adalet kuramına göre, eğer herkes aynı miktarda kaynaklara sahip olursa ya da belirli bir miktar çalışmaya karşılık belirli bir miktar yiyeceğe ulaşabilirse, kaynaklarda eşitlik sağlanmış demektir. Böyle bir dağıtım için yetenek ve mülkiyet düzenlenir, fakat tercihlere karışılmaz. Aşağıda daha detaylı incelemek üzere Dworkin’in kuramının üç temel bileşeni vardır: Birincisi her birey topluluğun kaynaklarından eşit pay alacaktır. İkinci bileşen kişilerin kötü şansından kaynaklanan durumlarda, diğerlerinin ellerindeki kaynakları azaltacak olmasına rağmen, zararın telafi edilmesi gerektiği düşüncesidir. Üçüncü bileşen ise kişilerin sahip olduğu kaynaklardaki eşitsizlik, bireylerin kendi seçimlerinin sonucunda ortaya çıkmışsa, bunun adil kabul edilmesidir.⁹²

⁸⁹ Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı**, s.108.

⁹⁰ Ronald Dworkin, “What is Equality? Part I: Equality of Welfare,” **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 10, No. 3, Summer 1981, p.185.

⁹¹ Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı**, ss.110-11.

⁹² David Bilchitz, “Egalitarian Liberalism, Distributive Justice and the New Constitutionalism,” **Theoria**, Issue 140, Vol. 61, No. 3, September 2014, p.56.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Diğer bir ifadeyle, kaynakların eşitliği kuramında tercih farklılıklarının tanınması nedeniyle tercihlere duyarlılık (*ambition-sensivity*) ve yetenek farklılıklarının tanınmaması nedeniyle de yeteneklere duyarsızlık (*endowment-insensitivity*) söz konusudur.⁹³ Rawls'un fark ilkesi çerçevesindeki dağıtım, doğal dezavantajlara yönelik yetersizliği ve bireylerin seçimlerini dikkate almaması yönünden sorunlu görülür. Dworkin bunları da dikkate alarak serbest piyasa, açık artırma, sigorta ve vergilendirmeyi de içeren bir dağıtım şeması oluşturur.⁹⁴

1. Başlangıç Kaynakları, Açık Artırma ve Haset Testi

Dworkin, kaynaklarda eşitlik temelli adalet kuramını kurgusal bir örnekle açıklar. Buna göre bir deniz kazasından kurtulanlar ıssız bir adaya çıkarlar ve kurtarılmaları belki de çok uzun zaman gerektirecektir. Bol miktarda doğal kaynağın olduğu bu adada kazazedeler şu kuralı kabul ederek işe başlarlar: Burada bulunan herhangi bir kaynağa önce gelen sahip değildir ve kaynaklar eşit olarak bölüşülecektir.⁹⁵

İssiz ada kurgusu, eşit olmayan toplumsal ve doğuştan gelen yeteneklerin başlangıç noktasında dışarda bırakılmasını sağlar. Herkes açık artırmada eşit alım gücüne (100 istiridye kabuğu) sahiptir ve bu kabuklarla kendi hayat planlarına en uygun kaynağı satın alabilirler. Bu “başlangıç durumu” herkese eşit saygıyı ve bireylerin kendileri için değerli olanı tercih etmeleriyle ortaya çıkan farklılıkları güvence altına alacaktır.⁹⁶

Dworkin'in kurgusal dağıtım modeline göre bölüşüm yapma işi için bir kişi seçilir. Bu kişi kaynakları mevcut kişi sayısına göre ve hepsinin içeriği farklı olmak üzere böler. Herkesin doğal yeteneklerde eşit olduğu bir durum varsayılmaktadır. Dworkin, herkesin katıldığı ve bütün kaynakların satışa çıkarıldığı bir “açık artırma” (*auction*) kurgular. Adadaki kaynaklar satışa sunulmak üzere listelenir.⁹⁷ Herkesin alım gücü eşittir: Örneğin, herkesin

⁹³ Michael Allingham, “Distributive Justice”, **Internet Encyclopedia of Philosophy**, <http://www.iep.utm.edu/dist-jus/> 22/01/2016.

⁹⁴ Vujainovic, “Ronald Dworkin – Theory of Justice,” p.6.

⁹⁵ Dworkin, **Sovereign Virtue**, pp.66-67; Ronald Donald, “What is Equality? Part II: Equality of resources” **Philosophy and Public Affairs** 10, p.285. Bu makale Sovereign Virtue'nun içinde bir bölüm olarak yayınlanmıştır; bkz. Aktan, Vural, “Başlıca Fonksiyonel Gelir Dağılımı Teorileri ve Bölüşüm Adaleti,” (Çevrimiçi).

⁹⁶ Vujainovic, “Ronald Dworkin – Theory of Justice,” p.7.

⁹⁷ Dworkin'in yerleşimcilerin (Dworkin immigrant ifadesini kullanmış olmasına rağmen, Türkçe göçmen kelimesi durumu karşılamaya uygun gibi durmadığı için yerleşimci kelimesini tercih ettim.) kendilerinin satış için yapılan listeye dâhil olmadığını belirtmesi,

100 istiridye kabuğu vardır. İnsanlar, yaşam planlarına göre kendileri için en iyi olduğunu düşündükleri şekilde açık artırmaya bu kabuklarla katılacaklardır. Müzayedeci, listelenmiş mallar için fiyat belirler. Satılmayan mallar için fiyatlar tekrar gözden geçirilerek satışa devam edilir.⁹⁸

Açık artırma ile hem herkes kendi hayatını ne değerli kılıyorsa ona göre seçim yapacaktır, hem de seçiminin sonuçlarına katlanacaktır. Yine de böyle bir açık artırmada bile şansın belirli bir rolü vardır. Mesela, açık artırmada satışa çıkan sadece yağmurkuşu yumurtaları ve kırmızı şarap ise, bunlardan nefret eden kişi kötü bir durumda olacaktır. Fakat kaynakların eşit bölünmediğinden şikâyet edemez. Bu gibi hammaddelerin ve hazların dağıtımında olumsal faktörler kişilerin bu dağıtımın eşitsiz olduğu yönündeki iddialarına haklı bir zemin sağlamaz.⁹⁹

Açık artırma sonucunda herkes kendi elindekilerden memnun ise ve diğerlerinininkine hasetle bakmıyorsa, başarılı bir açık artırma yapılmış demektir. Eğer bu sonuca ulaşılmadıysa, açık artırma tekrar yapılacaktır. Herkesin kendi elindekileri bir başkasınıninkine yeğlemiş olması, Dworkin'in ifade ettiği haset testinin başarılı sonuçlandığı, bu sınavdan geçildiği anlamına gelir.¹⁰⁰

Dworkin'in dağıtıcı adalet görüşüne göre, başlangıçta kişilere tahsis edilen kaynakların eşit olması gerekir. Kaynakların eşit olduğunun herkes tarafından kabul edilmesinin göstergesi açık artırmadır ve haset testidir. Açık artırma ile başta tahsis edilen kaynaklar ile kişiler kendileri için önemli olan şeyleri satın alacaklar ve bunları hayat planlarına göre kullanacaklardır. Örneğin açık artırmadan benzer miktarda arazi alan iki kişiden birinin tarım yapması ve diğerinin tenis kortu kurarak keyfine bakması kendi tercihleridir. Çiftçilik yapanla tenis oyuncusunun gelirleri eşit olmayacaktır. Ama her ikisi de tercih ettikleri yaşam tarzını sürdürebilecek ve yine her ikisi de, eşit başlangıç yapmada ve tercihlerini belirlemede özgür olduklarından, ahlak bakımından da eşit saygı ve ilgi görmüş olacaklardır. Diğer bir ifadeyle, kaynakların dağıtımı sürecinde herkes eşit dikkate

liberal insanın kendinin sahibi olduğu, insanın mülkiyet olarak değerlendirildiği ve bu nedenle piyasa için bir mal olduğu anlayışına götüren ifadeleri çok rahatsız edicidir.

⁹⁸ Dworkin, **Sovereign Virtue**, p.68.

⁹⁹ Dworkin, eğer yerleşimciler refah eşitliğini seçselerdi diğer şeyler gibi iyi ve kötü şansları da paylaşacaklardı der. Dworkin, **Sovereign Virtue**, pp. 67-69; Dworkin, "What is equality? Part II: Equality of resources," p.285; Sezgin Seymen Çebi, **Sosyal Adalet: Tarihsel ve Kuramsal Bir Bakış**, İstanbul, XII Levha Yayınları, ss.304 vd.

¹⁰⁰ Dworkin, **Sovereign Virtue**, p.70.

alınmış olacak ve bu konuda herhangi bir itiraza yer kalmayacaktır. Çünkü açık artırma, yeğlenen şeye ulaşmada, herkes için aynı açıklıkta durmaktadır.¹⁰¹

Kaynakların eşitliği anlayışı bireylerin kendileri için önemli kaynakları tercih ederek hayat planlarını gerçekleştirmesine dayanmaktadır. Bu anlayış kaynakların farklı fiyatları olması ve bireylerin elindeki eşit kaynaklardan istedikleri şey için ne kadar miktar ayıracaklarında ortaya çıkar. Fakat bireyler seçimlerinin sorumluluğunu almalıdır. Dworkin'in kişi kavramının içinde kişinin zevkleri ve istekleri yer alır. Buna göre kaynakların eşitliği adil bir dağılım modeli ortaya çıkarır; çünkü bireylerin seçimlerini kısıtlayan sadece doğa ve diğerlerinin seçimidir ve diğerleri de aynı kısıtlamalarla bağlıdır.¹⁰² Dworkin'e göre dağılımı adil yapan zaten bu koşullardır.

Yukarıda anlatılan açık artırma modeli, kaynakların eşitliğinin yorumunu sağlayan bir teknik olarak görüldüğünde şu soruyu sormak gerekir: Bu modelden gerçekten genel bir eşitlik ideali geliştirebilir mi? Bu adalet kuramı, işleyen ekonomisi olan bir toplumda uygulanabilir bir model oluşturulabilir mi? Dworkin bu soruları sorar ve bu sorulardan doğan açıkları şu şekilde cevaplar: Birincisi, açık artırma ve haset testi kaynakların eşitliği idealinin liberal görüşle uyumlu bir şekilde hem özgürlüğün, hem eşitliğin gerçekleşmesini sağlar. Bu idealin neden olacağı sorunlar, yaratacağı olumlu sonuçlardan daha azdır. Çünkü kişilere tercihlerine ve isteklerine dayanan sonuçlar temin etmektedir. Bu adalet kuramının bütününe bakıldığında aslında ideal belirsiz gibi görünmektedir. Çünkü belirli sonuçlara ulaşmamızı sağlamaz. Fakat bu, idealin uyumsuz ve aciz olduğunu göstermez. Dworkin'e göre adalet kuramının bileşeni olan açık artırma, politik idealin kuramsal dayanağıdır ve geliştirilmesi denemeye değer bir yaklaşım sunmaktadır. İkinci olarak eşit bir açık artırmanın gelişmiş bir tanımı, gerçek dünyada karmaşık toplumlar için kurumları ve dağılımı değerlendirmede bir standart sağlayabilir. Üçüncü olarak, açık artırma aracı gerçek politik kurumlarının oluşturulmasında yararlı olabilir. Eşit açık artırma koşullarının olduğu bir ortamda, böyle bir açık artırmanın sonuçları bilinmese de, açık artırma kurgusuna dayanan değerlendirmeler kaynakların eşitliğini destekleyecektir. Böyle bir durumda politik araçlarla yapılacak seçimlerdense, gerçek bir açık artırma yürütmek daha adil olabilir.

¹⁰¹ Dworkin, **Sovereign Virtue**, pp.69-71, 89; Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, ss.106-107.

¹⁰² Alex Callinicos, "Having Your Cake and Eating It," **Historical Materialism**, Vol.9, 2001, p.186.

Dworkin'in buradaki önerisi aslında kuramsal olarak eşit açık artırma karakterine benzer özellikler taşıyan ekonomik veya politik kurumların alanında bir açık artırma kurgusunun yapılmasıdır. Dworkin'e göre birçok ülkedeki piyasa mekanizması, açık artırmanın formları olarak (benzer şekilde demokratik siyasal süreçler de) yorumlanabilirler. Yeterince güçlü, gerçek bir açık artırma modeli oluşturulduğunda, bu model kurumların test edilmesinde ve modele yaklaşması için reformlar yapılmasında yararlı olacaktır.¹⁰³

2. Doğal Dezavantajların Telafisi: Sigorta Modeli

Açık artırmanın başarılı olması için haset testini geçmesi, ancak kişilerin başlangıçta doğal iyilikler bakımından dezavantajsız veya eşit olduğu varsayıldığında mümkün olacaktır. Kaynaklar eşit dağıtıldıktan sonra insanlar gündelik hayatlarına devam edecekler ve çeşitli ekonomik ilişkilere gireceklerdir. Bunun sonucunda başlangıçtaki eşitlik çeşitli faktörlerin etkisiyle bozulacaktır. Kimileri daha zekidir, kimileri daha kolay hastalanır, kimileri doğal felaketlerle karşılaşır. Ortaya çıkan eşitsizliklerin hangilerinin telafi edileceği, hangilerinin edilmeyeceğini belirleyen ilkeler Dworkin'in adalet anlayışının özünü oluşturur. Başlangıç noktası eşit olan kaynakların eşitliği modeli daha öncede belirtildiği gibi tercihlere duyarlıdır.¹⁰⁴ Açık artırmanın sonucunda kişiler elde ettikleri kaynaklarının kullanımından dolayı zararları ve kazançları yüklenirler.¹⁰⁵ Kişiler, yaptıkları tercihlerin sonuçlarına, bunlar zararlı da olsa kazançlı da olsa, katlanırlar. Fakat eşitsizlikler sadece kişilerin yaptıkları tercihlerden kaynaklanmalıdır. Yeteneklerin farklılığına dayanan eşitsizlikler kabul edilmez. Kaynakların dağıtımı yeteneklere duyarsız olmalıdır. Kişiler kontrollerinde olmayan faktörlerden dolayı sorumlu olmamalıdır. Diğer koşullar aynı olmak üzere iki farklı yetenekte çiftçi aynı şekilde çabalamalarına rağmen biri daha yetenekli olduğu için daha fazla ürün üretiyor, diğeri üretmiyorsa, bu durum adaletsizdir. Dworkin bu halde yeteneksiz olanın kaba şansından dolayı (*brute luck*) daha fazla kaynak alması gerektiğini ileri sürer.¹⁰⁶ Bu ilke engelliler için de aynı şekilde uygulanır.

¹⁰³ Dworkin, **Sovereign Virtue**, p.71-72.

¹⁰⁴ Bilchitz, "Egalitarian Liberalism, Distributive Justice and the New Constitutionalism," p.57. ,

¹⁰⁵ Dworkin, **Sovereign Virtue**, p.89.

¹⁰⁶ Dworkin, **Sovereign Virtue**, p.92.

a. Doğal Piyango ve Sigorta

Dworkin dağıtıcı adalet modelini, bireylere eşit ilgi ve saygı anlayışının bir gereği olarak oluşturur. Başlangıçta bireyler özgür iradeleriyle seçim yaparak, istediklerini almışlardır. Bu durumda kimse tercihlerinin sonuçlarından şikayet edemez. Dworkin'e göre bu noktadan sonra asıl önemli sorun şans ve tercih faktörleriyle ortaya çıkan eşitsizlikler konusunda ne yapılacağıdır. Dolayısıyla, bir kişinin hangi tür zararlarının telafi edileceği ve ne tür durumlarda kişilerin uğradıkları zararlara katlanacakları belirlenmelidir.¹⁰⁷

Dworkin, bireylerin kendi tercihleriyle ortaya çıkan eşitsizlikleri kabul eder; fakat tercihlerinin sonucu olmayan dezavantajların yarattığı eşitsizlikleri reddeder. Ancak, başlangıçtaki kaynakların eşitliği adalet için yeterli değildir. Her bir birey aynı durumda başlasa bile, bir kişi iyi şansından veya daha az engellerle karşılaşmasından veya daha yetenekli olmasından dolayı daha iyi bir duruma gelebilir.¹⁰⁸ Kişinin seçiminin sonucunda ne tür sorumluluklar yüklendiğinin ve kontrolünün dışında olduğu için ne tür durumlarda sorumluluğunun olmadığını belirlenmesi gerekir.¹⁰⁹

Dworkin, kişilerin tercihlerinden kaynaklanan sorumlulukların kendilerine ait olduğunu belirttikten sonra eşitsizlik yaratan şans faktörünü ele alır. Ona göre iki tür şans vardır: Birincisi “kaba şans”tır (*brute luck*); bu şans kişinin tamamıyla kontrolü dışındaki, istenmeyen bir şanstır. İkinci tür olan “seçime dayalı şans”ta (*option luck*) ise sonuçlar şansın ürünü olsa da, kişi seçimlerinden sorumludur. Birinci duruma örnek olarak genetikten kaynaklanan durumlar, ikincisine ise bir kişinin kumarda kaybetmesi örnek verilebilir. Saf kaba şans kişinin hayat seçeneklerinden hangisini tercih ettiğine bağlı olmadan ve kişinin yetisi içindeki davranışlarıyla değiştiremeyeceği durumlardır.¹¹⁰ Bir kişi risk denebilecek bir seçim yapmadan kansere yakalanmışsa, buna “kaba kötü şans” (*brute bad luck*)

¹⁰⁷ Callinicos, “Having Your Cake and Eating It,” 183; Bilchitz, “Egalitarian Liberalism, Distributive Justice and the New Constitutionalism,” p.57; Sağlam, **Liberalizm, Adalet ve Ütopya**, s.55-56.

¹⁰⁸ Allingham, “Distributive Justice”, (Çevrimiçi).

¹⁰⁹ Dworkin, **Sovereign Virtue**, p.323.

¹¹⁰ Richard J. Arneson, “Equality of Opportunity for Welfare: Defended and Recanted,” **Journal of Political Philosophy**, Vol. 7, No. 4, December 1999, pp.488 – 497, <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/reply.pdf> 21/01/2016.

denir. Ama bir kişi sigara içmeyi tercih etmişse ve kanser olmuşsa, başarısız bir kumara girdiğini söyleriz.¹¹¹

Gerçek hayatta dağıtım, insanların arzularının belirlediği piyasa mekanizmasıyla işleyen değerlerin karşılıklı ilişkileriyle yürür. Ortaya çıkan eşitsizliklerin bir kısmı kişilerin kendi seçimlerine dayalı sonuçlar oldukları için haklıdır. Fakat kaba şans nedeniyle ortaya çıkan eşitsizlikler haklılaştırılmaz. Bunların giderilmesi gerekir ve Dworkin bu eşitsizliklerin giderilmesi için hipotetik bir sigorta piyasası öngörür. Bir kişinin sigortalı olması, onu kaba şanstın korumasına bile, onun kötü sonuçlarını hafifletebilir. Açık artırmanın başında kişilerin ellerindeki kaynakların bir kısmıyla sigorta satın alabildiği bir örnek düşünelim. Benzer koşullarda olan ve kör olmayan iki kişinin bir kaza sonucu kör kalma ihtimalleri eşittir. Kimse hayatların bir noktasında ciddi hastalıklara yakalanıp, yakalanmayacağını veya sakatlanıp sakatlanmayacağını bilemez. Ya da bu insanlar depresyon gibi felaketlerle karşılaşma ihtimallerini göz önünde bulunduracaklardır. Bu tür durumlara karşı başta eşit dağıtılan kaynaklarının bir kısmını sigortaya ayırmayı seçebilir. Dworkin'in sigorta modeli Rawls'un başlangıç durumu ve cehalet peçesi düşüncesine benzemektedir. Dworkin bizi açık artırma öncesi ve midye kabuklarının dağıtıldığı zamana döndürür. Doğal dezavantajların bilinmediği durumda adadakilere kötü şanslarına karşı sigorta için ne kadar midye kabuğu ayıracakları sorulur. Bu eşitsiz doğal nitelikleri görmezden gelme ile koşulları eşitlemeye çabalama arasında orta bir yol sağlar.¹¹² Burada sigorta yaptırmayı, seçenekli bir şanstır. Sigorta yaptıran ve kör olmayan kişi kaybeder. Zira bu örnekte seçenekli şans kötüdür; çünkü kaynaklarının bir kısmını buna ayırmış, fakat bundan yararlanamamıştır.¹¹³ Fakat yine de varsayımsal sigorta modeli kötü şans ile seçmeli şans arasında bağ kurulmasını sağlar. Yani sigorta ile kaba şansa durumları, seçmeli şans haline getirmiş oluruz. Böylece de Dworkin'in adalet modelinde kaba şans, kişinin seçimlerine bağlanmış olur.¹¹⁴

Kötü durumlara karşı sigorta yaptırmış kişiler, bu durumlarla karşılaştıklarında tazminat alırlar. Sigorta yaptırmış, fakat kötü durumlarla karşılaşmamış kişilerin ödediği sigorta primleri aynı zamanda kötü şansa

¹¹¹ <http://philosophy.ucsd.edu/faculty/dbrink/courses/167-05/Handout-7> Post-Rawlsian Themes.pdf ; Allingham, "Distributive Justice", (Çevrimiçi); Freeman, "Politics and Justice II ...," p.923.

¹¹² Vujainovic, "Ronald Dworkin – Theory of Justice," pp.8-9.

¹¹³ Dworkin, **Sovereign Virtue**, p.74 etc.

¹¹⁴ Bayram, "Ronald Dworkin'de Adalet Kavramı," ss.72-73.

sahip insanlara kaynak aktarılmasında kullanılır.¹¹⁵ Dworkin, refah devletinin, kötü şansa sahip insanların zararlarını tazminde, kendi kuramındaki sigorta modelinin sonuçlarını taklit eder şekilde hareket etmesi gerektiğini ileri sürer.¹¹⁶

Bu sigorta planı ile doğal iyiliklerin dağılımındaki eşitsizlik hafifletilmiş olacak, fakat tamamen yok edilmesi söz konusu olmayacaktır. Aynı zamanda kişiler ellerindeki tümünü sigortaya yatırmadıkları için, kendi hayat planlarını da izleyebileceklerdir. Sigorta ile toplumun doğal dezavantajların giderilmesine ayrılan paylar, insanların başta ellerindeki tutarlardan ödedikleri primlerle sınırlıdır. “Doğal piyango”da dezavantajlı konuma gelenlere ayrılacak paylar için, bu tip bir sigorta sistemi ilkeli bir zemin sağlar.¹¹⁷

Varsayımsal sigorta piyasasının amacı kadere bağlı risklerin kişiler arasında eşit paylaşılmasını sağlamaktır; yoksa mutlak bir eşitlik sağlamak değildir. Sigorta herkesin benzer ve görece dezavantajlarından eşit olarak kaçınma şansı yaratır ve başlangıçta kaynak eşitliği sayesinde herkes bu dezavantajları azaltmak için sigortalama yaptırmada eşit olanağa sahiptir.¹¹⁸ Dworkin dağıtıcı adalet kuramına gelen eleştirilere karşı, bu dağılım modelinin, hak edilmemiş eşitsizlikleri tamamen karşılamadığını bildiğini ve fakat bunun adaletle ilgili düşüncelerimizi yerine getirmenin en iyi yolu olduğunu belirtir.¹¹⁹

3. Dworkin’in Kaynakta Eşitlik Kuramının Uygulaması

Dworkin’in dağıtıcı adalet kuramı çerçevesinde, başlangıçta, kaynaklar eşit dağıtılır ve açık artırma sayesinde tercihlerine göre yaşama olanağı herkese sağlanmış olur. Sonrasında varsayımsal sigorta aracılığıyla da eşitsizliklerden korumaya yönelik adil dağıtım tamamlanır. Yeteneklerin etkilerinin nötr hale getirildiği, bir kişinin bir işi seçmesinin sonuçlarının dikkate alındığı bir yeniden dağıtım modeli oluşturmak için, gelir vergisi aracına başvurmak makul görünmektedir. Böylece insanların seçimleri korunacaktır. Fakat aynı zamanda insanların genetik şansları da dikkate alınmış olacaktır.¹²⁰ Sonuç olarak ortaya çıkan model ise tercihlere duyarlı ve doğal şans dağılımındaki eşitsizlikleri dikkate alan bir dağıtımdır.

¹¹⁵ Dworkin, *Sovereign Virtue*, pp.81, 101.

¹¹⁶ Bayram, “Ronald Dworkin’de Adalet Kavramı,” s.73.

¹¹⁷ Dworkin, *Sovereign Virtue*, p.78 etc.

¹¹⁸ Dworkin, *Sovereign Virtue*, pp.104, 106.

¹¹⁹ Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, s.112.

¹²⁰ Dworkin, *Sovereign Virtue*, p.91.

Dworkin kendi dağıtım modelinin koşulları eşitlemeyi görmezden gelip, yalnızca tercihlere duyarlı olan sağcı liberter kuramlardan daha üstün olduğunu öne sürer.¹²¹

Dworkin'in kuramı, çok karmaşık varsayımsal hesaplamalar gerektirmektedir ve bu nedenle uygulamaya dökmek neredeyse imkânsızdır. Dworkin de kuramının çok soyut olduğunu kabul eder. Fakat kuramının gerçek hayat için bir ölçü oluşturabileceğini, yani gerçek hayattaki dağılımın sınanması ve politika oluşturulmasında kullanılabileceğini belirtir. Kuram, belli bir dağılımı doğru olarak niteleyebilecek somutluğa sahip değildir. Ama bazı dağılımların yanlış olduğunun değerlendirilmesinde kullanılabilir. Bu bağlamda Dworkin, doğuştan gelen dezavantajlara karşı sigorta planının uygulanmasının, ABD ve Britanya'daki engelli, hasta ya da vasıfsız insanlara sağlanan sosyal güvenlik sigortalarının "çok üstünde" bir yarar sağlayacağını düşünmektedir.¹²²

Ayrıca Dworkin'e göre bu model sosyal güvenlik düzenlemeleriyle daha az yeteneklileri daha yeteneklilerle eşit koşullara taşıyabilmeyi sağlayacaktır; aynı zamanda da yetenekli ama tembel olan insanları da tercihlerinden sorumlu kılacaktır.¹²³

Dworkin, pazar ekonomisi içinde eşitsizliklerin dengelenmesi için ılımlı politikalar önermektedir. Bu politikalar öncelikli olarak piyasaların yarattığı eşitsizliklerin sonradan düzeltilmesi üzerinedir. Bu politikalar çerçevesinde piyasalardaki eşitsizlik düzeyi verili olarak kabul edilir ve avantajlı insanların gelirleri vergilendirilir. Elde edilen vergiler en iyi hangi yolla dezavantajlı olanlara aktarılır sorusunun yanıtı bulunmaya çalışılır. Fakat bu öneriler, insanların piyasaya girerken baştan eşit düzeyde yetenekli olması gerektiği konusunu hiç dikkate almamaktadır. Politik düzeyde bu kuramın uygulanması, hayata herkesin 100 istiridye kabuğuyla atılması ve bunu kendi tercihleri yönünde eğitim, risk alma, tasarruf ve yatırımda kullanması şeklinde olacaktır. İnsanların başlangıçta yeteneklerinde eşitlik söz konusu olursa, sonradan dağıtıma daha az ihtiyaç duyulacaktır. Piyasa, büyük oranda tercihlerin belirleyici olduğu bir sistem olduğundan, tercihe dayalı olmayan eşitsizlikler daha az olacaktır.¹²⁴

Dworkin, kendi modelinin geleneksel sosyalizmden ve serbest piyasa liberterliğinden farklı olduğunu ve üçüncü bir yol çizdiğini düşünmektedir. Bu kuramıyla hem kamusal, hem de özel sağlık sistemine neden ihtiyaç

¹²¹ Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s.113.

¹²² Dworkin, "What is equality? Part II ...," p.321.

¹²³ Dworkin, **Sovereign Virtue**, Chapter 9.

¹²⁴ Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s.118.

duyduğumuz açıklanmış olur. Kamusal sağlık hizmeti koşulları eşitlemek için, özel sağlık hizmeti ise tercihlere duyarlılık açısından gereklidir.¹²⁵ Kaynakların eşitliği modeli hem dağıtıcı adaletin gereklerinin yerine getirilmesini sağlar, hem de bireylerin tercihlerine saygı duyar.

D. Dworkin'in Dağıtıcı Adalet Modelinin Eleştirisi

Dworkin'in dağıtıcı adalet kuramı çerçevesinde, başlangıçta kaynaklar eşit dağıtılır ve açık artırma sayesinde tercihlerine göre yaşama olanağı herkese sağlanmış olur. Sonrasında varsayımsal sigorta aracılığıyla da eşitsizliklerden korumaya yönelik adil dağıtım tamamlanır. Yeteneklerin etkilerinin nötr hale getirildiği, bir kişinin bir işi seçmesinin sonuçlarının dikkate alındığı bir yeniden dağıtım modeli oluşturmak için, gelir vergisi aracına başvurmak makul görünmektedir. Böylece insanların seçimleri korunacak, aynı zamanda insanların genetik şansları da dikkate alınmış olacaktır.¹²⁶ Sonuç olarak ortaya çıkan model ise tercihlere duyarlı ve doğal şans dağılımındaki eşitsizlikleri dikkate alan bir dağıtımdır.¹²⁷

Samuel Freeman, Dworkin'in adalet kuramının Amerikan toplumunun asli politik ve ekonomik değerlerini dikkate aldığını ve bu nedenle de Amerika'da kaynakların eşitliğinin sunduğu dağıtıcı adalet modelinin uygulanabilir olduğunu belirtir. Amerikalılar hem bireycidirler, hem de dinamik ekonomiye sahip bir toplum olarak mülkiyet haklarıyla bağlantılı ekonomik yaratıcı olanaklara, girişimlere önem verirler. Freeman'a göre Dworkin'in ileri sürdüğü model hem bu değerleri gerçekleştirmeye uygundur, hem de talihsizlik yaşayan bireyler için kendilerini geliştirme ve diğerleriyle yarışma olanaklarını sağlayan sosyal minimumu garantilemesiyle, Amerikan kapitalizminin keskin köşelerini törpüler. Yani Amerikan kapitalizmini insanileştirir. Bu nedenlerle Freeman'a göre Dworkin'in kaynakların eşitliği kuramının gerçek dünyada uygulanması olanaklıdır.¹²⁸

Her ne kadar basit, açık ve belirli açılardan uygulanabilir gibi görünse de bu model birçok sorun barındırmaktadır. Sorunlardan biri, gerçek hayatta avantaj ve dezavantajları ölçmenin pek mümkün görünmemesidir. İnsanların hayat planlarında yeteneklerini geliştirmek de yer alır, yani bir tercih olarak yetenekleri üzerinde çalışabilirler. Eşit düzeyde yeteneklerle başlayan iki kişiden biri yeteneğini geliştirmek için çok çalışabilir ve bir

¹²⁵ Dworkin, *Sovereign Virtue*, chapter 8.

¹²⁶ Dworkin, *Sovereign Virtue*, p.91.

¹²⁷ Kymlica, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, s.113.

¹²⁸ Freeman, "Politics and Justice II ...," p.922.

süre sonra bundan kaynaklanan bir farklılaşma ortaya çıkabilir. Böyle bir durumdaki farklılık telafiyi gerektirmemektedir. Başlangıçta diğerlerinden daha yetenekli insanlar, doğuştan gelen yeteneklerini çok çalışarak ilerletebilirler. Bu durumda tüm yetenek farklılıkları değil, bir bölümü telafi edilecektir. Bunları ölçmek ise oldukça güçtür.¹²⁹

Bu sistemde diğer bir sorun açık artırma öncesi neyin doğal avantaj olduğunu belirleyememektir. Neyin doğal avantaj olduğu, insanların ona verdiği değere göre değişir. İnsanların ona değer vermesi de, amaçlarına göre değişir. Bazı beceriler (piyano çalmak gibi) belirli bir toplum içinde daha değerli bazıları (vücut geliştirmek gibi) ise daha değersizdir olarak görülebilir. Ayrıca bu ölçüt sürekli değişeceğinden, bunu izlemek oldukça zordur.¹³⁰

Bu durumda sigorta planının uygulanması daha da sorunlu görünmektedir. Dworkin'e göre kimileri hiçbir doğal yeteneğe sahip olmadan çalışarak zengin olabilir ve onları vergilendiririz. Kimileri ise doğuştan dezavantajları olmamasına rağmen (tenisçi örneğinde olduğu gibi) farklı bir yaşam biçimi seçmiştir ve yoksuldur. Bu nedenle kendi çabalarıyla çok gelir elde eden kişi, varsayımsal olarak satın aldığı sigortadan daha az sosyal korunma elde edecektir. Kimileri ise pahalı yaşam biçimi ile yoksul kaldığı ve daha düşük sigorta ödediği halde, hak ettiğinden daha fazla sosyal korunmaya sahip olacaktır.¹³¹

Dworkin'in kendisinin işaret ettiği bir sorun da, açık artırmanın adil olmasını sağlayan öğelerden biri olarak, kişilerin tercihinin belirleyici olmasıdır. Ancak sorun, bunların kişilerin tercihleri mi yoksa ekonomik sistemin dayatmaları mı olduğudur. Dworkin, buradaki itiraz devam ettirildiğinde, bireysel mülkiyet mi, toplumun veya bir grup insanın

¹²⁹ Çebi, **Sosyal Adalet: Tarihsel ve Kuramsal Bir Bakış**, ss. 305-306; Schwarzschild, "Constitutional Law and Equality," pp.170-171; Kymlica, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s.114.

¹³⁰ Kymlica, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s.114.

¹³¹ Cohen'in bu noktada çevresel koşullar bağlamında bir itirazı var. Cohen'e göre insanların çevresel koşulları nedeniyle değişik tercihleri ve zevkleri oluşmaktadır ve bunları gerçekleştirmek daha pahalıya mal olur. Dworkin bu tür zevkler nedeniyle telafiye gidilmesini reddeder. Cohen ise bunun adil olmadığını kendi adalet teorisi çerçevesinde göstermeye çalışır. Cohen, kişilerin kendi kontrolü dışında ortaya çıkan acı verici dezavantajların tazmin edilmesi gerektiğinin dağıtım teorisinde temel ilke olması gerektiğini belirtir. G.A. Cohen, "On the Currency of Egalitarian Justice," **Ethics**, Vol. 99, No.4, July 1989, pp.908-914, 920-925; Kymlica, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, ss. 114-115; bkz. Bilchitz, "Egalitarian Liberalism, ...," p.59; bkz. Freeman, "Politics and Justice II ...," p.923.

mülkiyeti mi sorusuna ulaşıldığını ve bu konun mevcut koşullarda bile henüz cevaplanmadığını ve bunun politik eşitlik altında tartışılması gerektiğini belirtir.¹³²

Dworkin'in modeline bir eleştiri de Marksist kanattan, Alex Callinicos'tan gelir. Dworkin'in dağıtıcı adalet modeli piyasa ile eşitlik arasında derin bir ilişki öngörür. Callinicos, Dworkin'in ideal tipte bir piyasa mekanizması çizerek, adalet açısından "sistematik olarak" (*systematically*) yanlış yönlendirme yaptığını düşünmektedir. Piyasa, durmaksızın yeni kaba şans vakaları yaratır. Piyasalardaki değişim bireylerin yeteneklerini veya seçimlerini nasıl kullandıklarıyla çok ya da hiç ilişkisiz olarak bireyleri ya ödüllendirir ya da daha sık olarak yaşamlarını mahveder. Bunu Dworkin'in kullandığı terminolojiyle ifade edersek; piyasa kişinin seçiminden çok, kişinin halleriyle ilgilidir.¹³³ Diğer bir ifadeyle Callinicos, piyasadan kaynaklanan şanssızlıkların bireylerin tercihleriyle ilgili olmadığını, bu nedenle de telafi edilmesi gerektiğini düşünmektedir.

Dworkin'e göre ise kaynakların eşitliğini ileri süren bir kuramın merkezinde bulunan piyasa mekanizması, malların ve hizmetlerin fiyatlandırılması için ideal bir araçtır. Onun düşüncesine göre piyasanın işlevi, gerçek bir kurumdan daha çok hangi dağıtımın adil olup olmadığını belirlenmesidir. O halde; "açık artırma aracı, ... nasıl gerçekleştirilmiş olursa olsun, gerçek bir dağıtımın belirli bir zamanda kaynakların eşitliğine ne kadar yaklaştığını yargılamak için bir standart sunabilir."¹³⁴ Hatta Freeman gerçek dünyada politik otoriteleri ve yasa koyucuları kaynakların dağıtımını gerçekleştirmek için her türlü politik ve ekonomik müdahaleye çağırır. Zaten kaynakların dağıtımını kuramı ve piyasa birbirini tamamlar niteliktedir ve demokratik yasa koyucular mümkün olduğunca varsayımsal sigorta piyasası ve ondan ortaya çıkan sosyal güvenlik programlarını gerçekleştirmelidirler.¹³⁵

Yukarıdaki itirazla bağlantılı olarak kaynakların eşitliği görüşüne yapılan daha derin bir eleştiri ise bu dağıtıcı adalet modelinin, Dworkin'in amacı olan ahlaki özerklik ve yükümlülüğün gerçekleşmesine bir katkıda bulunmayacağı yönündedir. Dworkin'e göre kaynakların eşit dağıtımını insanlara yaşam içinde kendi bireysel etik iddialarını seçmede en iyi olanağı yaratır. Yoksulluğun olduğu ülkelerde birçok insan için ahlaki bireyler

¹³² Dworkin, **Sovereign Virtue**, pp.70-71.

¹³³ Callinicos, "Having Your Cake and Eating It," p.185; bkz. Joseph Heath, "Dworkin's Auction," **Politics, Philosophy, Economics**, Vol. 3, 2004, p.327.

¹³⁴ Callinicos, "Having Your Cake and Eating It," p.184.

¹³⁵ Freeman, "Politics and Justice II ...," p.927.

olmak ve buna göre davranmak oldukça zordur. Bu koşullarda kaynakların eşitliği zorla uygulanmaya çalışılsa bile, çok az bir refah artışının olacağı öngörülebilir. Kaynakların eşitliğinin getireceği bir başka sorun olarak insanların aynışması sonucu hayal gücünün zayıflayacağı ileri sürülür. İnsanlar farklılaştıkça farklı düşünceler, farklı etik anlayışları gelişir. Ama koşullar benzeştikçe insanlar da benzeşeceğinden farklılıklara yer ve tahammül için zemin kalmaz. Aynışma, aynı zamanda, insanları birbirlerine karşı ahlaki yükümlülüklerinde duyarsız da kılar.¹³⁶

Bir başka eleştiri Kymlicka'dan gelir. Ona göre Dworkin'in dağıtım modelinde temel olarak iki sorun vardır: Birincisi eşit başlangıç düşüncesini hayata geçirebilmek için önce koşulları eşitlemek gerekir. Koşulları eşitlemek içinse öncelikli olarak yeteneklerdeki eşitsizlik giderilmelidir. Ancak, yukarıdaki örneklerde de görüldüğü gibi, yetenek farklılıkları giderilebilir değildir. İkinci olarak kişilerin tercihlerinden sorumlu olacaklarını öngören model, tercihlerin bedelinin ve bunun için de gelecekte vuku bulacak olayların bilinmesini zorunlu kılmaktadır. Bu sorunlara yanıt olarak ise varsayımsal bir sigorta devreye sokulmaktadır. Bu telafi mekanizması işlese dahi, doğal piyango ile bazı kişiler hak etmedikleri şekilde acı çekecekler, kimileri de tercihlerinin bedelini öderken hak etmedikleri şekilde destekleneceklerdir. Tercihlere duyarlı, yeteneklere duyarsız bir dağılım modelinde bu iki talebin aynı ölçüde tatmin edicilikle yanıtlanması mümkün görünmemektedir. Dworkin, iki talebin bir arada uygulanmasının, bunlarda sapmaları getirdiğini, fakat her iki talepten de vazgeçilemeyeceğini belirtir. Bu nedenle her ikisini de tam anlamıyla gerçekleştiremeyecek olsak bile, bunlar dikkate alınmak zorundadır.¹³⁷

Dworkin'in kuramı, çok karmaşık varsayımsal hesaplamalar gerektirmektedir ve bu nedenle uygulamaya dökmek neredeyse imkânsızdır. Dworkin de kuramının çok soyut olduğunu kabul eder. Fakat kuramının gerçek hayat için bir ölçü oluşturabileceğini, yani gerçek hayattaki dağılımın sınanması ve politika oluşturulmasında kullanılabileceğini belirtir. Kuram, belli bir dağılımı doğru olarak niteleyebilecek somutluğa sahip değildir. Ama bazı dağılımların yanlış olduğunun değerlendirilmesinde kullanılabilir. Bu bağlamda Dworkin, doğuştan gelen dezavantajlara karşı sigorta planının uygulanmasının, ABD ve Britanya'daki engelli, hasta ya da

¹³⁶ Schwarzschild, "Constitutional Law and Equality," p.171.

¹³⁷ Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, ss.115-116.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

vasıfsız insanlara sağlanan sosyal güvenlik sigortalarının “çok üstünde” bir yarar sağlayacağını düşünmektedir.¹³⁸

Dworkin’in ileri sürdüğü şekilde piyasayla bağlantılı bir dağıtıcı adalet uygulaması önerisi yoğun tartışmalara neden olmuştur. Kapitalizmin ve Dworkin’in piyasacı dağıtıcı adaletinin yerindeliliğini destekleyen argümanlardan biri Samuel Freeman tarafından ileri sürülmüştür. Kişilerinin seçimlerinden sorumlu olduğu ilkesi ile üretim biçimi meselesini değerlendiren Freeman, bir ürünün ortaya çıkması için üretici güçleri ve marjinal üretkenlik kuramını tartışır. Üretici güçlerin (emek, toprak ve ham madde veya kapital, her ikisi de Freeman’a göre üretici güçlerdir) hepsinin birlikte nihai ürünün ortaya çıkmasında payı vardır. Mikro ekonomik kurama göre her birinin nihai ürüne marjinal katkısının ekonomik değerini ölçmek mümkündür. Dworkin’in kuramıyla birlikte düşünüldüğünde herkes seçimlerinin sonuçlarından, olumlu ya da olumsuz olsun, sorumludur. Bu durumda nihai ürünün üretilmesinde yapılan katkılar, üretici güçlere yapılan katkılar oranında gelir ve refah olarak geri dönmelidir. Sermaye sahiplerinin nihai ürünün ortaya çıkmasındaki katkıları “kuramsal”dır (*notional*). Sermayenin niteliği ve sömürü ilişkileri Karl Marx’dan Amartya Sen’e¹³⁹ kadar birçok düşünür tarafından tartışılmış ve sömürünün kaldırılması veya farklı bir dağıtım sistemi bu düşünürler tarafından önerilmiştir. Freeman, her ne kadar kuramsal olsa da, sermayenin gücünün mülkiyet üzerindeki haklarından ve sermayeyi kontrolünden kaynaklandığını belirtir. Aynı zamanda hukuk ve diğer konvansiyonel düzenlemeler bu sistemi sürdürmek üzerine kuruludur. Freeman argümanını sadece buna dayandırmaz. Sermaye ilkin harcamayarak ve sermayeyi biriktirerek, ikinci olarak ise yatırım yaparak ve yatırımın riskini üzerine alarak üretime katkı koyar. Eğer serbest piyasa olmazsa insanların bu tür girişimlerde bulunmayacağını, işçiler için çalışılacak iş olmayacağını ve üretimden verim elde edilemeyeceğini ileri sürer. Sonuç olarak özel mülkiyet ve sermaye sınıfı olmalıdır; çünkü artı

¹³⁸ Dworkin, “What is equality? Part II ...”, p.321.

¹³⁹ 1998 yılında Nobel Ekonomi ödülünü almış Amartya Sen, Kapasitelerin Dağıtılması (Distribution of Capabilities) Yaklaşımını ortaya atmıştır. Buna göre iki normatif tez ileri sürer; birincisi esenliğin (well-being) gerçekleştirilmesi için özgürlük birincil ahlaki öneme sahiptir. İkinci tezi ise esenliği sağlamak için özgürlük insanların kapasiteleri olarak anlaşılmalıdır. Bu ise onların gerçek olanaklarını ve buna verilen değeri içerir. Sen’in teorisi için bkz. Amartya Sen, “Equality of What?,” **Tanner Lectures on Human Values**, Cambridge, Cambridge University Press, 1980; Sen, **Commodities and Capabilities**, Amsterdam, Noth Holland, 1985; Sen, **Inequality Re-examined**, Oxford Clarendon Press, 1992; Sen, **The Idea of Justice**, London, Allen Lane, 2009. Sen’in eserleri bunlarla sınırlı değildir.

değer işçilere dağıtılsa sermaye biriktirilemez ve tekrardan yatırım yapılamaz. Bu nedenle sermayedarların üretime katkısı “fonksiyonel katkı” (*functional contribution*) addedilebilir ve bu ancak özel mülkiyete dayalı bir üretim tarzında gerçekleşebilir. Marjinal Üretkenlik Kuramına göre, bu bağlamda, bireylerin katkısına göre dağıtımdan pay alması söz konusu olamaz. Dworkin’in de katıldığı tez, işçilerin katkı koymamalarına karşın sonuçların sorumluluğunu sermaye sahibi yüklediği için bu noktada işçiler kaba şans nedeniyle telafiye hak kazanamayacaklarıdır.¹⁴⁰

SONUÇ

Modern kapitalist toplumlarda, gelir dağılımı birçok faktörle belirlenir. En önemli belirleyen ekonomik olarak hangi sınıftan olduğudur. Bu nedenle mülkiyet, sözleşme, vergilendirme, öğretim, eğitim gibi etkenler hem toplumun, hem de bireylerin dağıtımda aldığı payı belirler. Bireylerin tekil tercihleri aslında dağıtımda belirleyici bir rol oynamaz. Dağıtım toplumun temel yapısını belirleyen kurallara dayanır. Kapitalizmin yapısal olarak zengin ve yoksul ürettiği önkabulüne dayanarak eğer bir toplumda birlikte yaşamak istiyorsak ve herkesin eşit ilgi ve saygıyı hak ettiğini düşünüyorsak, ya sınıflar arası uçurumu ortadan kaldırmalıyız, ya da bir dengede tutmalıyız. Rawls ve Dworkin, sınıflar arası uçurumu görüp, bu uçurumu küçültmenin yolu olarak eşitsiz dağılımı bir nebze katlanabilir hale sokmaya çalışmaktadırlar.

Rawls ve Dworkin, liberal eşitlikçi anlayışın gereği toplum üyelerinin özgür ve eşit kabul edildiği ve bunu temel alan bir dağıtıcı adalet modeli öngörürler. Eşit ilgi ve saygıyı hak eden toplumun üyeleri de yaşamsal olanaklardan yararlanma konusunda hukuk ve politikadan, eşitler olarak muamele görmeyi beklerler, yoksa iktidarların meşruiyetleri sorgulanır hale gelir. Bu bağlamda hem Rawls, hem Dworkin toplum üyelerinin özgür ve eşit bireyler olarak muamele görmeleri gerektiği düşüncesini dağıtıcı adaletin öncülü olarak ele alırlar.

John Rawls, *A Theory of Justice* çalışması ile, adaleti konu edinen tartışmalarda paradigma değişikliğine yol açmıştır. Liberalizmin sınırlarını yıkmadan, ama gittikçe derinleşen sınıflar arası uçurumu da dikkate alarak hakkaniyet olarak adaleti inşa etmeye çalışmıştır. Aslında Rawls’un iddiası bütün farklı iyi anlayışlarının bir arada yaşayabileceği toplumun temel yapısında uygulanacak bir adalet zemini oluşturmaktır.

¹⁴⁰ Freeman, “Politics and Justice II ...,” pp.933-939.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Kantçı deontolojik adalet anlayışına yaslanan görüşlerini, başlangıç durumu, bilgisizlik peçesi ve bunların sonucunda ulaşılan iki adalet ilkesi ile özgürlük, eşitlik, birlikte yaşamının koşulları gibi konularda, liberal toplumda adalete dair belirli bir matrise ulaşır. Bentham ve Mill'in faydacı görüşüyle tartışarak, adalet ilkesinin temeline fayda yerine, Kant'ın izinden giderek birey hak ve özgürlüklerini koyar. Hak yönelimli liberalizm çerçevesinde hakkın iyiye önceliğini belirterek, hakların refah adına çığnenemeyeceğini göstermeye çalışır. Rawls eşitlikçi bir liberal olarak Robert Nozick ve Friedrich Hayek gibi liberterler karşısında sınırlanmamış bir liberal adaleti değil, dağıtımcı bir adaleti savunur. Rawls'a göre sivil ve politik hakların kullanılabilmesi için, toplumsal ve ekonomik ihtiyaçların da en azından birincil iyiler düzeyinde sağlanması gerekmektedir.

Rawls'un tezinin özeti kısaca şöyledir:

“Adil bir toplum hiçbir özel tasarı gerçekleştirmeye çalışmaz ama vatandaşlarına herkes için eşit bir özgürlük ile bağdaştıkları ölçüde kendi amaçlarının ardına düşme fırsatı verir; sonuç olarak, bu toplum iyiye dair hiçbir fikri önceden kabullenmeyen ilkelere göre yönünü saptamalıdır. Bu düzenleyici ilkelerin temel kanıtlanması bu ilkelerin sadece genel refahı arttırmaları, erdemle uğraşmaları ya da bir diğer şekilde iyiyi uygulamaları değil, daha çok bu ilkelerin iyiye nazaran bir bağımsızlık ve bir öncelik hakkı verdiği görülen ahlaki bir kategoriye, adil kavramına uygun olmalarıdır.”¹⁴¹

Rawls'un liberalizm anlayışı adil bir toplum düzeni kurmak ve bu düzen içinde rakip hedef ve amaçlar arasında bir tercih yapmadan, tüm yurttaşlar için, diğerlerini eşit görme ve özgürlüklerine tecavüz etmeme şartıyla, kendi değer ve amaçlarını arayabilecekleri bir çerçeve oluşturmaktır.

Dworkin'in kaynakların eşitliği kuramı, demokratik kapitalist refah devletlerinin en sofistike haklılaştırımı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kuram, liberal adalet anlayışları içinde sonuçsalcı ve yararçı yaklaşımların ötesinde piyasa, demokratik hak ve özgürlükler ile ekonomik-sosyal olanakların hepsini bir arada etkili kılmaya çalışır. Liberteryen ve klasik liberal yaklaşımlar arasında kapitalizmi yumuşatarak daha insani kıldığı ileri sürülmektedir. Nozick gibi piyasanın eşitsizliklerini mülkiyetin mutlaklığına başvurarak haklılaştırmaya çalışmaz. Bireylerin kendi seçimlerinin sonuçlarına katlanması ilkesi ve bununla doğrudan ilişkili piyasa bir arada olursa ancak bu dağıtım modelinin gerçekleşeceğini Dworkin baştan bir liberal olarak zaten ortaya koymuştur.

¹⁴¹ Sandel, “Usuli Cumhuriyet ve Yükümsüz Ben,” s.210.

“Dworkin görüşlerini umutları kırılmış ve birçok temel toplumsal kuruma güvenini yitirmiş bir Amerika için oluşturmuştur.”¹⁴² Yıpranan kurumları, sisteme duyulan güvensizlik, sınıflar arasında açılan uçurumların tespiti çerçevesinde Dworkin liberal kapitalist Amerikan sistemini meşrulaştırmaya yönelmiştir. Bunları gerçekleştirmenin temel unsurları olarak da hukukun üstünlüğü, adalet gibi kurum ve kavramları yeniden gözden geçirmiştir.

Yoksulluk, eşitsizlik birçok farklı kriterlerle ölçülebilir: İnsani gelişme kavramı ölçü alındığında sadece gelir hesapları değil, işin içine insan kaynaklarının gelişimi, özgürlüğü, kişilik unsurları ve insanın temel gereksinimlerine ulaşma gibi başka faktörlerin de dikkate alınmasını getirmektedir. Aslında tüm çalışma boyunca düşünülürce ifade edilen eşit ilgi ve saygı hakkı, diğer bir ifadeyle insan onuru kavramı bizi eşitsizliklerden kaynaklı sorunları çözmeye yöneltmektedir. Adaletsizliği mutlak bir şekilde ortadan kaldırmaya çalışmayan ya da adaletsizliğin temellerine inmeyen incelediğimiz yaklaşımlar, liberalizmin sınırlarıyla belirlenmişlerdir.

KAYNAKÇA

Aktan, Coşkun Can,

İstiklal Yaşar Vural: “Başlıca Fonksiyonel Gelir Dağılımı Teorileri ve Bölüşüm Adaleti,” **Yoksullukla Mücadele Stratejileri**, Ankara, Hak-İş Konfederasyonu Yayınları, 2002, <http://www.canaktan.org/ekonomi/yoksulluk/birinci-bol/aktan-vural-bolusum-adaleti.pdf> 09/07/2015.

Allingham, Michael: “Distributive Justice”, **Internet Encyclopedia of Philosophy**, <http://www.iep.utm.edu/dist-jus/> 22/01/2016.

Arneson, Richard J.: “Equality of Oppurtunity for Welfare: Defended and Recanted,” **Journal of Political Philosophy**, Vol. 7, No. 4, December 1999, pp.488 – 497, <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/reply.pdf>, 21/01/2016.

Arnhart, Larry: **Platon’dan Rawls’a Siyasi Düşünce Tarihi**, Çev. Ahmet Kemal Bayram, 5. Bası, Ankara, Adres Yayınları, Ekim 2013.

Barry, Brian: **The Liberal Theory of Justice**, Oxford, Oxford University Press, 1973.

Bayram, Murat: “Ronald Dworkin’de Adalet Kavramı,” **International Journal of Humanities and Education**, Vol.1, No.1, 2015, pp.65-78.

¹⁴² Freeman, “Politics and Justice II ...,” p.922.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Berktaç, Fatmagül: “Liberalizm; Tek Bir Pozisyona İndirgenmesi Olanaksız Bir İdeoloji,” **19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler**, Der. H. Birsen Örs, 4. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010, ss.47-114.

Bilchitz, David: “Egalitarian Liberalism, Distributive Justice and the New Constitutionalism,” **Theoria**, Issue 140, Vol. 61, No. 3, September 2014, pp.47-69.

Callinicos, Alex: “Having Your Cake and Eating It,” **Historical Materialism**, Vol.9, 2001, pp.169-195.

Canatan, Bilal: “İlkeli Yargıcın Peşinde: Ronald Dworkin ve Yargılama Faaliyetinde Yorum Sorunu,” **Günümüzde Yeni Siyasal Yaklaşımlar II**, Ed. Hilal Onur İnce, İstanbul, Doğu Batı Yayınları, 2015, ss.331-344.

Cohen, G. A.: **If You’re an Egalitarian, How Come You’re So Rich?**, 4.th Printing, Massachusetts, Harvard University Press, 2002.

Cohen, G. A.: “On the Currency of Egalitarian Justice,” **Ethics**, Vol. 99, No. 4, July 1989, pp.906-944.

Çebi, Sezgin Seymen: **Sosyal Adalet: Tarihsel ve Kuramsal Bir Bakış**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2012.

Çırakman, Aslı: “Bir Meşruiyet Sorunu Olarak Siyasal Adalet: Rawls ve Höffe,” **Liberalizm, Devlet, Hegemonya**, Der. E. Fuat Keyman, İstanbul, Everest Yayınları, 2002, ss.105-147.

Donald, Ronald: “What is Equality? Part II: equality of resources” **Philosophy and Public Affairs** 10: 283- 345.

Dworkin, Ronald: “Liberalizm,” **Liberaller ve Cemaatçiler**, Çev. Eylem Özkaya, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2006, ss. 49-76.

Dworkin, Ronald: “What is Equality? Part I: Equality of Welfare,” **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 10, No. 3, Summer 1981, pp.185-246.

Dworkin, Ronald: **Hakları Ciddiye Almak**, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara, Dost Yayınları, 2007.

Dworkin, Ronald: **Law’s Empire**, 2nd Impession, London, Fontana Press, 1986.

Dworkin, Ronald: **Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**, 4.th Print, USA, Harvard University Press, 2000.

Ecer, Alper: “Siyaset Felsefesinde Bir Restorasyon: John Rawls ve ‘Bir Adalet Teorisi’,” http://dergi.yeniyuksektepe.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=37:john-rawls-ve-qbir-adalet-teoris_iq&cattid=6:makaleler&Itemid=5, 30/07/2011.

Engin, Zeynep Ö. Ü.: “John Rawls: Bir Sözleşmecî Adalet Kuramı,” **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Ed. Ahmet Haluk Atalay, İstanbul, Teknik Yayıncılık, Aralık 2004.

Freeman, Samuel: “Politics and Justice II: Equality of Resources, Market Luck, and the Justification of Adjusted Market Distributions,” **Boston University Law Review**, Vol. 90, pp.921-948.

Heath, Joseph: “Dworkin’s Auction,” **Politics, Philosophy, Economics**, Vol. 3, 2004, pp.313-335.

İşsevenler, O. Vahdet: **Platon’da Varlık ve Yasa**, İstanbul, Tekin Yayınları, 2015.

Kocaoğlu, Mehmet: **John Rawls; Adalet Teorisi ve Temel Kavramları**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2014.

Kolm, Serge-Christopher: **Modern Theories Of Justice**, London, The MIT Press, 1996.

Kymlicka, Will: **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, Çev. Ebru Kılıç, 2. Bası, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.

Metin, Sevtap: “Hukuk Felsefesi Ders Notları,” <http://istanbulhfs.blogspot.com> 01/02/2018.

Oxfam: “Reward Work, Not Wealth,” January 2018, https://d1tn3vj7xz9fdh.cloudfront.net/s3fs-public/file_attachments/bp-reward-work-not-wealth-220118-en.pdf, 10/03/2018.

“Özgürlük ve Eşitliği Uzlaştırmak: Hakkaniyet Olarak Adalet,” **Justice**, Güz 2003, s.1-37.

Özkök, Gülriiz: “Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar,” **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, Sayı 5, 2002, ss. 98-106.

Rawls, John: **A Theory of Justice**, Oxford, Oxford University Press, 1971.

Rawls, John: “Temel Özgürlükler ve Öncelikleri,” **Liberaller ve Cemaatçiler**, Çev. Başak Demir, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2006, ss.145-172.

Sağlam, Rabia: “Liberal Adaletin İki Farklı Görünümü: John Rawls ve Robert Nozick,” **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1-2, 2007, ss.181-217.

Sandel, Michael J.: **Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?**, Çev. Mehmet Kocaoğlu, 2. Bası, İstanbul, BigBang Yayınları, Kasım 2013.

Sandel, Michael J.: **Liberalism and the Limits of Justice**, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

Sandel, Michael J.:“Usuli Cumhuriyet ve Yükümsüz Ben,” **Liberaller ve Cemaatçiler**, Çev. Eylem Özkaya, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2006, ss. 208-224.

Schmidtz, David: **Adaletin Unsurları**, Çev. Hayrettin Özler, Ankara, Liberte Yayınları, 2010.

Schwarzschild, Maimon:“Constitutional Law and Equality,” **A Companion To Philosophy of Law and Legal Theory**, Ed. Dennis Patterson, 2.nd. ed., U.S., Blackwell Publishing, 2010, pp.160-176.

Skinner, Quentin: “Adalet, Kamu Yararı ve Özgürlüğün Önceliği Üzerine,” **Liberaller ve Cemaatçiler**, Çev. Sedef Koç, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2006, ss. 173-186.

Türkbağ, Ahmet Ulvi: **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı**, 2. Bası, İstanbul, Derin Yayınları, 2010.

Vergara, Francisco: **Liberalizmin Felsefi Temelleri: Liberalizm ve Etik**, Çev. Bülent Arıbaş, 2. Bası, İstanbul, İletişim Yayınları, 2014, ss.98-102.

Vujainovic, Dragica: “Ronald Dworkin – Theory of Justice,” **European Scientific Journal**, February/Special edition, Vol.8, No.2, pp.1-13.

Zelyüt-Hünler, Solmaz: **Rawls ve MacIntyre: İki Adalet Arasında**, Ankara: Vadi Yayınları, 1997.

<http://philosophy.ucsd.edu/faculty/dbrink/courses/167-05/Handout-7>
Post-Rawlsian Themes.pdf

Adalet Kavramının Felsefi Analizi ve Adalet Türleri
Yorumlar ve Tartışma

Oturum Başkanı:
Prof. Dr. Fazıl Sağlam,

Prof. Dr. M. Tefvik Özcan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gökçe Çataloluk, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Katılımcıların Katkıları

**ADALETE UYGUN HUKUK:
KENDİ İÇİNDE SORGULANMAYA İHTİYAÇ DUYAN BİR
ARAYIŞ**

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Özcan*

1. Giriş

Adalet sorununu tartışan hukukçular ve toplum felsefesi üzerine düşünce üretenler daima adil bir toplumun taslağını betimleyebilme çabası içinde olmuşlardır. Bu çabanın sonuç vermesi için kabul görmüş bir adalet tasarımını yaşama geçirebilecek -çoğunlukla da paternalist- bir devlete ihtiyaç vardır. Oysa, bu sorunlar üzerine fikir yürütürken dikkate aldığımız kapitalist toplumda üstyapının ana unsuru olan siyasal iktidarın ilke olarak paternalist olma çabası mevcut olmamalıdır; zira, kapitalist toplumda siyasal iktidar ekonomik iktidarın çizdiği sınırlar içinde yaşam kazanır ve bu da paternalizmi kaçınılmaz olarak ekonomik iktidarla çatışma noktasına taşır. Keza, aynı şekilde hukukun iktidarı da bir depolitik iktidar sistemi olarak ağırlıklı şekilde ekonomik iktidarın yansımasıdır¹. Burada erdem olarak adalet, bizler gibi sıradan yurttaşlar yönünden adaletseverlik erdemi biçimine bürünür. Verili bir toplumsal yapıda yer tutan bireylerin kendi başına veya belli bir toplumsal alt grubun mensubu sıfatıyla içinde yer tuttuğu veya etkisine maruz kaldığı ilişki düzenlerinde tecelli eden adalet duygusu, beklentilerinin karşılanması düzeyini ölçmeye yarayan bir algıya, daha uygun bir ifadeyle, adalet algısına dayanır. Bu algı nihai olarak, hukukla birlikte iktisadi ve politik ilişkilerin de içinde olduğu geniş bir alandaki topyekûn ilişki düzenlerine dönük memnuniyet veya memnuniyetsizliğin dışavurumu olarak kendisini açığa vurur. Böylece, edilgen veya toplumsal duyarlılığı düşük bir birey bile, adaleti en keskin şekilde adaletsizlik duygusunun yaşandığı yaşam durumlarında teşhis eder. Sonuçsalcı şekilde ortaya çıkan bu algının indirgeyici şekilde sadece hukukla ilgili sayılması, hukuka kendi varoluşunun sınırlarını aşan ve üstesinden gelemeyeceği bir sorumluluğu yüklemek anlamına gelir. Hukukun kurumsal sınırlarının dışında kabul edilmesi gereken ekonomi ve

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Öğretim Üyesi. E-posta. mtozcan@istanbul.edu.tr. Metni basımı öncesinde okuyarak yazım hataların düzeltilmesi konusunda değerli yardımlarını esirgemeyen mesai arkadaşım Sayın. Araş. Gör. Muzaffer Dülger'e teşekkür ederim.

¹ Mehmet Tevfik Özcan, "Etik ve Hukuk: Hukuksal Pozitivizm Üstüne Yeniden Değerlendirme," *Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan*, Ed., Saim Üye, Eylem Ümit Atılgan, E. İrem Akı, Zeynep İspir ve Funda Kaya, Ankara, Ankara Üniversitesi, 2016, s. 541-581.

politika alanlarındaki ilişki düzenlerinin sonuçlarından hukuku sorumlu tutmak, toplumda hukuka ait olmayan kurumların veya alt-sistemlerin hukukun içinde toplandığı yönünde bir yanılsamanın ortaya çıkmasına yol açar. Diğer taraftan, hukukun sistem kuramı yönünden ele alındığında, modern toplumun ilişki düzenlerinde ahlak ve adalet, Luhmann'ın yaklaşımına uygun kavramlarla ifade ettiğimizde, hukuk sisteminin merkezinde yer tutan koda ilişkin değildir; sistemin çevresel alanını oluşturan program içinde yer tutan bir sorunsaldır. Bu nedenle, istisnai özellik gösteren ve hüküm tesisi için uygun hukuk normu veya emsal kararın bulunmadığı zor davalar hariç, hukukçunun olağan davalardaki ölçütü adalete uygunluk ve aykırılık değil, hukuka uygunluk ve hukuka aykırılıktır². Ortaçağ kanonik hukukun tanrısal görüşe dayanan merkezi görüş açısını adaletin ölçütü yaparsak bu konuda daha kolay bir yol bulabiliriz; ancak günümüz kapitalist toplumunun ileri derecede farklılaşmış ve karmaşıklaşmış dünyasında bunun uygun bir karşılığını bulmamız olanağı yoktur.

Eski İbrani diline ait *şedaqah* sözcüğü, günümüz dillerindeki adalet sözcüğünü karşılamaktaydı³; toplumda hiçbir anlamda tutunamamış bir dilencinin kendi kayıplarının toplum tarafından telafi edilmesi istemi adalet talebinin dile getirilmesi olarak görülebilir. Ancak günümüzde yapısal olarak ileri derecede ekonomik eşitsizliğe maruz bulunan ileri kapitalist toplumun mensuplarının adalet istemleri, eski durağan toplumların görece olarak sayıları marjinal düzeyde olan veya böyle gösterilen talihsiz insanların talepleriyle karşılaştırılmaz. Erdem ve insan haysiyetinin henüz insan olmanın olmazsa olmaz özelliği olarak tanımlanmadığı eski toplumların tebaa özelliğindeki mensuplarının sözde “iyicil” egemenlerden talep ettiği iyilik ile günümüzün adalet istemleri arasında paralellik kurulamaz. Günümüzde her bir tekil adalet istemi özünde ya bir hakkın kullanılmasının önündeki engelin kaldırılmasına ya da yeni bir hak isteminin hukuk tarafından tanınmasına yöneliktir. Kapitalist toplumların kaybedenler tarafında kalmış olanlara “bedavacı” gözüyle bakarak, yaşama

² Cf., Niklas Luhmann, *Law As a Social System*, Trans. by Klaus A. Ziegert, Ed. by Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff, and Rosamund Ziegert, Introduction by, Richard Nobles and David Schiff, (Oxford), Oxford University, 2004, pp. 206-214.; Gökçe Çataloluk, *Hukuk Sistemi ve Autopoiesis*, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 146-164, *et passim*.

³Raymond Westbrook, “The Character of Ancient Near Eastern Law,” *A History of Ancient Near Eastern Law*, Ed. by, Raymond Westbrook, Vol. I, Leiden and Boston, Brill, 2003, p. 26 .

geçmesi mümkün olmayan “dağıtıcı adalet” tanımları bulmakla meşgul olan ve genellikle Amerika Birleşik Devletleri’nin doğu kıyısında yaşamış veya yaşamakta olan felsefecilerinin kendi üst-orta sınıf dünyalarından veya onların sözde “ahlaki” değerlerinden hareketle yaptıkları değerlendirmelerde sadece havanda su dövmekte olduklarını düşünüyorum⁴. Eğer mevcut hukuk sisteminin kendisi objektiflik özelliğinde ve formel yapısı içinde yerli yerinde bulunuyor ve hukuku icra edenler görevlerini uygun surette ifa ediyorlarsa, hukuksal karar almaya ilişkin tekil hukuksal veya yönetsel kararlar ya da uygulamalar hakkaniyet mülahazasıyla, adalete uygunluk veya aykırılık yönünden eleştirilebilir. Şayet bunu aşan şekilde, ekonomi ve politika ilişkilerinin mahiyeti ve özellikle kapitalist üretim biçiminin sonucu olan toplumsal ilişki biçimlerinin maddi hukukta vücut bulması eleştiri konusu ise, buradaki sorun hukuka ilişkin değildir; belirtilen diğer alanlarda adalet algısına ters düşen bir uygunsuzluğun bulunmasının sonucudur. Sadece denkleştirici ve dağıtıcı adalet yönünden hukukun eleştirisi kendi başına genel ve soyut bir kavram olan adalet kavramı aracılığıyla yürütülemez; bu mutlaka hukukun toplumsal üstyapı kurumu olarak sorunsala dönüştürülerek eleştirilmesini gerektirir. Hatta böylesi bir eleştiride önerilebilecek daha iyi bir hukuk düzeni tasarımı gerçek bir çözüm olabilecekse, dağıtıcı adalet kavramına hiç ihtiyaç duyulmayacak ya da pek az ihtiyaç duyulacak şekilde inşa edilmelidir.

2. Adalet ve Hak İstemi

Muhterem Hocam Prof. Kuçuradi’nin isabetle ortaya koyduğu üzere, günümüzde adaleti “istem” olarak tanımlamak ve istemin içeriği somutlaştırıldığında, her bir somut tezahüründe “hak istemi” olduğunu belirlemek gerekir. İstemde bulunabilmek yetisi hem entelektüel, hem de dışsallaşma momenti ile birlikte değerlendirildiğinde, bu bir erdem dışıdır. Erdemi ve hak istemini dilencinin veya karşısındakinin merhametini harekete geçirmek isteyen edilgen ve insani olarak zayıf olan bireyin yalvarmasından farklı kılan özellik olarak düşünmek gerekir. Hak isteminin kendisi mevcut hukuk sistemi koşullarında başarıya ulaşması veya tanınması yönünden sisteminin mahiyetine uygun olmalıdır; bu istem hukuk sisteminin tanıma ediminde bulunabilmesinin sınırlarının daha ilerisinde ise,

⁴Sanırım, başta Rawls ve Dworkin olmak üzere, aynı çizgideki bir dizi yazarı kastettiğim kendiliğinden anlaşılacaktır. İlginç bir modaya dönüşmüş olan bu eğilimin Amerikan toplumu ile benzerliği bulunmayan, üstelik kendi hukuk sistemleri ve hukuk kültürleri de Amerikan örneğiyle ilişkilendirilemeyecek ülkelerin düşünce insanlarını da anlamsız şekilde kendi çekim alanında topladığı görünmektedir.

uzun dönemli bir siyasal stratejiyle tanınmasını ve hukuk sisteminde değişiklik yapabilmesini sağlayacak kapasiteye sahip şekilde ileri sürülmesi gerekir. Adalet ve erdem ilişkisinin Aristoteles'e dayanan düşünsel geçmişi, kuvvetler ayrılığı öğretisindeki hukuk ve politikanın birbirinden ayırt edilmediği ve iyi yönetimin bu ikisinin bütün olarak işlediği koşulların özelliği sayıldığı bir çağın izini taşımaktadır. Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik II.i*'de erdem sayılan kişilik özelliklerini iki temel başlık altında toplamıştır. Birinciyi oluşturan "karakter erdemi" alışkanlıkla edinilirken, "düşünce erdemi" eğitim yoluyla edinilir⁵. Burada erdemin insan kişiliğinde tuttuğu yerin mahiyetine dönük şekilde Aristoteles'in yaptığı sorgulamayı betimlemek yerine, karakter erdeminin haz ve acı deneyimleri ile ilgili olduğunu zikretmekle yetinelim⁶. Aristoteles'te erdemin inşa edildiği yer insan ruhudur; burada ruh etkilenimler, olanaklar ve huylar olarak üç bölüm halinde tasvir edilmiştir. Birincisi, karakter erdemlerine kaynaklık eden duygulanımların yaşandığı alandır; ancak bu, erdemin kendisinin kaybı tehlikesini de içinde taşır. Aristoteles'te olanaklar insanda doğal olarak var olanlardır; huylar ise erdemin kendisinin inşa edildiği alandır⁷. Düşünce erdeminin de, bir kişilik özelliği haline gelmesi nedeniyle, insanda huy (veya alışkanlık) sürecinde yerleştiği anlaşılıyor. Düşünce erdemi tercih etmeyle ilgilidir ve kaynağını duygulanımlardan alan karakter erdeminden üstün durumdadır. Karakter erdeminde en ziyade etkili olması beklenen husus hazzın ağırlığıdır; ancak işaret edildiği üzere, bu durum kişinin ölçülü ve adil olmasını engelleyen bir niteliktir. Askerlerin salt savaşçılık yeteneğiyle tanımlandığı dikkate alınarak, Aristoteles kendi çağına ilişkin gözlemlerinden hareketle, savaşma olanakları azalan askerlerin cesaretini

⁵Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, Çev. Saffet Babür, (Ed., Ioanna Kuçuradi), Ankara, Hacettepe Üniversitesi, 1988, s. 27, *et. seq.*

⁶*Aristoteles, Nikomakhos'a Etik II.iii*, s. 31.

⁷*Aristoteles, Nikomakhos'a Etik II.v-vi*, s. 33-34. Kanımca, erdemin kişiye ait bir yeti ya da güç kapasitesi olarak değerlendirilmesi gerekir. Ancak buna rağmen hangi erdemin (bilfarz düşünce erdeminin) üstün sayılacağı sorunu kişinin kendisi dışında bir toplumsal ölçütü gerektiriyor. Ayrıca, Locke'un *İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme II.xxvii*. 10-15'de (Ed., A. D. Woozley, Çev. Vehbi Hacıkadiroğlu, İstanbul, Ara, 1992, s.224-225) erdem, karşıtı olarak kötülükle birlikte sunulduğunda, kötülük adlandırması (Locke da konuyu aynı yönde değerlendirmektedir) kaynakları kişinin dışında olan bir değerlendirilmedir. Toplumda egemen ahlaki aşanı bir etik tutumu, örneğin *supererogation*'u veya başkaca meşulaştırılması sorunsuz olan bir değer yönelimini erdem saymak zorundayız. Toplumda egemen ahlaki onaylayan kişi bunu kendi erdeminin gereği olarak da yapmış olabilir veya tutum alması salt boyun eğmeye veya kinizme de dayanabilir. Bu konu üzerine daha fazla fikir yürütülmesi gerektiği kanaatindeyim.

yitirdiğini ortaya koymuştur⁸. Gerçekten korkusuz olanlar, vatanını savunan, -muhtemelen düşünce erdeminin önde yer tuttuğu- yüksek erdemlere sahip yurttaşlardır. Burada Platon'dan beri siyasal toplum ütopyasında askerliğin ikinci dereceye konulmasının altında yatan algılamının entelektüel idealin üstün tutulması olduğu anlaşılmaktadır. Bu nokta, adaletin sadece düşünce erdemleri ile ilgili olmasının altında yatanın ne olduğunu kendiliğinden gün ışığına çıkarmaktadır. Entellektüel ideal olarak bilginin ve akla uygunluğun her iki alana da egemen olduğunun düşünüldüğü bir çağda yüksek erdemi oluşturan düşünce erdeminin yönetime egemen olması beklenmektedir. Bunun karşısında yer tutan karakter erdeminin sahibi olanların daha aşağı konumda buldukları düşünülmesi gerekirken, oligarşi ve tiranlık olarak belirlenen en kötü yönetimleri kuranlar bu kişilerin arasından çıkan kişilerdir.

Aristoteles, eşitsizliğin kölelik formunun doğal kabul edildiği eski Atina toplumunda yaşamış ve bu insanlık dışı durumu değiştirme düşüncesini hiç ortaya atmamış olduğu halde, adaleti bizatihi eşitliğe dayandırmıştır⁹. Burada ölçülülük ve aşırılıkları dışlayan orta noktanın eksen oluşturduğu denkleştirici adaletteki formel eşitlik anlayışı adalet algısının hareket noktasıdır. Nitekim, Aristoteles'in tanımında eşitlik o denli asli unsurdur ki, eşitliğe aykırı olanın yasaya aykırı olduğunu ifade ederken, eşitliği yasanın meşruluk ölçütü haline getirmiştir¹⁰. Adaletin alt türleri olarak, denkleştirici adalet, dağıtıcı adalet, düzeltici adalet ve hakkaniyet, tartışmaya konu ilişki durumlarında ilişkide yer tutan tarafların ne surette karşılaştırılabilir olduğuna bağlı şekilde eşitlikle ilişkilendirilerek anlamlandırılmıştır¹¹. Aristoteles'in görüş açısından yönetici ve yargıcın ayırt edilmediği ve adaletin hukuki, siyasal ve ekonomik formları arasında bir ayrımın da yapmadığı dikkati çekmektedir. Bu durumun, hukuk ve politika alanlarının tamamını siyasal toplumun bütünlüklü işlevleri olarak gören dönemin siyasal toplum anlayışı ile ilişkili olduğunu düşünmek mümkün

⁸ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* III.viii, s. 61.

⁹ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* V.i, s. 94, *et seq.*

¹⁰ Aristoteles'in yasaya (burada *nomos* yani insani yasa kastedilmektedir) ilişkin görüş açısını, başka bir çalışmayı incelerken tesadüfen rastladığım bir ifadenin izini sürerek bulabildim. Bir retorik eleştirisi olan *On Sophistical Refutation* I.iix'de (Trans by, E. S. Forster and D. J. Furley, London, William Heinemann Ltd. and Harvard Uni., 1955, p.73) - Platon'un *Georgias* diyalogundaki Callikles'in eleştirisinde- "yasanın çoğunluğun kanaati olduğunu, fakat bunun dile getiriliş şeklinin doğa ve hakikatin standartlarına uygun bulunduğunu" ifade etmiştir. Bu yaklaşımın Stoa'nın hukukun insana ait doğru aklın (*ratio recta*) ürünü olduğu görüş açısının kaynağını oluşturmuş olabileceğini sanıyorum.

¹¹ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* V.iv-x, s. 100-114.

görülmektedir. Burada anlamlı bulunması gereken bir başka husus, tekil bireyler yönünden önemi belirginleştirilmiş olan “hak” kategorisinin adalete göre tanımlanmasıdır. Burada hakkı belirleyen adalet yönünden varlığı farz edilen denge ve orta nokta olabileceği ima edilmektedir. Tersinden bakarak Hegel’in kurduğu geleneğin terimleriyle düşünürsek, hakkı orantılı olan ve orta noktaya ilişkin olduğu durumda, hukuki tanımaya kavuşabilir olacağını düşünebiliriz. Bu husus daha sonra ortaya atılacak olan tanrısal hukuka itaat ile irade teorisi arasındaki tartışma yönünden sorgulanmaya açıktır, hatta aşağıda işaret edeceğim bunun geç Ortaçağ’da büyük bir ayrılık konusu haline gelen olan Fransiskanların Stoacı ve yeni-Augustin’ci görüş açısı ile Dominikanların taraftarı irade teorisi arasındaki farklılaşmada rol oynadığı anlaşılmaktadır.

St. Thomas Aquinas *Summa Theologiae* IIaIIae Question 57 ve 58’de hak ve adalet problemini ele alırken, kendisinin bağlı olduğu Aristotelesçi çizgiye bir miktar açıklama getirmiştir¹²: Adaletin eşitlik olduğu ifade edildiği üzere, hak bunun dışında kalan bir bireysel erdemden hareketle ileri sürülebilir olmalıdır. Buna göre, hak adaletin objesi olmalıdır; ya da Question 57’ye dönük *responsio*’larda yer aldığı üzere, hak adaletin icra edilme şeklidir: Hakların temelinde insan iradesi bulunur ve iradelerin kendisi özel hukuk yönünden “özel düzenleme” veya kamu hukuku yönünden “kamusal uzlaşma” biçiminde tecelli eder. Yine, St. Thomas’a göre, hukukta pozitif hale gelmiş olmak bu düzenlenmiş olma halidir; ancak pozitif hak ile doğal hak arasında başkaca bir ayrılık mevcut değildir. Burada, St. Thomas yönünden bakıldığında, Aristoteles’in düşünme erdemi içinde ele aldığı adalet erdemini, Prof. Kuçuradi’nin istem kavramını yukarıda kendi yaklaşımında dile getirdiğim gibi, adaletseverlik olarak anlamak gerekir. Zira çok net olmasa da, St. Thomas’ın ifade ettiği gibi, birey hak isteminde bulunabilir; bu da hukuki bir paradigma içinde ifade edildiğinde adaletseverlik formundadır. St. Thomas’da dikkati çektiği üzere, birey kendi özgürlük alanı içinde cereyan eden tekil edimlere dönük tutum alışlarında erdem sahibi olabilir; oysa adaletin kendisi hukuk ve politikanın ayrıştırılarak analiz edilmediği bir algı düzeni içinde ancak betimlemesi yapılan siyasal toplumun özelliği olabilir, bu da bireysel erdemden fevkindedir ve bireylerarasılık alanına ilişkindir. St. Thomas Aquinas Question 58 Art. 4’de iradenin (*will*) rasyonel arzu olduğunu, bu bakımdan hiddete ve şehvete yönelik (*irascible* ve *concupiscible*) olabileceğini, ancak

¹² Cf., St. Thomas Aquinas, *Political Writings*, Trans. by, R. W. Dyson, Cambridge, Cambridge Uni., 2004, p. 158, *et seq.*

adaletin böyle olmadığını ifade etmiştir. St. Thomas, Aziz Gregory'nin ifade ettiği dört erdem olan, ölçülülük (*temperance*), basiretlilik (*prudence*), cesaret (*fortitude*) and adalete (*justice*) işaret ederek, Art. 5'de adaletin genel erdem olduğunu, oysa ölçülülük ve cesaretin genel erdem olmadığını ifade etmektedir. Bu yüzden, St. Thomas Aquinas'da (Art.7) adaletin nihai olarak vücut bulması ortak iyiye yönelik olan devletin mevcudiyetini koşul haline getirmiştir¹³.

St. Thomas Aquinas'ın teolojik düşünüşünün sınırlarının dışına çıkıldığında, adaletin genele veya kamusalait olduğu düşüncesi, bundan böyle "adalet" denilenin hukuk düzenin bizatihi kendisiyle özdeş kabul edilmesi şeklinde anlaşılacaktır. Bu, bir yandan adaleti bireysel bir erdem saymayı sorunlu hale getirmektedir: zira adaletin kendisiyle özdeş kılınan hukuk düzeninin tekil bireylerde tecellisinin farklı farklı olan erdemlere dayandırılması mümkün değildir. Bu ayrımın en net şekilde belirttiği yaklaşım -ahlak doktrininin rasyonalist olmadığı dikkate alınarak- David Hume'un *A Treatise of Human Nature* III.ii'de bireysel özçıkara dayanan mülk sahibi bireylerin bireysel erdemleri ile bu erdeme sahip olanların birleşmesinde vücut bulan kamusal adaletin inşa edilmesidir¹⁴. Kendi anlayışım çerçevesinde ifade edersem, kamusal adalet mülk sahiplerinin depolitik özelliğe sahip ve rasyonelliğe uygun şekilde işlemek zorunda olan ortak alanına aittir ve hukuk formundadır; bu yüzden aynı yönde olan iradeler hukukun objektifliği ve formelliği biçimini kazandırılarak farazi bir oйдаşma şeklinde dışı vurulmaktadır. Hak istemi hukuki tanımaya kavuşmasının gerçekleşemediği koşullarda öne sürüldüğünde, bu durum siyasal istem olarak kamusallaşmasına ve hatta siyasal alanda radikalleşen sonuçlar üretmesine kaynaklık etmiş, nihayet burjuva devrimlerine yol açmıştır. Tanımının bir şekilde başarıldığı momentlerde (ilk burjuva devrimleri olan Hollanda ve İngiliz devrimleri böyle görünüyor), kraliyet tahtı başta olmak üzere eski rejimin kurumları şeklen yerinde kalmış, ancak siyasal sistem ve hukuk düzlemlerinde burjuvazinin yaşam hakkı, mülkiyet ve sözleşme özgürlüğü istemlerine uygun bir başkalaşma yaşanarak, mevcut hukuk reform yapılarak korunmuştur. Bu yüzden, burjuvazinin yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü serbest dışı ticaret sistemi, altın para

¹³ *Ibid.*, p. 182. St. Thomas Aquinas *paternal* ve *dominative* hakları birbirinden ayırt ettiği Question 57, Art.4'de (pp. 167-168) kişinin karısı ve çocukları üstündeki haklarının *paternal* olduğunu ve bunun da *domestic justice* ile alakalı olduğunu belirtmiştir: oysa köle üzerindeki hak *dominative* mahiyettedir.

¹⁴ Bkz., David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Ed. L. A. Selby-Brigge, Oxford, Clarendon, M DCCC XCVI (1896). p. 484, *et seq.*

standardı (veya sıkı para politikası) ve minimal devlet¹⁵, istemlerini açık ve örtük şekilde ihtiva eden kamusal adalet, eğer krallık tarafından tanınmış ise burjuvazi politika alanında daha ileri istemlerde bulunmamıştır. Hume'un siyasal iktidarla bilinçli şekilde özel olarak meşgul olmayışının altında yatan, bu tanınmanın İngiltere'de de sağlanabilmiş olmasıdır.

Burada ele alınan yaklaşımların altında insanlar arasındaki verili statü farklılıklarının “doğaya uygun” veya “adalet açısından sorgulanması gerekmeyen” durumlar olarak algılandığı ve eşitliğe aykırı sayılması gerektiği şeklinde bir düşünsel kabul yatmaktadır. Kapitalizm fiili durum olan statüler toplumu yerine bireyler toplumunu geçirdiği ve bu da bireyleri tam ehliyetli hukuk süjesi olarak tanıdığı için, paternalist devlete itaat yerine bireylerin istemlerinden hareketle ileri sürülen hakların tanınmasını hukukun temel özelliğine dönüştürmüştür. Bu zorlayıcı sorgulanma kamusalılığın inşasında kendini daha ileri noktaya taşıdı ve vatandaşlık kategorisinin doğuşuna kaynaklık etti. Statünün fiili durumunun yerini aldığı belirtilen bireyler pratikte toplumsal sınıfların yeni fiili durumuna dönüşmüş, sadece politikanın değil, adalet isteminin yeni biçimlerinin ve adalete uygun sayılabilecek hukukun sınırlarının yeniden değerlendirilmesini gerektirmiştir. Bu duruma rağmen, günümüzde çok sayıda hukuk felsefecisi ahlak söylemlerini hareket noktası yaparak, tıpkı eski statü toplumundaki gibi, “hukuka itaat yükümlülüğü” biçimindeki paternalist ilkeyi yeniden üretmektedir. Günümüz hukuk felsefecilerinin bu tutumu burjuvazinin devrimci ruh halini uzak geçmişte bırakması ve tekelci kapitalizmin bireyler toplumunu eriterek, toplumu kitle toplumuna dönüştürmesi ile yakından ilişkilidir. Bu yaklaşımlar, özgürlüğün yerine boyun eğme kültürünü sinsice ikame ederek, tekelci kapitalizmin insanlık dışı hale gelmiş düzenini savunmaktadır.

3. Hukuk Tecrübesinin İki Kaynağı

Toplumsal üstyapı olarak hukuk, tarihsel olarak vücut bulmuş çok yönlü ve karmaşık bir tecrübe birikiminin yeniden yapılanmasıdır. Kapitalist toplum açısından yaptığımız bu saptama, gerisinde insanlık tarihinin erken safhalarından başlayan toplumsal deneyimlerin, özellikle de, farklı toplumsal ilişki düzenlerinin ortaya çıkardığı nesnelleşmiş ilişki tarzlarının

¹⁵ Sayılan ilk üç temel hak, John Locke'un *Two Treatises of Civil Government*, II. vii'de (Introduction by, William S. Carpenter, London, Everyman's Library, 1966 p. 87 *et seq.*) yer aldığından bu yana liberal ideolojinin çekirdeğinde yer alan temel unsura dönüşmüştür. Diğerleri büyük ölçüde liberalizmin Manchester Okulu döneminde olgunlaşmış ilkeler olarak ilk üç temel hakka eklenmiştir
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

ve toplumsal çatışmayı çözmeye geliştirilen başarılı usullerinin biriktirilerek seçmeci şekilde yeniden kullanıma sokulduğu uzun bir tarihi barındırır¹⁶. Burada verili koşullarda yer alan hukuku kesiksiz bir tarihsel akışın ürünü saymaktan ziyade, hukukun bir depolitik iktidar sistemi olarak yeniden eklemlenmesinde tarihsel olarak deneyim birikimi içinde yer alan unsurların koşullar gerekli kıldıkça yeniden kullanımı ve yapılandırılması olarak düşünmek gerekir. Bir genelleme yaparak, uygar toplumlarda hukukun mahiyeti açısından iki tarihsel momenti düşünmemiz gerekir. Birincisi, siyasal iktidarın ekonomik iktidardan üstün durumda olduğu kapitalizm öncesi toplumsal formasyonlarda, hukukun yürütme kuvvetinin veya devlet bürokrasisinin uzantısı olarak ortaya çıkması ve bu siyasal kısıt altında işleridir. İkel hukuk, erken devletten itibaren siyasal egemenlik sisteminin uzantısına dönüşmüş şekilde, erken uygarlıklarda devlet yapılarının iç düzeninin inşa edilmesinin hareket noktasını oluşturmuştur. Bu durum, daha sonra devletin siyasal kapasitesini ve bilgiye hükmetme olanaklarını tekelleri şeklinde elinde toplayarak hukuku politikanın uzantısına dönüştürmesi yönünde evrilmiştir. İkincisi ise, üretim sürecindeki gelişmenin piyasa düzeni içinde aktörlerin ekonomik iktidar kapasitesinin ortaya çıkmasıyla, politikanın uzantısı olan hukuka alternatif ve yeni piyasa çevresinde kümelenen ilişkilerin özgün özelliklerine uygun düşen farklı bir hukukun ortaya çıkmasıdır. Burada, piyasanın oynadığı rolün büyümesine paralel şekilde ekonomik iktidarın güçlenmesi hukukun bütünündeki nüfuzunu icra eder ve büyütür. Erken devletten itibaren ortaya çıkan ve tarım ve zanaatlar arasındaki farklılaşmaya denk düşen koşullarda ilerleyen şehir devrimi bu ikinci alanın belirginleşmesine ve giderek büyümesine zemin hazırlamıştır.

Tarihsel örnekleri ele aldığımızda, yukarıda belirtilen genellemelerin anlamlı olduğunu görürüz. Asya tipi üretim tarzı¹⁷ olarak adlandırılan bir başlangıca sahip Orta-Doğu'daki en eski uygarlık oluşumunun erken evresinde salt siyasal özellikli iktidar yapısının uzantısı halinde işleyen bir hukuku ortaya çıkardığı anlaşılmaktadır. Ancak, M. Ö. üçüncü binyıldaki III. Ur döneminden itibaren politik merkez olan şehirlerin dışında Asur dilinde *karum* denilen, ancak şehirlere mücavir ayrı ekonomik bölgelerin oluşumuyla¹⁸, siyasal egemenliğin takdir yetkisinden farklılaşan ve giderek

¹⁶ Cf., O. W. Holmes, *The Common Law*, London, MacMillan & Co., 1882, pp. 1-37.

¹⁷ Bkz., Karl Marx, *Pre-Capitalist Economic Formations*, Trans. by, Jack Cohen, Introduction by., E. J. Hobsbawm, New York, International Publishers, 1965, p. 83, *et seq.*

¹⁸ Marc Van De Mieroop, *The Ancient Mesopotamian City*, Oxford, Clarendon, 1997, p. 63, *et seq.*

bireylerarasılığa dayanma eğilimi sergileyen bir özel hukuk oluşumu kendini gösterdi¹⁹. Bu ticari alanlar, ayrıca, ekonomik iktidarın siyasal iktidar karşısında tedricen özerkleşmesi olarak -deyim yerindeyse- özgürlük alanı halinde belirginleşti. Ekonomik ilişkilerin baştan itibaren kent devletinin toplumsal alanlarının tamamında yer tutan *oikos* ve *polis* ikiliğine dayanan ve M.Ö. yedinci yüzyıldan itibaren kökenlerindeki kurucu kan bağına dayalı *phratri*'lere yaslayan aristokrasilerin çökmesi sonucunda, hatta tiranlık deneyimleri yaşayarak, cumhuriyet ve demokrasi oluşumuna uzanan Antik Yunan deneyimi farklı bir örneği ortaya çıkardı²⁰. Atina şehir devletinde M.Ö. 530 Solon Yasaları ve M.Ö. 510'da Kleisthenes reformları ardışık şekilde cumhuriyet ve demokrasi deneyimleridir. Atina sitesinde ekonomik uzam ve politik uzam aynı olduğu için, pazarın inşa ettiği özgürlük alanı şehir devletinin bütününde gelişmiştir. Antik Yunan *phratri*'lere benzer şekilde, kökleri *gen*'lere (*gentes*) dayanan Roma sitesi *domus* ve *forum* ikiliğinden hareketle, tiran Tarquinius'un M.Ö. 498'de öldürülmesi sonrasındaki cumhuriyetçi gelişmede Solon yasalarından esinlenen M.Ö. 451-450'deki XII Levha Kanunları'yla Atina sitesine benzeyen bir hukuksal gelişme sürecine girdi. Bunu daha sonra *praetor* hukuku yoluyla kazuistik hukukun gelişmesi izledi. Bu sürecin kendisi de, Eski Roma toplumsal yaşamında ticari ilişkilerin rolünün büyümesiyle ilişkilidir²¹. Ancak, Roma devlet olarak karasal genişlemeye mecbur olduğu ve bunu başarıyla icra ettiği için, cumhuriyet demokrasiyle dönüşmemiş, aksine imparatorluğa dönüşerek yozlaşmıştır.

Adalet probleminin tartışılmasına yönelik olan yazımda, mahiyeti gereği pazarın hukukun gelişmesindeki rolünü ayrıntılı şekilde irdeleme olanağı bulunmamaktadır. Ancak şu kadarını ifade etmeliyim ki, kapitalizm öncesi toplumlarda piyasa ilişkilerinin ortaya çıkardığı toplumsal ilişkilerin yeni eklemlenme biçimleri, devletleşmede zorunlu şekilde inşa edilen siyasal iktidarın bürokratik uzantısı durumundaki hukuktan ayırt edilen pazar eksenli hukuk oluşumunu karşımıza çıkarmaktadır. Piyasanın ürünü olan bu hukuk, devletin karşısında ve onunla çatışma içine giren ikinci bir hukuk değildir ve tanınmak suretiyle öncekiyle bütünleşme eğilimindedir. Erken

¹⁹ Belirtilen uygarlık çevresinde oluşan kazuistik hukuk ve hukuk kodlarının kısa, ancak kapsayıcı analiz için bkz., Westbrook, *op. cit.*, pp. 1-90.

²⁰ Robin Osborne, *Greece in the Making 1200-479 BC*, 2nd ed., London and New York, Routledge, 1996, *passim*.

²¹ Cf., Theodor Mommsen, *The History of Rome*, Vol. I, Trans. by, W. P. Dickson, Everyman's Library, 1911, p. 243, *et seq.*; Tenney Frank, *An Economic History of Rome*, 2nd ed., Kitchener, Batoche Books, 2007, pp. 14-25.

uygarlıklarda zamansal önceliğe sahip siyasal iktidarın uzantısı halindeki hukuk, kural olarak dinsel kaynaklara dayandırılır. Bunun en tipik örneği, birçok hukuki düzenlemede Mezopotamya'daki hukuki deneyimin zirvesi olarak işaret edilen *Eski Ahit*'dir. Bu denli kuşatıcı olmasa da, tanrısal hukuk formunda sunulan Antik Yunan'daki *thesmoi* veya Eski Roma'da XII Levha Kanunları öncesindeki *pontifical* özellikli *fas* örnekleri kaynağını aristokratik özellikli siyasal iktidarın formundan alan dinsel hukuklardır. Piyasa ilişkileri sonucunda yaşanan toplumsal değişimle dinsel hukuk yerini laik yasalar olarak Atina şehir devletinde *nomoi*'ye, Eski Roma'da ise cumhuriyetle birlikte *leges*'e ve zamanla *jus*'a bırakmıştır. Burada, Sümer uygarlığının tarıma dayandığını ve tarımsal artı-emeğe siyasal zor yoluyla elkoymanın asıl olduğunu akılda tutularak, zanaatkârlığın tarımdan ayrıştığı işbölümünün piyasa oluşumunun altında yattığına dikkat edilmelidir. Ekonomik iktidarı elinde tutan tüccar zümresi içinde cereyan eden ilişkilerde yeni uyumsuzluk formlarının ortaya çıkması, ticari davaların tüccarların kendi ticaret mahkemelerinde çözülmesine açık veya örtülü cevaz veren ticaret hukuku uygulamasını yarattı. Bunun dışında, dar anlamda ticari iş sayılmayan, ancak miras, vasiyetin tenfizi, arazi hukuku, aile malları, vb. bu ticarileşmenin dolaylı yansıması olan diğer uyumsuzluklar siyasal iktidarın uzantısı olan hukukta değişim yaşanmasında önemli bir etki oluşturmuştur. Kaldı ki, siyasal iktidarın bürokratik uzantısı olan mahkemeler ticari çıkarlara açıkça zarar verdiğinde, tüccarların faaliyetlerini durdurması veya başka ülkelere taşınması riski bu konuda önemli bir baskıdır. Bu gelişmenin kanıtları karşımıza Eskiçağ Mezopotamya'sından günümüze intikal etmiş sözleşme metinlerinde, günümüz anlamında özel hukuka ilişkin olduğunu kabul etmemiz gereken kazuistik hukuk formundaki mahkeme kararlarında ve ilki Lagaş'ta M.Ö. 2350'de çıkarılan Urugakına Kanunu olmak üzere çıkarılan kanunlarda²² çıkmaktadır. Mahkemelerin siyasal iktidarın uzantısı olmasına ve bürokrasi ile aynı özellikleri taşımalarına rağmen, maslahata uygunluk (*utiliy*) gereğince liberal ilişki düzenini çağrıştıran kararlar vermesi gibi, karşımıza şaşırtıcı örnekler çıkmaktadır. Mezopotamya'nın başlangıçta Asya tipi üretim tarzı veya Asyatik Despotizm modelindeki siyasal sisteminde toprak üzerindeki hâkimiyetin siyasal egemenliğin bizatihi kendisi olduğundan (sanırım bunların ikisine birden *potestas* diyebiliriz), tarım topraklarının alınıp satılması söz konusu değildir. Buna rağmen, III. Ur döneminden

²² Bkz., Mebrure Tosun ve Kadriye Yalvaç, *Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı*, 2. b., Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1989, *passim*

İtibaren toprağın alınıp satılmasına ilişkin belgelerin bolluğu, piyasa ilişkilerinin tedricen Asyatik sistemin kuruluşundaki dayanakları dahi dönüşüme uğratabilecek şekilde, nüfuzunu her alanda genişlettiğini göstermektedir. Eskiçağ Mezopotamya devletleri hiçbir zaman liberal sayılabilecek kadar serbest pazarın tam hâkimiyetine girmemiştir; kölelik daima temel kurum özelliğindedir, sadece parayla alınıp satılan köleler dışında, toplumun tamamının kulluk benzeri hiyerarşik ilişki düzenleri şeklinde şebekeleştiği dikkati çekmektedir. Ancak, nasıl olursa olsun, bu toplumlarda süreç içinde Roma hukukundaki gibi, eşya üzerindeki (köle de eşya hükmündedir) hâkimiyet olan *dominium*'un tebaa üzerindeki hâkimiyet olan *imperium*'dan (veya daha sonraki dönemlerde *auctoritas*'dan) farklılaşma sürecine girdiğinin ilk işaretleri görülmektedir.

Kapitalizm öncesinde yer alan bu gelişmede üretici güçlerin gelişiminin ürünü olan pazarların ortaya çıkması, siyasal iktidarı paylaşanlar karşısında, geç Ortaçağdan itibaren Avrupa'da görülecek olan kamusal ve potansiyel vatandaşlık alanlarında yer tutanlar cumhuriyetçi erdemlerin de kaynağını oluşturacaktır. Emek sürecinin asıl aktörleri olan tarımsal üreticiler ve zanaatkarlar (menkul mal hükmündeki köleler de buna dâhil sayılmalıdır) daha uzunca bir süre tam bir hukuki tanımaya kavuşmamış halde kalacaklardır. Erken Ortaçağ tabakalı toplumunda serf statüsündeki emekçi ve kadın, birlikte anılarak, toplumun en altında yer almaktadır. Platon'un filozofların aristokratik yönetimi modelinin içi boşaltılmış örneği olarak²³, feodal toplumda serfler organik bakımdan kendi üstündeki askerlik erdemine sahip koruyuculara (*milites*) ve onların da üzerindeki rahiplere (*oratores*) tabii şekilde, bu iki tabakanın beslenmesi ile sınırlı bir işlevle tanımlanmıştır. Emekçinin faaliyetini ifade eden *labor*, kökeni itibarıyla işkence çekmek anlamına gelen bir sözcüktür; *dolor* ise acı çekmek anlamında kadının doğum sancısını ifade eder²⁴. Yani, serf statüsündeki emekçi ve kadın Tanrı takdiriyle işkence ve acıya müstahak sayılmıştır. Bu durum Fransız Devrimi'nde kısa bir süre parlayıp sönen, ancak 19. yüzyıl başından itibaren, sırayla önce küçük burjuvazinin ve sonra işçi sınıfının mücadelesiyle yeni bir erdem tanınmasını sağlayan siyasal katılma ve iktidardan pay alma istemiyle derinden bir değişime maruz kalacaktır. Her şeye rağmen, bu noktada tanımaya kavuşmuş olan piyasa aktörleri, siyasal iktidarın yönetim çıkarının disiplin ve ikna yoluyla objektifleştirmesi olan

²³ Cf., Plato, *The Republic*, Trans. by, Tom Griffith, 8th imp. Cambridge, Cambridge Uni., 2003, p. 252 *et seq.*, *et passim*.

²⁴ Bkz., Georges Duby, *Şövalye Kadın ve Rahip - Feodal Fransa'da Evlilik*, Çev. M. Ali Kılıçbay, İstanbul, Ayrıntı, 1991, s. 177-179.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

hukuk yerine, insanlara göre tanımlanmış bir hukukun objektifliği ihtiyacı içindedir. Geleneksel şekilde çıplak siyasal zora dayanan iktidar, hukuki tanımaya kavuşmuş kişilerin onayladığı ve potansiyel olarak bütün insanlara atfedilen hukuku, objektifliğin bizatihi ifadesi olarak benimsemeye mecbur kalmıştır. Ticaret her zaman küreselleşme ve kozmopolitizm eğilimli olduğu için, *impersonal* olan hukuki ilişki tanımları karşılığını hukukun *universal* olmasında bulacaktır. Bunun en eski ve tutarlı formülü Cicero'nun *The Republic* iii.33'de formüllendirdiği doğal hukuk tanımıdır.

“Hakiki hukuk doğayla uygunluk içindeki doğru akıldır; bütün insanlara yayılmış şekilde, onun değişmez ve sonsuz evrensel uygulanişdır; o emirleri aracılığıyla görevi davet eder ve kusurlu davranışları yasakları aracılığıyla men eder. Onun emir ve yasaklamalarının iyi insanlara yönelik olması beyhude değildir; ancak bu emir ve yasaklar [sadece] kötü olanlara dönük değildir. Bu hukuku engelleyen yasalar çıkarmak kötüdür; herhangi bir parçasını yürürlükten kaldırmak müsaade edilebilir değildir: o bütün olarak iptal edilebilir de değildir. Biz onun yükümlülüklerinden senato veya halk aracılığıyla kurtulamayız ve bizim ne onun yorumuna, ne de onu açıklayan ve yorumlayan Sextus Aelius gibi yorumcusuna ihtiyacımız vardır. Biri Roma'da ve diğeri Atina'da farklı hukuk kuralları olamayacaktır veya o şimdi ya da gelecekte farklı değildir; ancak bütün zamanlarda bütün uluslar tek bir ebedi ve değiştirilemez hukukla bağlıdır, ve Tanrı (söylendiği üzere) halkın hepsinin biricik efendisi ve yöneticisi olacaktır. O, bu hukukun kaynağı, üzerinde düşüneni ve hareket ettirenidir, ve ona riayet etmeyen kendisini onun uzağına sürgün edilmiş bulacaktır. Şu kadar ki, [buna] riayet etmeyen [kişi], insanoğlu olarak kendi doğasını aşağılamıştır; bu derinden olgu sayesinde o kişi toplulukça uygun görülmüş cezalardan kaçabilmiş olsa bile, en kötü cezaya maruz kalacaktır.”²⁵

Tanımın altında yatan Cicero'nun kozmolojik bir bağlantı arayışı, Stoa felsefesine uygun surette ifade edilmiştir. Ancak, birkaç çok önemli hususu ele almak gerekir: Birincisi, doğal hukuku evrensel saymasının altında yatan husus, işaret ettiğim gibi, ticaretin devlet aşırı bir alan olmasıdır. Dış ticaretin genişliği ve toplumun kozmopolitliği Stoa'nın en güçlü ahlak felsefesini oluşturduğu Roma'nın geç cumhuriyet ve erken imparatorluk döneminde oldukça ileri noktadadır. Böyle bir meşruiyet ölçütünün devletin koyduğu hukuka da sirayet etmesi piyasa eksenli gelişmeyle uygunluk içindedir. İkincisi, hukuka objektiflik kazandırmada zaten çıplak siyasal güç

²⁵ Cicero, *On the Commonwealth and on the Laws*, Ed. by, James G. Zetzel, Cambridge, Cambridge Uni., 1999, pp.71-72.

sahibi iktidarın patriarkal şebekesi belli bir kapasitenin sahibidir. Piyasada oluşan hukuk, patriarkal meşruluğu ve hukuktaki objektifliği zaten Roma'nın cumhuriyet döneminin başından beri dönüştürmüştür (bu kozmopolit kültürün kaynağı olan kozmopolit nüfus Roma'nın ticaret limanı olan Ostia'da cumhuriyet döneminin arifesinde dahi belirgin durumdaydı). Cicero dönemindeki kozmopolitizm bu dönüşümü, düşünsel temelini de inşa ederek, daha ileri noktaya taşımaktadır. Cicero'nun doğal hukukun insanlara ait olduğu formülü, hukukun kaynağının siyasal egemen, gelenek veya ahlak değil de, "depolitik bir iktidar sistemi" olduğu yönündeki görüş açım lehine önemli bir destek oluşturmaktadır. Her iktidar toplumsal çıkarları paylaşma düzenine ilişkindir; ancak siyasal ve hukuksal üstyapıların her birinin ekseninde yer alan ayrı iktidar yapılarının işleyiş özellikleri birbirinden farklıdır. Politik mücadele ve mücadelenin sonundaki kazananın iktidarı, işleyişinin her noktasında olumsuzluk, durumsallık ve fiili durum mantığını içinde taşır. Oysa hukukta tecessüm eden depolitik iktidarın tanıma süreciyle sabitlenmiş aktörlerin (*personae*) tamamının haklarına eşit şekilde nesnellik kazandırılması, bu iktidar durumunun rasyonellik temelinde kurumlaşan bir oydaşma faraziyesiyle sağlanabilir. Hukukun bu gayrişahsi iktidarı, hukuktaki olmazsa olmaz özelliklerini oluşturan formellik, objektiflik, genellik, evrensellik, öngörülebilirlik ve hesaplanabilirliği karşılamak zorundadır. Hukukun politika ve siyasal iktidarın mahiyetine açıkça aykırı olan bu özellikleri, ancak siyasi ve idari takdir kararlarına sınır çekebilme kapasitesi ölçüsünde yaşama geçirilir.

Günümüzde doğal hukuk (hatta gelenek ve ahlak da aynı özelliği paylaşır) hukukçuların istedikleri zaman kullanabilecekleri ve şekilden şekle sokarak yeniden tanımlayabilecekleri açık kapı haline gelmiştir. Bu, Cicero'dan beri doğal hukukta varlığı vazgeçilmez koşul olan objektifliğin altını oymaktadır. Apaçık olan bu hatanın tartışmaya açılmaması, sonu gelmeyen doğal hukuk tartışmalarının hukukun toplumsal üstyapı kurumu olarak sınıfsal mahiyetini perdeleyen söylemleri üretmede işe yaramasıyla ilgili görünmektedir. Hukukun büyüsunün bozulması, ancak onda tecessüm etmiş depolitik iktidar yapısının aydınlatılmasıyla başarılabilir. Hukuk sistemi kapitalizmin egemen olduğu modernlik koşullarında sabit bir sistem değildir. Bu açıdan, genel olarak düşünüldüğünde, hukuk alanına dair adalet istemi, hem işleyen bir objektif hukuk düzeninin işleyişinin (veya başarısız şekilde işleyişinin) eseri olan adaletsizlikleri giderme çabasına, hem de hukuk sisteminin henüz tanımış olmadığı hukuk süjelerinin ve hukuki çözümlerin tanınması istemlerinin gerçekleştirilmesine yönelik olmalıdır. Bu ikinci durumdaki adalet isteminin kendisi, tanımaya kavuştuğu ana kadar

hukuk-öncesi talep veya hak konusunda siyasal bir iddiadan ibaret olan siyasal adalet istemi durumundadır. Yeni toplumsal ilişki biçimlerinin gerekli kıldığı yeni hak tanımları bu açıdan ele alınmalıdır. Örneğin, erken modernliğe kadar geri götürülen birey hakları, 19. yüzyılda toplu iş hukuku alanındaki hak istemleri veya özellikle son yarım yüzyılda yoğunlaşan insan hakları alanında tanımlanmış kimlik hakları vb. yeni talepler hukukça tanınmasına (hukuksallaşmasına) kadar siyasal özellik taşıyan hak istemleridir. Bu istemlerin tanınması, çoğunlukla yasama tasarrufu veya bazı durumlarda mahkemelerin hukuk yapması yoluyla temin edildikten sonra ilgili istem “hukuki hak” olarak hukukun objektifliğine dâhil olur.

Hukukun objektifliği söz konusu edilen ilişki biçiminin ve buna taalluk eden normatif doğrultunun şeyselleşmiş (*reified*) olmasının ürünüdür. Objektifleşme hukukun asgari koşuludur ve insanların hukuka dâhil olan ilişki biçimleri, taraflarının kişisel özelliklerinden bağımsız şekilde, tıpkı doğadaki insandan bağımsız olan olgu ve süreçlerin şeylere ilişkin (*rei*) kabul edilmesindeki gibi algılanmasına paralel durumdadır. Tanıma sürecinin tekemmülünden sonra hukukileşen istem hukukun müesseselerden oluşan topografyasına eklenir. Bir kez bu konuma ulaşan ilişki biçimi tersine bir süreçle tekrar hukukun dışına çıkarılmadığı sürece, bütün hukuki aktörlerin ve siyasal iktidar şebekesinin varlığını kabul etmek zorunda olduğu hukuki kazanım durumundadır. Şeyselleşmiş olan objektiflik kazanmış olduğu için, iyi veya kötü olduğuna dair ahlaki tartışmalar artık yersizdir; Hegel’in ifadesiyle, hukuk bireylerin saf ahlaki bilinçlerinin ötesinde bir nesnelliktir ve iyi ve kötünün ötesindedir²⁶. Şeyselleşme, sadece Hegel’in ayrıntılarıyla yorumladığı diyalektik içinde gerçekleşmez;

²⁶ Cf., G. W. F. Hegel, *Phenomenology of Spirit*, Trans. by. A. V. Miller, Oxford, Oxford Uni., 1977, pp. 299, 316, 341-342, 469. Burada ayrıntısını tartışma olanağı bulamadığım Hegel’in görüşü açısından, kendisinin bir bakıma saf hukuk saydığı objektif ahlaklılık kategorisinin kavramların diyalektiği olarak sunulması en müşkül konuyu oluşturur. Burada aslında objektifleşme, kavramlar arasında cereyan eden bir diyalektiğin ürünü değil, “kendi için” denilen moment çıkarlarını hak istemi olarak dışsallaştıran insanların çatışmalı iletişiminin sonucu olarak tasavvur edilmelidir. Ayrıca başka ilginç nokta, Hegel’in iktidar sorunsalına hiç açıkça değinmemesi ve bu diyalektiğin arkasına gizlenmesidir. Ayrıca bkz., (G. W. F.) Hegel, *Philosophy of Right*, Trans. by., T. M. Knox, London, Oxford Uni., 1979, *passim*. Yaptığım eleştiri von Jhering tarafından yapılmış, ancak Hegel’deki irade teorisinin sessizce menfaat teorisine dönüştürülmesiyle sonuçlanmıştır. Cf., Rudolph von Jhering, *Law, as a Means to an End*, Trans. by, Isaac Husik, Boston, The Boston Book Co, 1913, *passim*. Hegel’de problemleri bir sonuç olan objektif ahlaklılığın en ileri momentleri veya zirvesi sayılan devlet saf hukuk sayılırken, siyasal iktidara haksız bir şekilde hukuksallık atfeden yaklaşım, von Jhering tarafından devletin çıkar çatışmalarını yöneten bir paternalizm örneği olarak sunulmaktadır.

salt siyasal baskı ve bu yolla güçlendirilen modern öncesindeki hukuka meşruluk sağlayan dinsel inanç sistemleri ve disiplin süreçleri de şeyselleşme yaratmaya muktedir olur ve kendi objektifliklerini inşa ederler. Ezcümle, modern öncesi devletlerde hegemonik konuma yükseltelen dinsel inanç sisteminin normatif mahiyeti hem kendisini, hem de meşrulaştırdığı hukuku şeyselleştirmiş ve objektifleştirmiştir. Gerçekte bütün objektifleştirme süreçleri insan eseridir; bunlar başlangıçta bir siyasal iktidar tarafından inşası sağlanmış olsa bile, ilerleyen zamanda insanlığın kollektif deneyiminin sonucu olarak görüldüğü ve toplumsal iktidar tarafından korunduğu için, tekil insanlar tarafından bertaraf edilemez. Hukuk, medeni insan için, insanların kollektif edimiyle yaratılmış yapay bir ikinci doğadır. Bu ifademde insan edimi gerekmeden doğanın kendisinde mevcut olduğuna inanılan doğal hukuku dışta tuttuğumu ifade etmeliyim. Günümüzde, ahlaki tartışmaları hukuka dahil ederek, “hukuki aktivizm” yoluyla hukukun gelişmesinin temin edileceğine inanan safdil yaklaşımların sahiplerinin hukukun objektifliğinin direnci karşısında çabalarının başarılı olamayacağını göremediklerini de eklemeliyiz. Bu yaklaşıma eğilim gösterenler hukukun objektifliğini Hegel’in saf bilinç dediği iyi ve kötü ölçütüne dayanarak alt etmeye çalıştıkları, ancak hukukun değiştirilebilirlik sınırlarının direncini dikkate almadıkları dikkati çekmektedir. Kapitalist toplumda hukuk yaşam, mülkiyet ve sözleşme haklarının merkezinde yer aldığı ve hukuksal kişilik (*persona*) olarak tanımaya kavuştuğu bireyler dünyası üzerinde temellenen bir ideolojiyle anlandırılır. Bu ilişki düzenini hukukun mevcut kısıtları içinde hareket eden “hukuki aktivizm” değil, olsa olsa bütünsel bir toplumsal devrim değiştirebilir; nihayet bu toplumsal devrim de hukukçunun işi değildir.

Bu konuda, son olarak objektifliğin sadece Hegelci bir yorumla ortaya atılmış olmadığını eklemeliyiz. Cicero’nun doğal hukuku doğru akla dayandırması ve Ortaçağ Hristiyan hukukçuların teolojiden kaynak alan objektiflik algılarından başlayarak, modern çağın Hegel öncesi filozofları olan David Hume ve Immanuel Kant bunu erdemden hareketle açıklamaya çalışmışlar, objektifliğin hemen oluşacağını veya hazır şekilde zaten mevcut olduğunu farz etmişlerdi. Yukarıda işaret ettiğim gibi, Hume, hukuku özçıkara ve ben sevgisine sahip mülk sahibi bireylerin ortak bir kamu adaleti isteminin ortaya çıkışına dayandı. Kant ise, iyi istemeye ilişkin etik ilkenin *a priori* şekilde mevcut olduğunu ve daha başından itibaren objektiflik kazandığını ifade etti.

“Böylece, hukukun evrensel yasası (*Rechtgesetz*) öyle dışsal edimdir ki, senin seçiminin özgür kullanımı bir evrensel yasaya uygun surette herkesin

özgürlüğü ile birlikte var olabilsin; bu gerçekten benim üstüme yükümlülük koyabilen bir yasadır (*gesetz*), fakat o benim *kendi* özgürlüğümü bu yükümlülük uğruna sınırlamam *gerektiğini* hiç beklemez, [ya da] pek az talep eder; bunun yerine akıl, sadece özgürlüğün kendi idesiyle uygunluk içinde bu koşullarla sınırlı olduğunu ifade eder ve o eylemsel olarak (*tätlich*) başkaları tarafından da sınırlandırılabilir, ve de bunu daha ileri derecede kanıtlanması mümkün olmayan bir postulat olarak ifade eder.”²⁷

Buna göre, her bir bireyin özgürlüğünü belirleyen yasa ancak hukukun evrensel yasasıdır (*Rechtgesetz*) bu herkesin özgürlüğünü sağladığı ve evrensel olan pratik aklın ürünü isteme ilkesini oluşturduğunda zaten objektiftir²⁸. Hegel, bunu farklı şekilde, kavramların diyalektiğinde objektif ahlaklılık momentinin inşasına bağlamıştı.

4. Kapitalizm ve Hukuk

Kapitalizmin hem hukuk, hem de insanlık tarihine getirdiği en büyük katkı, hukuka içsel bakışla, hukuk düzeninin politika karşısında otonom bir özellik kazanmasıdır. Hukukun toplumsal üstyapı olarak eklememesinin doğasına baktığımızda, gerek siyasal ve kültürel üstyapılarla etkileşimi ve gerekse de çok daha belirleyici olan ekonomik altyapının kesin nüfuzu koşullarında buna ancak “görece otonomi” diyebiliriz. Yine de, kapitalist toplumda hukukun içsel rasyonelliği, insan özgürlüğünü hareket noktası haline getirdiği için, bu hukuk kapitalizm öncesi toplumlardaki hukukun siyasal iradenin uzantısı olarak, ödev söylemiyle bireylerin itaatlerini yükümlülük olarak tanımlayan yaklaşımına kesin bir karşı çıkıştır. Kant’ın pratik akla dayandırılan etik yaklaşımı iyi istemeden hareketle bir *maxim*’in inşa edilmesi şeklinde koyduğu hukuk düzenlerinde bireyin özgürlüğünü merkeze almasını oldukça iyi ifade etmektedir: “Sadece bu *maxim* ile edimde bulun ki, bu yolla aynı zamanda senin istemin bir evrensel yasa olabilsin.”²⁹ Bu düsturun inşası empirik olarak ne kadar gözlemlenememiş olursa olsun, öne sürülen prosedürün kendisi özgürlük açısından üzerinde düşünölmeye değerdir. Tarih dışı formlar olarak ortaya konulan saf felsefi kategoriler felsefecinin düşüncelerini eklemledirdiği tarihsel dönemle ilişki içindedir ve dile getirilen insanlık durumuna *ex post facto* uygulanabilirlikle

²⁷ Immanuel Kant, *Metaphysics of Morals*. Trans. by, Mary Gregor. New York: Cambridge University, 1991, pp. 56-57.

²⁸ Bu konudaki değerlendirme için ayrıca bkz., Özcan, *op. cit.*, s. 544. *et seq.*

²⁹ Bkz., Immanuel Kant, *Critique of Practical Reason*. Trans. Thomas Kingsmill Abbott. London: Longman, Green and Co., 1898, p. 38. İfade eserde şu şekildedir: “*Act only on that maxim whereby thou canst at the same time will that it should become a universal law.*”

ileri sürülürler. Kant, hukuk öğretisinde pratik akla dayandığı için daha baştan nesnel ve evrensel saydığı *maxim*'i hukuk düzeninin bütününün hareket noktası yapmıştır:

“Evrensel yasakoyucu irade düşüncesine uygun şekilde dikkate alınarak, bu kabil Hakta fiilen pay sahibi olmanın olanaklılığının formel ilkesi KAMU ADALETİDİR. Kamu adaleti –iradenin etkinliğinin konusu olarak düşünülen- objelerin yasalara uygun olarak mülk edinilmesinin olanaklılığı, fiilen mevcudiyeti ya da zorunluluğu olarak mütalaa edilebilir. Bundan hareketle koruyucu adalet (*justitia testatrix*), denkleştirici adalet (*justitia commutativa*) ve dağıtıcı adalet (*justitia distributiva*) bölünebilen adaletin ilk biçiminde hukuk açıkça şekli (*lex justii*) dikkate alarak içsel olarak hak olanla ilişkisinin nasıl olduğunu ifade eder; ikinci olarak o objesi dikkate alınarak hukukla dışsal uygunluğunun nasıl olduğunu ve mülk edinilmesinin ne suretle haklı (*lex juridicia*) olduğunu açıklar ve üçüncü olarak verili durumdaki hukukun alanına gelen tekil davanın muhakemesindeki karar aracılığıyla hakkın ve adilin ne olduğunu ve neyi kapsadığını beyan eder. Son bahsedilen ilişkide kamu mahkemesi o ülkenin adaleti olarak adlandırılır ve bu kabil kamu adaletinin icra edilip edilmediği sorunu yargılama konusundaki her türlü ilginin en önemli yönü olarak dikkate alınabilir.”³⁰

Özgürlük düşüncesinin kendisi de bundan ari değildir ve liberalizm olarak eklemelendirilmiş olan siyasal özgürlükler ve bunların hukuka dâhil edilmesi çıkarlarını ve sorumluluklarını bildiği farz edilen ve hukuki kişilik sahibi aktör sayılan birey ekseninde algılanan insanların oluşturduğu toplumsal koşullar yaşamsal önemdedir. Bu nokta kapitalizmin şekillendirdiği toplumsal yapının ortaya çıkışıyla ilişkilidir.

Kapitalizmin ortaya çıkmasının gün, ay ve yıl olarak kesin bir tarihi yoktur; ancak o, 13 ile 16. yüzyıllar arasındaki tarih aralığında şekillenmiştir. Haçlı seferlerinin sonu siyasal zor kullanarak geleneksel üretim biçimlerinde üretilen ekonomik değerlere yağma veya haraç yoluyla elkoyma sürecinin kendisinin krize sürüklenmesine yol açmıştır. Üretim sürecinin bireysel olduğu kapitalizm öncesi koşullarda belli bir coğrafya, ticaret yolları veya belli doğal kaynaklar üzerinde kurulan tekelci veya hiyerarşilenmiş siyasal iktidarlar, dış savaşların ganimetleri ve içte statülerle bölünmüş toplumları yükümlü kılarak elkoydukları artı emek kitlesiyle varlıklarını devam ettirmek çabasıydılar. 1095’de Papa II. Urban’ın bir

³⁰ Immanuel Kant, *The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence*, Trans. by, W. Hastie, Edinburgh, Clark, 1887), p. 155.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

açık hava vaazında başlattığı Haçlı Seferleri³¹, gerçekte aynı topraklara hakim olmak için çatışan soyluların güçlerini birleştirerek, onları başka bir coğrafyada yeni topraklar edinmeye sevk etmeye yönelikti. Yağmaya ve haraç elde etmeye yönelik aynı çatışma Avrupa içinde Haçlı seferleri sonrasında, bu kez Papalığın da rol oynadığı şekilde, 1453’de son bulan Yüzyıl Savaşları boyunca tekrar yaşandı. Dahası, hemen arkasından, erken kapitalizm koşullarında biçim değiştirmiş şekilde sömürge edinme amacıyla yürütülen yeni bir talan safhasına girdi. Haçlı seferleri katılan devletlerin mali harcamalarını olağanüstü artırdığı ve bu harcamalar, yapılan talanla kolayca karşılanamadığı için, Avrupa’da para ticaretine yeni bir hız kazandırdı ve bu durum ekonomik değerleri üreten üretim süreçlerinin ve pazarların olağanüstü şekilde gelişmesine zemin hazırladı.

Genel olarak bakıldığında, Haçlı seferleri kapitalizmin hemen öncesindeki devletlerin genel eğilimi olan artı emeğe politik zorlama yoluyla elkoymanın “herkesin herkesle savaşı” biçimine dönüşmesinin, yağmacılığın ve tabi kılma gayretinin her alandaki yaygınlığı ile nitelendirilebilir. Haçlı seferlerini örgütleyerek bu süreci tetikleyen Papalık, kendi kontrolünde bir barış olarak Tanrı Barışı yoluyla duruma istikrar kazandırmak istedi³². Buna karşın krallar karşılıklı olarak birbirlerini harekete geçiren şekilde, hazinelerini güçlendirmek ve ülkelerindeki iktidarları daha fazla merkezileştirmek ve sıkılaştırmak çabasındaydılar. 1164’de İngiliz Kralı II. Henry’nin ülkede ulusal düzeyde tutarlı ve merkezileşmiş yargı sistemi kurmak üzere yürürlüğe koyduğu *Constitutions of Clarendon* gibi³³, Papalık iktidarına meydan okuyan girişimlerin aforoz yoluyla engellenmesi dışında, Papalığın elinde başkaca bir yaptırım mevcut değildi. Bu yaptırım etkisiz veya tehlikesiz de sayılamazdı; aforoz edilen prens veya krala yönelen rakiplerin saldırı tehdidi yağma ve güvensizliği tekrar artırmaktan başka bir sonuç veremezdi. Buna rağmen, durum 1158’de Kutsal Roma-Cermen İmparatoru Frederic Barbarossa’nın Roncaglia Dieti ile –başta yeni vergiler tahsil etmek olmak üzere- dünyevi yetkilerini papaya

³¹ John France, *Western Warfare in the Age of the Crusades 1000-1300*, London, UCL, 1999, *passim*.

³² Bkz., Mehmet Cemil Ozansü, *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi*, İstanbul, Oniki Levha, 2014, s. 177, *et seq.*

³³ Bkz., Alice Stopford (Mrs. John Richard) Green, “The Centralization of Norman Justice Under Henry II,” *Select Essays in Anglo-American Legal History*, Vol. I, (Ed. by, Ernst Freund, Wm E. Milell, John H. Wigmore), Boston. Little, Brown and Co. 1907, pp. 111-138.

dayatmasına engel olamadı³⁴. Bu süreçte ortaya çıkan bir tür antlaşma veya normatif kalıcılık taşıyan 1215'deki *Magna Carta*, veya 1356'daki *Goldene Bulle* gibi *covenant* türündeki hukuk belgeleri siyasal anayasacılık yönünden değerli olsa da, altlarında yatan temel özellik, kaynakların paylaşılması amacıyla kendi kararlarını uygulamaya eğilimli siyasal iktidar merkezleri arasında denge kurulması arayışıdır³⁵.

II. Heny'nin yürürlüğe koyduğu *Constitutions of Clarendon* yapılan düzenlemelere Papalık adına karşı çıkan Başpsikopos Beckett'in idam edilmesiyle sonuçlanmıştı; ancak II. Henry geri adım atmak ve düzenlemeleri geri almak zorunda kaldı. Ancak daha ciddi düzeye ulaşan olay, *Corpus Iuris Civilis* yerine Katolik Kilisesi'nin ürünü olan *Corpus Iuris Canonici*'yi geçirme girişimi ile tetiklendi. Bu, hala siyasal olarak bölünmüş durumda olan Avrupa'yı Papalığın kendi başına yönetmesi iddiasının tekrar öne sürülmesidir. Bu noktada kanonik hukuk ve medeni hukuk çatışması papalık ile prensler arasındaki çatışmanın en önemli gerekçesi haline geldi. Bu çatışma, 1303'de Fransa Kralı IV Philip'in bir görevlisine Papa VIII. Boniface'ye suikast yaptırması ve arkasından papaların Fransa Kralı'nın elinde olan Avignon'da oturmaya mecbur edilmesine kadar uzandı³⁶. Bartolus of Saxsoferato başta olmak üzere, medeni hukukçular Kanonik hukuka karşı çıkarken, Kilise içinde Papanın kendi başına yönetimini tiranlık sayan, bunun yerine konsillerin iktidarını savunan *conciliar* hareketi gelişti. Bu tartışmanın kendisi Protestan mezheplerin çıkışına ve Alman köylü ayaklanmalarına kadar uzandı. Egemenliğin meşruluğu ve yasallığı tartışmasının uzandığı nokta dönüp dolaşip prenslerin hukukla icra edilen iktidarının meşru kabul edileceği noktasına dayandı.

Haçlı seferlerinin ağırlığının içinde yer tuttuğu 1050'den 1250'ye kadar devam eden ve Marc Bloch'un "İkinci Feodal Çağ" olarak adlandırdığı dönem, ticaret ve ekonominin az da olsa canlanmaya başladığını ve tarımın verim artışını ihtiva etti³⁷. Bu koşullarda başta Venedik olmak üzere, İtalya civarında ve Kuzey'de yeni ticari merkezler ortaya çıktı. Kısa sürede güç

³⁴ Ozansü, *op. cit.*, s. 61, *et seq.*

³⁵ Cf., Sevtap Metin, *Magna Carta ve Sened-i İttifak'tan Bugüne*, İstanbul, Oniki Levha, 2018, s. 128-133, *et passim.*; Ozansü, *op. cit.*, s. 55-57.

³⁶ Bu çatışmanın genişliği hakkında bkz., Constantin Fasolt, "Visions of Order in the Canonists and Civillan," *Handbook of European History, 1400-1600*, Vol.II, Ed. by, Thomas A. Brady, Heiko A. Oberman and James D. Tracy, Leiden, E. J. Brill, 1955, pp. 31-59.

³⁷ Marc Bloch, *Feodal Toplum*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 4. b., Ankara, Doğubatı, 2005, s. 113-121, *et passim.*

kazanan ticaret şehirleri ve diğer ticari merkezler bireyi, mülkiyet haklarını ve sözleşme hürriyetini savunan seküler hukuk tartışmasının da Kiliseye de nüfuz etmesiyle sonuçlandı. Bir bakıma kökleri Stoa'ya kadar dayanan Yeni Augustineci ve Fransisken tarikatı mensubu kilise kuramcıları, din adamlarının görevinin insanoğlunun yeryüzüne fırlatılması sonrasında (*post-lapsarian*) bu ilk günahın mahsulü olan –masumiyetini kaybetmiş- insanlığı mümin yaparak cennete hazırlamak olduğunu ileri sürdüler. Bu görüş açısı kilisenin dünyevi iktidar peşinde koşmaması ve yoksulluk yeminine sadık kalması gerektiği noktasında toplanmaktaydı. Bu yüzden, din adamları ve kilise dünyevi kurumlar olan mülkiyet ve politikaya uzak durmalıydı. Fransisken rahipler XXII John (1277-1280'de Papalık makamındadır) gibi dünyevi iktidar edinmeye yönelen papalara açıktan muhalefet ettiler, hatta onları sapkın saydılar. Belki, günümüz koşullarında fazlaca anlamlı bulunamayacak olan bu tartışma, aşırı yoksulluk içindeki bir kişinin açlığını gidermek amacıyla hırsızlık yapması durumunda bu fiilin suç oluşturup oluşturmayacağı sorusu üzerinden yürütülmüştür. Fransiskenler yeryüzünün insanların yaşaması için yaratıldığından hareketle, bireyin aşırı şekilde ihtiyaç içinde olması nedeniyle işlediği böylesi bir fiilin suç sayılmaması gerektiği düşüncesindeydiler. Diğer tarafta yer alan Dominikenler mülkiyetin doğal hukukun sonucu olduğu için korunması, dolayısıyla hırsızlığın suç sayılması gerektiği düşüncesini ileri sürdüler³⁸. Tartışmanın en ziyade anlam taşıyan tarafı, Yeni Augustineci ve Fransisken cephesinin hukuka ilişkin olarak, bireyleri meşru hukuka riayet etmenin öznesi olarak tanımlamasıdır; oysa, Dominikenler bireyleri başta mülkiyet hakkı olmak üzere, hak öznesi olarak tanımlamışlardır³⁹. Saf bir teoloji tartışması

³⁸ Kendisi de Dominiken olan St. Thomas Aquinas, kişinin eşya üzerindeki hakimiyetinin (*dominion*) akıl ve iradenin eseri olduğu için meşru olduğunu savunmuştu. Bu yüzden hırsızlığın suç (ve günah) olduğu, ancak ölümcül günahlardan sayılamayacağı, böylece mülk sahibinin zararını gideren ağırlıkta bir cezanın yeterli olacağı yönünde yumuşatılmış bir görüş açısını ortaya koydu. Bkz., St. Thomas Aquinas, *op. cit.*, p.205 *et seq.*

³⁹ Bu tartışma için bkz., Janet Coleman, “Are There Any Individual Rights or Only Duties? On the Limits of Obedience in the Avoidance of Sin According to Late Medieval and Early Modern Scholars,” *Transformations in Medieval and Early-modern Rights Discourse*, Ed. by, Virpi Mäkinen and Peter Korkman, Dordrecht, Springer, 2006.pp. 3-36; Virpi Mäkinen, “Rights and Duties in Late Scholastic Discussion on Extreme Necessity,” *Transformations in Medieval and Early-modern Rights Discourse*, pp. 37-62; Virpi Mäkinen, “The Evolution of Natural Rights, 1100–1500,” *Universalism in International Law and Political Philosophy*, Ed. by, Petter Korkman, and Virpi Mäkinen, Helsinki, Collegium for Advanced Studies, 2008, pp. 105 –119. Ayrıca bkz., Barkın Asal, *Kodlaştırma: Fransız Medeni Kanunu'nun Felsefi ve Tarihi Kökenleri*, İstanbul, Oniki Levha, 2018, s. 129, *et seq.*

üslubunda yürütülen tartışmada piyasalaşma ve mülkiyet haklarının önem kazanmasının oynadığı rol belirgin şekilde dikkati çekmektedir.

Kilisenin içine kadar nüfuz eden tartışmaların kaynağı yaşamın kendisinde yatmaktadır. Yaşanmakta olan ticarileşme bu tartışmalarla bölünmüş ve birbiri ile uğraşan siyasal tarafların çekişmesi koşullarında, burjuvazi önce Ortaçağ statü sistemi içindeki konumunu güçlendirmiştir. Bundan böyle ortaya çıkan tablo geleneksel statülerin öneminin azalması ve burjuvazinin ekonomik güce dayalı iktidar kapasitesindeki artışının görünürlük kazanmasıdır⁴⁰. Bu gelişmede, Medeni hukuk taraftarı olan *civillian* veya *civilist* hareket kral ya da prensin dünyevi iktidarı lehine çaba göstermiştir. Bu kargaşada nefes alan ve ekonomik varlığını daha ileri bir noktaya taşıyan burjuvazi, ticaretin ve kentlerin gelişimiyle burjuva kamusalılığının ortaya çıkışına kaynaklık etti⁴¹. Henüz ulus devletlerin tekelci egemenlik yapıları mevcut olmadığı ve tüccarların hala Ortaçağ zümre sistemi içinde edindiği dokunulmazlıklar esas olduğu için, iç ve dış ticaret birbirinden ayırt edilmeksizin tüccarla her ikisiyle de ilgili sayılmaktaydı. Bu durum, tüccarların yerli ve yabancı şeklinde ayrılmasını anlamsız kıldı ve *law merchant* veya *lex mercatoria* adı verilen ticaret hukuku *ius gentium* içinde gelişti. Bu da, mevcut hukukun Roma hukukundan devralınan formalizmini bir miktar esnetse de, hukukun objektifliği ve *universal* olmasını bir kez daha öne çıkardı. Aynı zamanda, ticaret hukuku gerçek veya görüntüde yaşanan paternalizmin toplumsal etkisini gölgede bırakarak, hukuka yeni bir şekil kazandıracak şekilde karşılıklılık ve sözleşmede tarafların iradelerinin birinci derecede önem kazanmasını hukuka dâhil etti. Ayrıca, ticari gelenek adı altında toplanan ticaretin ulus aşırı karakterdeki müesseseleri özel hukukun diğer alanlarına da (özellikle eşya hukukuna ve sözleşmeler hukukuna) sirayet etti. Devletin iktidarındaki paternalizmin zayıflamasıyla birlikte, denkleştirici adalet özel bir önem kazandı ve dağıtıcı adaletin önemsizleşmesi süreci başladı.

Avrupa'da 1000 yılından itibaren önem kazanan şehirler, 1348-1350 arasındaki veba salgınından sonra artan nüfus koşullarında toplumsal yaşamdaki ağırlıklarını daha fazla artırdı. Bouveais gibi ilk örneklerden itibaren, şehirler başta Papalık makamından, daha sonra da krallardan

⁴⁰ İngiliz hukuk tarihçisi Henry Sumner Maine'nin "statüden sözleşmeye geçiş" olarak olarak bir evrimleşme örüntüsü olarak ifade ettiği durum, geleneksel olarak ve hukuken sabit olan statülerin hukuk önünde eşitlik yönünde değişmesi olarak değerlendirilmelidir. Cf., Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, 17th imp., London, John Murray, 1901, *passim*.

⁴¹ Bkz., Harold J. Berman, *Law and Revolution, The Formation of Western Legal Tradition*, (Vol. I), Cambridge, Mass., Harvard Uni., 1983, p. 333, *et seq.*

ayrıcılık (charters) edinerek *commune* adı altında tanındılar ve mensuplarını bir kent yemini ile güvenceye alan bir başlangıçla, kendilerine özgü kurumları geliştirdiler⁴². Kentlere yargılama yetkisi açısından özel statüler tanınmak zorunda kalındı ve kentler kendi yönetim organlarını, kamu hizmetlerini, yargı organlarını, şehir yasalarını, vergi düzenini ve hatta kendi gümrüklerini kurmaları olanağı buldular. Bu kentlerin tamamı ticaretin cereyan ettiği uzamlar olmaları nedeniyle genellikle plütokrasinin nüfuzu altındaydılar; bu arada, bürokratik açıdan güçlü bir kayıt sisteminin, yemin ederek kardeşliğe katılan bireylerden oluşan şehir yurttaşlığının ve liberal bir politik kültürün temelini attılar. Ayrıca, yazılı hukuku geliştirdikleri ve kentin organlarının ihtiyaçlara göre kurulmasını sağladıkları için anayasa kültürünün de temellerini attılar. Benzer şekilde medeni haklar, seçimler ve siyasal katılma deneyimlerinin başlangıcı açısından kentleri önemsemek gerekir. Ulusal devletlerin kurulması ile benimsenen bürokratik usuller, yazılı hukuk, polis düzenlemeleri ve vatandaşlık ilk olarak şehir hukuku içinde yaratıldı.

Ortaçağ'da ticaretin yaygınlaştırdığı hukuki ilişki modelinde, Papalık ve krallar arasındaki çatışmada şehirler ve burjuvazi kendi müttefikleri olarak kralları ya da prensleri tercih ettiler. Öncelikle, Papalık tarafından ticarete konulan faiz yasağı ve adil fiyat gibi patriarkal kısıtlamalar tacirlerin çıkarlarına uymadığı ölçüde, kendi egemenlik alanlarında piyasanın gelişmesinde çıkarı olan krallar için de çekici hale geldi. Nakit vergilerin toplanmasını olanaklı hale getirdiği için, ticaretin varlığı, krallar yönünden önemli bir şanstı ve bu durum devletlerin merkantilist politikalarının temelinde yer aldı. Savaşların sıklıkla yaşanmasına yol açabilecek koşullar krallar ve prenslerin askeri kapasitelerini pekiştirme isteklerini sürekli gündemde tutuyordu; bu koşullarda mali yapısı güçlü olan krallıklar daha şanslıydı. Sonuçta, çıkarları zedelendiğinde ülkeyi terk ederek başka ülkeye yerleşebilecek olan tüccarların mevcudiyeti kralın bu kabil memnuniyetsizliklere yol açan uygulamalardan uzak durmasını gerektiriyordu. Böylece, IV Philip'den itibaren Fransa kralları ticaretin koruyucusu oldular ve ticaretin gerektirdiği hukuksal ihtiyaçlara ülke hukukunun uyarlanması zorunlu kıldılar⁴³. Fransa Kralı IV. Philip daha Haçlı seferleri sona ermeden *Orleans Okulu* olarak bilinen ve gelenek hukukunu öğreten hukuk eğitimi kurumunu kurdu. Burada, "gelenek

⁴² *Ibid.*, p. 263, *et seq.*

⁴³ Michael Tigar ve Madeleine R. Levy, *Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk*, Çev. Onur Karahanoğulları, Ankara, Epos, 2016, s. 134, *et seq.*

hukuku” eski geleneklere hukukta yer verme amacına dönük değildir; amaç hem Roma hukuku, hem de kanonik hukuk bakımından yazılı hukukun ticari gelişmeye ayak uyduramayışı sorununa çözüm bulmaktır. Nitekim Alpler’in kuzeyi anlamında, *ultramontini* denilen bölgedeki gelenek hukuku sonraki yüzyıllarda hem hümanist hukuk öğretisinin, hem de modern medeni hukuk kodlaştırılmalarının zeminini oluşturacaktır.

13 ve 16. yüzyıllar arasında kapitalizmin altyapısı gelişirken, belirtilen dönemde gelişen ticaretin ortaya çıkardığı kişi güvenliği, mülkiyet ve piyasada meta mübadelesinin yaygın hale gelmesi, hukuki üstyapısının temel bileşenlerini olgunlaştırdı. Şüphesiz, kapitalist üretim biçimini ayırt eden özellik olan artı değer üretiminin üretim sürecini tamamen kıskacına alması 1780’i izleyen yıllarda buhar makinesinin yaygınlaşması sonrasındadır. 13. Yüzyılda ticari ilişkilerin hız ve yoğunluğu artmış olmasına rağmen, henüz pazardaki ürünler ücretli emeğe dayalı bir üretim sürecinde üretilmiş ürünler sayılamazdı. Bireysel üretici ile üretim araçlarının birbirinden ayrılmadığı koşullarda piyasada mübadele edilen ürünler, zanaatkârlık şeklindeki küçük meta üretimi sürecinde üretilen ürünlerden ve kendisini ekonomik olarak toparlamaya başlamış olan Avrupa’da soylu sınıfların lüks tüketim talebinin artması nedeniyle Avrupa dışından ithalatı yükselen emtiadan oluşmaktaydı. Buradaki mübadele sürecinde egemen hale gelen karşılıklılık (sosyal antropoloji terimiyle “dengelenmiş karşılıklılık”) ürünlerin metalaşmasını hızlandırdı ve mübadele değerinin öne çıkmasını sağladı. Bu durum, daha sonra olgunlaşacak olan bir kapitalist ekonomideki işgücünün yeniden üretim değeriyle belirlenen fiyatını da tayin edecek bir piyasalaşmayı sağlayacaktır. Şunu ifade etmek yanlış olmayacaktır: Henüz kapitalist üretim süreci egemen hale gelmeden, sürecin belirleyicisi olan ücretli emek ve sermaye ilişkisinin hukuki üstyapısının ana unsuru olan işgücünün piyasa fiyatını şekillendiren mekanizma oluşmuş haldeydi; buna binaen sermaye işgücü satın almaya karar verdiğinde, fiyatını belirleyecek koşullar zaten tamamlanmış haldeydi. Bu yüzden, bir taraftan kapitalist üretim biçimini artı-değer üretimi belirlerken, diğer taraftan kapitalist toplumdaki hukuki ilişki modeli piyasa ekseninde şekillenmiştir. Nihayet, sermayenin *dominium* kavramıyla anlaşılabilir olan ekonomik iktidarı, ücretli emeğin mübadelesi dahil olmak üzere, piyasadaki mübadelenin özgürlükle tanımlanan uzamının gerisinde görünmez hale gelmiştir. Bu konu aşağıda işaret edeceğim üzere, kapitalist toplumda iktisadi adalet ve hukuksal adalet eleştirileri yönünden önem taşımaktadır.

Kapitalist toplumun piyasa ekseninde şekillenen doğası siyasal iktidar ile hukukun ilişkisini yeni bir formda inşa etti; bu burjuva kamusalılığının şekillenmesidir. Erken kapitalizmden günümüze gelişim seyrini dikkate aldığımızda, toplumsal değişme insan coğrafyasının iki katlı bir değişmeye uğradığını görürüz⁴⁴: Birincisi, statülere göre düzenlenen toplumun yerinden edilerek merkezsizleşmesi ve resmi planda bireyler toplumuna dönüşmesidir. Burada, yaşam, mülkiyet ve sözleşme haklarının süjesi olarak birey, toplumun temel birimi sayılmaktadır. En erken burjuva devrimi olan Hollanda Devrimi'nden ilham almış olan Althusius'un *symbiotes* veya dönemin bütün yazarlarının *individuals* dediği en küçük toplumsal birimler olan bireyler, toplumun daha alt unsurlarına bölünemez (*individuum*) hücreleridir. Yine Althusius'un görüşü açısından, -çoğul olarak- *symbiotes* ihtiyaçlarını karşılamak üzere iletişim kurmak suretiyle aileden başlayarak daha üst toplumsal birimler inşa ederek birleşmiştir; bu yolla ortaya çıkan *symbiosis* (ortak yaşam) siyasal toplumu oluşturan birliğinin adıdır⁴⁵. Toplumsal düzen bu özelliğin etkisi altında siyasal iktidarın ancak kendini hukukla sınırladığı durumda meşruluğa sahip olan bir devlet iktidarının inşa edilmiş sayılacağı anlamına gelir; bu da, ancak hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti modeliyle imkân dâhiline girecektir. Modern çağın açık sözlü bütün hukukçuları ve hukuk felsefecileri hukukun mevcut olmasının en önemli sebebinin mülkiyet olduğunu ifade ederler (günümüzün postmodern hukukçuları nedense bunu ağızlarına almıyorlar); kişi güvenliği ve sözleşme özgürlüğü mülkiyetin tamamlayıcısıdır. Hukukun üstünlüğü liberalizmin üzerine inşa edildiği bu üç temel hakkın biricik güvencesidir. Bu anlamda, hukuk düzeni toplumun iç düzenini adeta teknelci şekilde kuşatarak kapsamına almak zorundadır. Hukuk düzeni karşısında bütün bireylerin hukuki kişilik (*persona*) olarak tanınması kapitalist toplumda eşyanın tabiatı gereğidir. Bu bütün bireylerin en azından negatif özgürlük sahibi olarak özgürleşmesi veya -özellikle kapitalizmin yukarıdan inşa edildiği örneklerde- zorunlu şekilde özgürleştirilmesini gerektirir. Hukuken kişilik olanların siyasal açıdan da kişiliğe (yurttaş) dönüşmesi siyasal katılma için ancak bu yönde ayrıca bir tanınmaya kavuşmasını gerektirecektir. İnsan erdemi (veya medeni erdem) yönünde mücadeleyi öne çıkaran bu süreç, önce Fransız Devrimi'ni izleyen şekilde küçük burjuvazinin, daha sonra 19.

⁴⁴ Toplumsal değişmeye ilişkin olan sorunu burada ayrıntılı şekilde ele almam mümkün değil; bu yüzden bkz., Mehmet Tefik Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, 2. b., İstanbul Tekin, 2017, *passim*.

⁴⁵ Johannes Althusius, *Politica*, Trans by, Frederick S. Carney, Indianapolis, Liberty Fund, 1995, *passim*.

Yüzyıl başından itibaren işçi sınıfının mensupları başta olmak üzere, mülkiyet sahibi olmayanların genel oy hakkı isteminde vücut bulmuş ve demokrasinin manivelası olmuştur. Öncelikle, burjuva kamusalılığı olarak dikkati çeken bu dönemde politik faaliyet vatandaş statüsü edinmiş mülkiyet sahibi bireylerin kamusalılığıyla meşru hale gelmiştir; çalışan sınıfların katılımı bu başlangıcı izleyen uzun tanınma mücadelesi sonrasında. Daha geniş bir açıdan baktığımızda, Gramsci'nin ifadesiyle, siyaset alanı olan politik toplum, hukukun ve meşruluk ideolojilerinin alanı olan sivil toplum ile uygunluk içinde olduğunda (siyasal ve hukuksal üstyapıların birlikteliğinde), -yine Gramsci'nin kavramıyla- "hegemonya" adı verilen meşruluk oluşur. Nihayet, burjuva devletin meşruluğunu iddia edilebilmesi bu iki alanın birlikteliği koşullarında söz konusu edilebilir⁴⁶. Yani, her biri ayrı ayrı hukuk süjesi olan kişilerin (*personae*) fiili veya farz olunan onayı devletin meşruluğunun birinci dereceden kaynağıdır. Artı değer sömürüsünün kapitalizmin asli cephesi olduğu dikkate alındığında, burjuva devletin meşruluğunun ne kadar kırılğan olduğu ilk bakışta dikkati çeker. Devletin meşruluğunun minimal sınırı hukukun üstünlüğünün tesis edilebilmesidir.

Serbest rekabetçi kimlikle ortaya çıkan kapitalizmin yol açtığı toplumsal değişimin ikinci safhası olan teknelci kapitalizmle birlikte bireyler toplumu fiilen kitle toplumuna dönüşme sürecine sürüklenmiştir. Sermayenin organik bileşiminde değişmeyen sermayenin değişen sermaye aleyhine büyümesi⁴⁷ liberalizmin müteşebbis bireye dayalı paradigmasını anlamsız kılmıştır. Kabaca 1875 civarına tarihleyebileceğimiz bir yeni momentte kapitalizm başta görece olarak yaygın olan küçük sermaye sahipliğini geride bırakmış ve teknelci kapitalizm safhasına ulaşmıştır. Bu yeni dönemde, görece olarak yaygın mülk sahipliği ile uyumlu olan bireysel "müteşebbis" yerini teknelci sermayeye bıraktığından, bireyler buharlaşarak kitleye dönüşmüştür. Bu koşullarda, hukuk çekirdeğinde liberal ilkelere dayandığı halde, özgür birey üzerine kurulu toplum algısı geri dönüşsüz şekilde sona ermeye başlamıştır. Yukarıda işaret ettiğim gibi, ticaret en başından itibaren

⁴⁶ Gramsci, *The Gramsci Reader, Selected Writings 1916-1935*, Ed. by, David Forgacs, New York, New York Uni., 2000, p. 189 *et seq.*

⁴⁷ Marx bunu "kar oranının düşme eğilimi yasanı" olarak, kapitalizmin nihai şekilde dışarı olduğu ve tedavisi mümkün olmayan hastalığı olarak tanımlamıştı. Bkz., Karl Marx, *Kapital*, Çev. Alaattin Bilgi, C. III, 3. b., Ankara, Sol, 1997, s. 188, *et seq.* Bu yasanın doğru şekilde saptandığını liberal liberal iktisatçı Schumpeter itiraf etmek zorunda kalmıştı. Cf. Joseph A. Schumpeter, *Kapitalizm, Sosyalizm ve Demokrasi*, C.I, Çev. Tunay Akoğlu, 4.b., İstanbul, Varlık, 1974, s. 210-211.

bir yönüyle küreseldir ve bu özellik kapitalizmle birlikte çok daha ileri nokta olan önce sömürgeciliğe, daha sonra sömürgelerin başkaldırışı sonrasında yeni-sömürgeciliğe dönüşmüştür. 20. yüzyıl başında, kısa süre içinde varlığının sona ermesi beklenen tarih dışı hale gelmiş iki istisnayı oluşturan Çin ve Osmanlı imparatorlukları dışta bırakılarak, batı dışı dünyanın tamamı sömürgeleştirilmiş ve halkları emperyalist ülkeler tarafından tebaaya dönüştürülmüş durumdadır. Emperyalist merkez ülkelerde vatandaşlık statüsü hala medeni erdem sahibi olmanın ölçütü iken, tebaa haline getirilen sömürge halkları vatandaşlığa sahip olmayan ikinci sınıf insanlardır. Eşitsizliğin ne kadar ileri noktaya ulaştığının yığınla kanıtı vardır. Yeni-sömürgeler şeklen egemen devletler haline geldi ve uyrukları vatandaş sayıldıysa da bu eşitsizlik günümüzde devasa bir uçurumu karşımıza çıkarmaktadır. Bu durumun ne kadar vahim olduğu, 2000 yılı itibarıyla 500 çokuluslu şirketin dünya ölçeğindeki yatırımların yüzde 80'ini kontrol etmesinde açıkça görülür⁴⁸. Büyüklü küçüklü 37.000 civarı çokuluslu şirketin *ceo*'ları artık dünyayı Tokugawa Dönemi Japon feodalizminin imparatora bağlı ve mutlak itaat eden samurayları gibi şirket sahiplerine hizmet vermektedir. 2007 yılına ait bir OECD endeksinde 197 ülkede toplam 27 milyon ekonomik aktör varken, bunların 43060 adedi ulusaşırı şirkettir. Ulusaşırı şirketler dünya ekonomisine hâkim konumdadır yedi milyar civarı olan dünya nüfusunun geçim kaynakları bunların elindedir⁴⁹.

Tekelci kapitalizm ile gelişmiş ülkelerde politika, maliklerinin sayısı ülke nüfuslarına göre azalmış, ancak gücü olağanüstü artmış sermaye grupları ile devletin yönetişimine dönüşmüştür. Burjuva demokrasisinin birinci derecede manivelası çalışan sınıfların siyasal partiler ve sendikalarda örgütlülüğü sayesinde elde ettiği pazarlık gücüdür. Bu koşullarda sosyal ve ekonomik hakların tanınması ve sosyal hukuk devleti (maddi hukuk devleti) durumu katlanılır kılan kazanımlar gibi görünmektedir. Adaletin yeni biçimi sayılan sosyal adalet devletler yönünden denkleştirici adalete istisna oluşturan yeni bir dağıtıcı adalet formu olarak görülmüştür. Konuya çalışan

⁴⁸ Bkz., Özcan, *Modern Toplum...*, s. 171-173.

⁴⁹ Tekelci kapitalizm ve izleyen son küreselleşme dalgasının hukuk devletine etkisi konusunda daha önce azımsanmayacak miktarda yayın yaptığım için bunlarda kullandığım kaynakları ayrıca zikretmeyeceğim. Şu çalışmalara bakılabilir: Özcan, *Modern Toplum...*, *passim.*; Mehmet Tevfik Özcan, "Neoliberalizmden Sonra Hukuk Devleti" *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008*, C. I, Ankara, Ankara Barosu, 2009, s. 394-406; Mehmet Tevfik Özcan, "Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti: Mit mi, Gerçeklik mi?," *İ. Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 71 (2013), s. 991-995.

sınıflar açısından bakıldığında, sosyal adalet talihsizlik sebebiyle yoksullaşmış insanların merhamet talebi değildir; aksine, kapitalizmin yoğun sömürsünün ellerinden aldığı yaşam şansının tazmin edilmesinin yurttaşlık hakkı olarak talep edilmesidir. Yine de, çalışan sınıfların kazanımları olan sosyal haklar, devletlerin kitle toplumu özelliğindeki kendi toplumlarını kontrol toplumuna dönüştürmesinin bir aracına dönüştürülmüş ve devletlerce Roma'nın erken imparatorluk dönemindeki *panem et circences* (ekmek ve sirk) politikasının taklidi olarak uygulanmıştır. Bu durum, kitle toplumu koşullarında, arenadaki seyirlik katliamların yerini futbol veya diğer kitle eğlencelerinin aldığı tüketim toplumu özelliğine dönüşmüştür; ekmek de ülke içindeki sömürüyü gevşetme ve çalışan sınıfların tüketim gereçlerini satın alabilme kapasitesini bir ölçüde artırmak olarak estetize edilmiştir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında gelişmiş ülkelerde yaygınlaştırılan tüketim kültürü ile çalışan sınıf örgütlülüğü ve kamusalılığı geriledikçe, bu durum demokrasinin biricik güvencesinin yok olması riskini de ortaya çıkarmıştır. Bu risk 1980'lere doğru gerçekliğe dönüşünce neo-liberalizm küresel planda egemen hale gelen politika durumuna terfi etmiştir ve bu durum demokrasiyi istenilirse vazgeçilebilecek bir anayasa dekorasyonuna dönüştürmüştür. Çalışan sınıfların örgütlülüğü gerilediğinde demokrasinin zayıflaması, iki dünya savaşı arasında görüldüğü gibi yaygın faşizm örneklerine ya da 1970'ler başından beri Şili, Pakistan ve Türkiye'nin önemli örnekleri oluşturduğu bir dizi ülkede "askeri cuntalarla yürütülen liberalizme" dönüşebilmektedir. 1980 sonrasındaki neo-liberal küreselleşmenin aşağıda işaret edeceğim temel özellikleriyle, demokrasiyi artık sadece merkez ülkelerin dekorasyonu haline getirmiştir; çevre ülkeler ise her türlü fiili durum mantığıyla vaziyetin idare edildiği soygun bölgeleridir. Bir ölçüde tutarlılığı olan bazı geçmiş faşizm örneklerinde sosyal haklar görünür durumdadır, ancak bütün olarak devletlerin iç ve dış savaş planlarının aracıdır; oysa neo-liberalizmde bu haklar tümüyle yok edilmektedir. Ulusaşırı şirketlerin karar verici olduğu küresel siyasal şebekeler hiç bir çevre ülkesinde kamusalığa izin vermemektedir. Kamusalığın yerine etnik ve dinsel özellikli arkaik şebekeler inşa edilmekte veya bu yolda bir değişme teşvik edilmektedir. Demokrasi konusunda bir miktar siyasal kapasiteye sahip olanlar hariç, çevre ülkeler giderek -faşizmden bile daha kötü- tiranlık türünden rejimlere mahkum edilmekte veya çökmüş devletlere dönüştürülmektedir.

1980'den itibaren egemen kılınan neo-liberalizmin sosyal hakları ciddi düzeyde yok ettiği dikkate alındığında, adaletin yaşanabilir olmasının artık

imkansızlık derecesine indiği kolayca tahayyül edilebilir. Neo-liberalizm, şebekeleşmiş olan ulusaşırı teknelci sermayenin sosyalist ülkeler ve üçüncü dünyanın teknelci kapitalizme ve emperyalizme direncinin kırıldığı 1980’lerde başlayan son küreselleşme safhası ile politikayı ve hukuku kıskacına almıştır. Küreselleşme dünya tarihinde yeni bir olgu değildir; 1980’lerde başlayan küreselleşme dünya tarihindeki altıncı küreselleşme dalgasıdır. Küreselleşme, sermayenin ulusal sınır engellerini yok ederek yeryüzü ölçeğindeki egemenliğidir. Bu politika alanında direnç gücünü ve kamusal alanlarını yitirmiş çalışan sınıfların, çökmüş olan sosyalist sistemin ve etkisini yitirmiş üçüncü dünyanın tepki gösterememesi koşullarında 19. yüzyıl ortasının -vahşi kapitalizm olarak da adlandırılan- Manchester Okulu tipinde liberalizmi bütün dünyaya dayatmasıdır. Geçmiştekinden farklı olarak, bu yeni liberalizm sermayenin teknelci koşulları altında bireyin zaten daha önceden yok olmuş durumda bulunduğu koşullarda kitle toplumlarında uygulanmaktadır. Bu bakımdan tarih dışı bir liberalizm türüdür; erken modernlikten bir adlandırmaya benzetirsek, buna “piç liberalizm” dememiz gerekir. Konumuz açısından bakarsak, ulusaşırı teknelci sermaye tarafından dayatılan neo-liberalizmin günümüzdeki temel özelliği olan “kuralsızlaştırma (*deregulation*)”, politika eliyle hukukun yok edilmesidir.

Neo-liberalizm ve son küreselleşmenin sonuçlarını şu şekilde özetleyebiliriz: 1. Küresel şirketlerin kümelenmiş emperyalizmi ulusal çıkarlarını korumak için direnç gösteren devletleri yok etmektedir. 2. Dünya sisteminin örgütlülüğünü sağlayan Birleşmiş Milletler ve diğer çok taraflı örgütler etkisizleştirilmiştir. 3. Küresel sermayenin koordinasyonunu ve her türlü ekonomik ve siyasal hedefini yaşama geçirmeye yönelik şekilde yeni bir yönetim kurulmuştur. Uluslararası Para Fonu, Dünya Bankası (Worldbank), Dünya Ticaret Örgütü (WTO), Dış İlişkiler Konseyi (CFR), Trilateral Commission, Bilderberg, Avrupa Birliği bunların başlıcalarıdır. 4. Küresel yönetim olarak adlandırılan süreçler hukuk, kamusal ve demokrasiyi değil, küresel pazarları, şebekeleri ve hiyerarşileri esas almaktadır. 5. Çokuluslu şirketlerin çıkarları söz konusu olduğunda hukukta kuralsızlaştırma (*deregulation*) asıldır. 6. *New lex mercatoria* adı altındaki ticaret hukuku sadece çokuluslu şirketlerce yapılmaktadır; özellikle çevre ülkelerde olmak üzere, ülkelerin yasama organlarının fonksiyonu sadece vatandaşları üzerindeki politik kontrolü sağlayacak konularla sınırlı hale gelmektedir. 7. Dünya Ticaret Örgütü kuralları gereğince ulusal yargı kurumları küresel sermayenin taraf olduğu uyuşmazlıkları yargılamaktan alıkonulmuştur. 8. Hukukun üstünlüğünün yerine yatırımcının kuralları egemendir. 9. Dünya ticaretine ilişkin olarak, devletlerin kendi yasama

organlarının çıkardığı yasaların yerini “yasanın özel alanda yapılması (*private legislation*)” almıştır. 10. Kamu çıkarı ve kamu hizmeti büyük ölçüde yok olmuş, özelleştirme anayasallaştırılmış ve kamu hizmetine konu olan alanlar sermayenin kar ettiği alanlara dönüştürülmüştür. Bu durum, bazı ülkelerde yargı organının ve hapishanelerin özelleştirilmesine kadar uzanmıştır. 11. Küresel sermayenin soygunlarına karşı kamusal direncin birincil odağı olan ulus devletler tasfiye edilmekte ve onun yerine ulus-altı ve ulusasıırı bölgeselleşmeler geçirilmektedir. 12. Devletler kamu çıkarı gereğiyle herhangi bir politika inşa edemez veya uygulayamaz durumdadır; bunun yerine kalkınma ajansları ve benzeri devlet-altı yerellikler veya bölgesellikler geçirilmektedir. 13. Ulusasıırı şirketler devletlerle iki taraflı antlaşmalar akdedecek kadar güçlenmiştir. Dünyada BITs (*Bilateral Investment Treaties*) denilen antlaşmaların sayısı 2500 civarındadır ve bunlarda taraf olan şirketler lehine “en ziyade kayırılan ulus” klozu konulmaktadır. 14. Kitle toplumunun kontrol toplumuna dönüştürülmesinin önemli formu etnik ve başkaca cemaat oluşumları ulusal ve uluslararası aktör durumuna getirilmektedir. 15. Bunun sonucunda, demokrasi büyük ölçüde *demos*’u olmayan bir görüntüye dönüştürülmüştür. 16. Petrol ve hammadde kaynakları yağmalanan ülkeler ve bunlara erişimde kullanılan coğrafyalardaki devletlerinin tasfiyesi ile yerlerine -“yeni ortaçağ” denilen şekilde- etnik devletler, dinsel cemaatlerin iktidar yapıları ve şehir devletleri geçirilmektedir. 17. Dünyanın belli bölgeleri bilinçli şekilde “çökmüş devlet” statüsündeki devletlerin kontrolünde tutulmaktadır; bunlar yağma ve hukuksuzluğun asıl olduğu iktidar şebekeleridir. 18. Şeklen ve öğretisi olarak gelişmiş bir sistem olan insan hakları pratikte korunma mekanizmalarını yitirmiş ve bütünüyle yok olmaktadır.

Kurgu değil, gerçeklik olan bu karanlık tablonun ayrıntıları daha da uzatılabilir. Bu koşullarda yukarıda kısaca sunduğum Gramsci’nin kapitalist toplumdaki hukuki üstyapıya dönük eleştirilerinde yer alan ifadeler, neo-liberalizm sonrasında sanki geçmişteki cenneti tarif eder gibidir. Bizler gibi sıradan insanlar bakımından artık hukuk tümüyle yok olmaktadır ve adalet şimdiden yok derecesindedir. Stoa felsefesinden beri insanlar üzerinde egemenlik olan *imperium*, cumhuriyet modelinin olgunlaşmasıyla *auctoritas*’a (meşru iktidar) dönüşerek günümüze intikal etmişti; bu iktidar biçimi cumhuriyetçi siyasal kültürün en erken safhalarından beri eşya üzerindeki egemenlik olan *dominium*’dan kesin suretle ayırt edilmişti. İkisi arasındaki fark tarihte sadece tiranlıklarda ve başkentini İstanbul’a taşınmış olan Roma İmparatorluğu’nun *dominatus* döneminde silikleşmişti. Günümüzde gelişmiş kapitalist ülkelerin dışında kalan çevre ülkelerde bu

fark ortadan hızla kaybolmaktadır. Artık adalet istemi hak yerine sadaka dilenmek düzeyine inmektedir. *Demos*'suz demokrasinin politikacılarının kamu kaynaklarını hukuksuz kullanarak bu tuhaf demokrasiyi istedikleri amaçlara hizmet edecek şekle getirmelerinde durum tüm açıklığıyla görünmektedir. Bilinç üretemeyen ve yurtdışına gidip kapağı bir ulusaşırı şirkete atmak isteyen -özellikle genç- aydınları tarafından bilinç de kazandırılmayan halk, adalet erdemi bir yana, dilenci topluluğuna dönüşmenin ve insan haysiyetini tümüyle kaybetmenin eşiğindedir.

5. Kapitalist Toplumda Adalet Hakkında Nihai Bir Değerlendirme

Hukuk uygulamasında hukukun olmazsa olmaz özelliklerinin işleyişine dönük hiç bir sorunun olmadığını, hukukun üstünlüğünün eksiksiz olduğunu ve hukuksal adaletin olabildiği ölçüde yaşama geçirildiğini farz edelim. Bu koşullarda tekil yargılama süreçlerinde haklı veya haksız nedenlerle bizde adaletsizlik duygusunun oluşması dışta bırakılarak, kapitalist toplumda yaşadığımız koşulların adaletsizlik duygusuna gerçekten yol açmaması mümkün müdür? Yine kapitalizmin hastalıklı formları olan tekelleri kapitalizm ve neo-liberal kapitalizmin söz konusu olmadığı durumda bu sorunun yanıtını düşünelim. Yukarıda işaret ettiğim üzere, kapitalist toplumun meşru hukuki ilişki modeli rekabetçi evresinde piyasa ekseninde gelişen ilişkilere uygun olarak, mülkiyet, sözleşme özgürlüğü ve karşılıklılık formunda edimlerin eşitliği ilkeleriyle belirlenmiştir. Yukarıda işaret ettiğim gibi, pazar geç ortaçağda olgunlaşırken (hatta daha önceki tarih dönemlerinde de piyasanın aynı ilkelerle işlediği bilinmektedir), burada eşdeğerlerin mübadelesi pazardaki mübadele değeri biçiminin nüfuzu altındadır. Bu dönemde henüz üretim araçları ile üretici gücü bir arada tutan hanenin yarılarak işyeri (*workplace*) ve evsel yaşam alanının (*household*) yapısal uzamlarına ayrışması gerçekleşmemiştir⁵⁰. Bu ayrışma, sermaye sahibinin mülkiyet formundaki iktidarıyla ayırt edilen üretim araçları sahipliği ve ücretli emek formundaki üretici gücün ayrışması sonucunda ortaya çıkmıştır. Eşit değerlerin mübadelesi olarak nesnelleşmiş piyasa koşullarında işgücü bir meta olarak alınıp satılır hale gelmiştir; dolayısıyla işgücünün fiyatı onun üretim maliyeti, başka bir deyişle işçinin yaşamını asgari düzeyde sürdürebileceği gelir miktarındadır. Oysa, üretim sürecinin sonunda, her işçi üretilen metaya değişmeyen sermaye (kabaca hammadde

⁵⁰ Bu uzamsallaşma için bkz., Boaventura de Sousa Santos, "On Modes of Production of Law and Social Power," *International Journal of Sociology of Law*, Vol. XIII (1985), p. 309, *et. seq.*

ve amortismanlar) üzerinde bir değeri ilave etmiş olmaktadır. Marx tarafından artı-değer olarak adlandırılan ve kapitalistin sermayesine kar olarak eklenen bu fazla, eşdeğerlerin mübadelesi perdesinin gerisinde gizlenmektedir. Marx'ın "metanın fetiş niteliği" olarak adlandırılan bu süreç, insani bir edim ve ilişki düzeni olan üretim sürecinde üretilen değer artı-değer bölümünün sermaye sahibince temellükünü, eşdeğerlerin mübadelesi görüntüsünün gerisinde gizlemesidir. Bu insani süreci perdeleyen piyasa ilişkisi hem sermaye birikimini, hem de bu birikimin işçinin karşılığı ödenmemiş emeğinin maddileşmesini, yani bizzatı sermaye birikiminin kaynağını görünmez kılmaktadır⁵¹. Pazardaki basit meta mübadelesi veya değer para biçimini aldığı ileri derecede gelişmiş mübadele formlarında olsun; mübadele her durumda pazara çıkmış meta niteliğindeki ürünün kullanım değerine değil objektifleşmiş olan mübadele değerine göre yürütülür. Oysa, bu objektiflikle metanın insani dünyadaki kullanım değerini görünmez kılar ve eşdeğerlerin karşılıklı mübadelesi görünümü kazandırır. Pazardaki mübadelede göze çarpan objektiflik artı-değeri üstüne perde çekerek gizlediği için Marx bunu bir çeşit fetiş saymıştır.

Sovyet hukukçusu Pasukanis kapitalist toplumda piyasa ilişkileri modelinde tecelli eden hukuki ilişkiyi eleştiri konusu yaparken, haklı olarak, hukukun anlam evreni içinde bireyin konumunun her durumda "hak" kavramına dayanılarak anlamlandırıldığına işaret eder. Pasukanis, bundan dolayı da metanın fetiş niteliğinin uzantısı olarak "hak" kavramının sömürü ilişkilerini gerisinde gizlediğini belirtmiştir⁵². Burada ifade edilen husus gerçekten bir anti-kapitalist retorik sayılamaz; yaşanan durum -değer sürecinde olduğu gibi- hukuktaki objektifleşmenin kendi mahiyetine ilişkindir. Pasukanis hukuk ve politika ayrımının farkındadır: üretim süreci politikaya ne kadar indirgenemezse, hukuksal üstyapının kendisi de politika veya siyasal iktidarın uzantısı değildir. Hukuk, böylece hukuk önünde eşitlik ve hak süjesi olan hukuksal kişilik ile muhakemede uyumsuzluk taraflarının konumlarının her birinin elinde bulundurduğu ekonomik iktidarı da görünmez hale getiren bir objektifleşmeyi ortaya çıkarır⁵³. Bu durum, Hegel'de dikkati çeken, şeyselleşme ve objektifleşmeden çok farklı bir

⁵¹ Karl Marx, *Kapital*, C.I, Çev. Alaattin Bilgi, 10.b., Ankara, Sol, 2011, s. 81-92.

⁵² Evgeny B. Pasukanis, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, Çev. Onur Karahanoğulları, İstanbul, Birikim, 2002, s. 118, *et seq.* Cf., P. I. Stucka, *Selected Writings on Soviet Law and Marxism*, Eds, Trans. And Introduction by, Robert Sharlet, Peter Maggs, and Pier Beirne, New York, M. E. Sharpe, M. E. Sharpe Inc., 1988, p. 22, *et seq.*

⁵³ Cf., Pasukanis, *op. cit.*, s. 91-92.

görüş açısı değildir; farklı olan, Hegel’de hukuka içsel bakışla objektifliğin adalet açısından mükemmeli ortaya çıkardığı, oysa Pasukanis’de hukuka dışsal bakışla burjuva hukukunun kendi objektifliğiyle ekonomik eşitsizliğin üzerine yarıltıcı bir perde çektiği görüşüdür. Bu durumda, biz hukuka içsel bakışla, hukuktan ekonomik adaleti, yani artı değer sömürsünün üzerine çektiği aralamasını isteyebilir miyiz? Hukukun iyi işlediği durumlarda bile adalet sorunu tamamen çözüme kavuşmuş olur mu? Bunu iddia edemeyiz; hukuk, toplumsal düzeni sağlamakta bizim tanıma sürecinden geçmiş haklarımızı korur ve bir davanın tarafı olduğumuzda bizim usuli güvencelerimize dikkat eder, adil yargılar vb. Ancak kapitalist üretim biçiminin doğasından kaynaklanan adaletsizlikler yerinde kalmaya devam eder.

Şimdi yanıtı bulunamayacak olan soruyu tekrar soralım: Kapitalist toplumda ekonomik iktidarın “iyi yöneticiyi” de belirlediği koşulları farz edelim; sınıf konumlarımıza ve tekil algı düzenlerimize bağlı olarak hissedebileceğimiz adalet ve adaletsizlik duygusu dışında, hepimizin de üzerinde birleşebileceği bir kamu adaleti algısı bulabilir miyiz? Hukukun objektifliği koşullarında bunun gölgesi olan bir adalet tanımının topoğrafyası çıkarılabilir; ancak bizlerin tek tek bireysel erdemlerimizden kaynaklanan hak istemlerimiz hukuk tarafından tanınmıyorsa tekil adaletsizlik duygularımız varlığını sürdürecektir. Hukuk cenneti vaat etmez; tanıma sürecini tamamlamadığı sürece objektifleşememiş olan hak istemimiz karşılanmadığı için hukukun objektif olmadığını da iddia edemeyiz. Objektifleşme de bir insani süreçtir, her toplumsal süreç gibi insanlık durumunun ve toplumsal iktidarın egemen formunun damgasını taşır; yoksa, hukuk insanlar eliyle “tanrısal” bir adalet düzeni kurmak değildir. Zaten böyle bir düzen ancak olsa olsa ütopyalarda veya kutsal kitapların cennet tasvirlerinde bulunabilir⁵⁴. Tanımaya kavuşmamış olan hak istemlerimiz için yapabileceğimiz edim bunları gündemde tutmak ve başarabileceğimiz ölçüde politika alanına siyasal talep olarak aktarabilmek ve yaşama geçirilmesi için çaba sarf etmektir. Tanınmamış hak istemimizin tanımaya kavuşması yine objektiflik formuna sahip, politik ve depolitik iktidarın yeniden düzgünlendiği yeni bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir; bu

⁵⁴ Yukarıda Pasukanis’in eleştirel tutumunun kaynaklarını oluşturan Marksizm tartışma konumuzun özünü oluşturmamakla birlikte, bir hususu not etmek yerinde olacaktır. Belirtilen Marksizm kaynaklı eleştiriye rağmen, Lenin’in ifade ettiği husus komünizmin ilk safhasında burjuva hak kavramının bütün olarak lağvedilmeyeceği, ancak ekonomik dönüşümle orantılı olarak kısmen değişimler yaşayacağıdır. V. I. Lenin, *State and Revolution*, Ed. by, Todd Chretien, Chicago, Haymarket Books, 2014, p. 132.

noktaya erişinceye kadar bize kalan karşı çıkışın politik olanağını yaratabilmektir.

6. Sonuç

Adalet kavramı, tarif edilmiş kesin bir davranışsal modeli veya ahlaki bir ifadeyi kapsamadığı için kendi başına bir performatif ifade olarak değerlendirilemez. Onu “varlık” veya “yokluk” gibi bir tümel kavram sayabiliriz, ancak dilsel gösterge olarak göndermede bulunduğu gösterileni tanım yoluyla net bir şekilde ortaya koyamayız. Buna rağmen, varlığını ararız; en çok da yokluğunu hissederiz. Muhtemelen, bu konuda ilerlemenin en iyi yolu onu deneyimlerimiz ışığında algıladığımız tikellikler içinde analiz etmek suretiyle adalet bilincimizi yeniden ve yeniden inşa etmektir. İnsan eşitliğinin konu edildiği bir sorunsalda, hukuksal, iktisadi veya politik alanda yaşamın adil cereyan etmesi için nelerin olmazsa olmaz olduğunu belirleyen minimal düzeyde bir betimleme yapma olanağımız vardır. Bu, önce formel olarak insan haysiyetini koruyan bir hukuku kapsamalıdır; ancak yukarıda betimlenen günümüz kapitalist dünya sistemi dikkate alındığında, adaletsizlik salt hukukla yürütülemez. Hukuk söz konusu olduğunda yapılabilir olan ülkedeki hukukun uygunluklarının veya uygunsuzluklarının, varoluşlarının veya varolmayışlarının tanımlarını yaparak tartışabilmektir. Burada, eğer tartışmanın zemini mevcutsa ortaya atılan görüş açısı ülkedeki hukukun kurumsal yapısına referansla inşa edilebilir; ancak, sorgulamanın öncelikli başlıkları, hukukun üstünlüğünün ülkedeki durumu, bunun anayasal güvenceleri ve temel insan haklarının yaşanılabilir derecesidir. Bugünlerde Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Tanrı’ya istifasını sunmuş papa durumunda olduğu düşünülürse, mevcut durum artık ülkedeki hukukun yok olduğu noktaya doğru ilerlediğimizdir. Yeniden bütün temel haklarımızın tanınması için çaba göstermek ve hukukun üstünlüğünün nasıl kurulabileceğini düşünmek durumundayız. İstemlerimizin hukukleşmesinin tanıma edimi sonrasında yaşama geçmiş olduğu düşünüldüğünde, şimdilik yurttaşlar olarak siyasal alanda gösterebileceğimiz başarıya bağlı bir kader paylaşıyoruz. Bu siyasal alan, devleti ele geçirenin “istisna hali” mazeretini meşrulaştıran bilim ya da sözde-bilim insanların veya bunların sırtını sıvazlayanların anladığı siyasallık değildir; gerçekten yurttaşlık bilinci olanların başarı göstermesine yönelik olan siyasal alandır. Bu arada, hukuktaki çöküşün devlet kapasitesini yok ettiğini, devletin rolünü ve meşruiyetini hızla kaybettirdiğini görmekteyiz.

Bu büyük fotoğrafı dikkate alarak ÷lkemize baktığımızda tablo şudur: Türkiye Hukuk Devleti Endeksi'nde sürekli gerileme içindedir. Türkiye 2017 Hukuk Devleti Endeksi'nde (*WJP, The Rule of Law Index 2017*) yer verilen 113 ÷lke içinde 101.nci sıraya düşmüş durumdadır. Benzer şekilde, Kırılgan Devlet Endeksi 2017 (*Fragile State Index 2017*) içinde Türkiye, endekslenen 178 ÷lke arasında en kırılgan ÷lkeden başlayan sıralamada 64.cü sıradadır. En iyi durumdaki Finlandiya'ya göre düşün÷lürse, Türkiye 178 ÷lke arasında 114. sırada yer tutmaktadır ve durumu en hızlı kötüleşmekte olan üçüncü ÷lkedir. Türkiye Cumhuriyeti halihazırda başarısız devlet (*failed state*) konumundadır, hatta giderek en dipteki çökmüş devlet (*collapsed state*) konumuna doğru yol almaktadır. Özellikle çökmüş devletler Birleşmiş Milletler Şartına göre kendini yönetemeyen coğrafi bölgeler (*non self-governed territories*) statüsündedir ve bu statü ÷lkeye dışarıdan gelen müdahalenin, işgalin ve parçalanarak birden fazla devlete dönüştür÷lmesinin kapısını açmaktadır. Küreselleşmenin akıl hocası olan bir kısım Amerikalı ve İngiliz sözde bilim insanları bu endeks üzerinde timsah gözyaşı dökerek çalışmaktadır; oysa yaptıkları iş, dış müdahale veya iç çatışma ile yıkılması umulan mevcut devletler yerine kolay lokma olan yeni etnik ya da şehir devletleri kurma uzmanlığıdır. 2003'de Amerika Birleşik Devletleri bir buçuk milyon üzerinde insanı katlettiği Irak'a başarısız devlet olduğu, bu yüzden terör yuvası haline geldiği yalanına dayanarak saldırmıştı. Bizim de yer aldığımız, bir litre petrolün bir kova kandan daha değerli bulunduğu coğrafyadaki son örneği 600 binin üzerinde insanı öldür÷len Suriye olmak üzere, petrol yatakları, mevcut veya inşa edilecek boru hatları ve limanları için diğer ÷lkelere de aynı saldırının yapılacağı mukadderdir.

Dr. Gökçe Çataloluk (İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tevfik Hoca'dan sonra konuşma talihsizliği bana düştü; mümkün olduğu kadar kısa özetlemeye çalışacağım. Üç ana başlık altında özetlenebilir söyleyeceklerim. Öncelikle kavramdan söz edeceğim, sonra bir ilişkisellik tesis etmeye çalışacağım, sonra da ufak bir analizle bitireceğim. Öncelikle, Ioanna Hoca'nın "Adalet, kişilerin temel ve diğer haklarının korunması talebi ve mevcut koşullarda gereklerinin sürekli olarak ÷lkeler ve dünya düzeyinde gerçekleştirilmesi talebidir" ifadesi, başka bir ifadeyi aklıma getirdi: "Siz ne düşünürseniz düşünün, bu insan doğası, adalet ve insanların özlerini gerçekleştirme fikirlerinin hepsinin, bizim uygarlığımız içinde bize özgü bilgi tipi, bize özgü felsefe biçimi içinde oluşmuş fikir ve kavramlar olduklarını ve bunun sonucu olarak bizim sınıfsal sistemimizin bir parçasını

oluşturduklarını düşünmemi engelleyemezsiniz”. İfadenin sahibi, Foucault. 1970’lerde Chomsky ile yaptığı meşhur tartışmasında söylemiş bunu. Bir karşıtlık değil özdeşlik bulmak niyetiyle not ettim buraya.

İonna Hoca tanımını yaptığı zaman adaleti bir talep olarak nitelendiriyor. Bir talep etme biçimi olarak, bir talep etme edimi olarak. Gerçekten bu soyut kavram, tarihte ancak bir haklar talebi olarak gözlemlenebiliyor – somutlaşmasının tek yolu bu. Büyük idealistlerde, mesela Kant’ın (Hegel’de de benzer ama tam olarak denk düşmeyen bir şekilde var) hak öğretisinde dahi adaleti mahkemelerin dağıttığı, dışsal bir şey olarak görürüz çünkü ikinci bir kişiyi gereksinir. Bu anlamda Tefvik Hoca’nın ahlakla özdeşlik konusundaki tereddüdünü paylaşıyorum ama sınırlı olarak paylaşıyorum. Öyle ya da böyle; adalete bir istek, bir talep, bir mücadele, bir kazanım konusu olarak baktığımızda somut bir şey görebiliyoruz.

İoanna hocanın tanımındaki ikinci husus ise daha önemli. Adaleti ancak adaletsizliğe bakarak gerçekten anlayabiliriz. Bu da aslında formel düşünmenin temel yasasının yansımasıdır. Bir ayırım yapmadan düşünmeye başlayamıyoruz çünkü. O ayırımı yaptığımızda, ayırdığımız alanı işaretlememiz gerekiyor: “Adaletsizlik bu kısımdır, geri kalan şeylerde bir adalet aramak gerekir” gibi... Ancak, yine diyalektik nedeniyle, ancak ayrılan iki parçayı birlikte düşündüğümüzde, yani adaletsiz olanla adil olanı birlikte düşündüğümüzde, panoramanın tamamını görüyoruz. Bir örnek vereyim, çok soyut kalsın.

Aladağ’ın dört dağ köyündeki çocukların kasabaya okumaya götürülmesi adaletsiz bir şey değildir, hatta eğitim hakkının kullanılması anlamında sosyal devlet gereğidir. Ama aynı eyleme sonuçları itibariyle baktığımızda adaletsizliğin ne olduğunu görebilirsiniz. Çünkü eğitim hakkı dediğiniz şey ulaşım hakkı ve barınma hakkı ile de bağlantılıdır, öyle olması gerekir. Öyleyse, adil olandan değil adaletsiz olandan yola çıkmak bize doğru tespiti sağlamış bulunur ve büyük hikâyeyi de adil olan ile adaletsiz olana birlikte bakmak anlatabilir.

İkinci başlığım ilişkisellik... Bunu açmak için hukukun diğer sistemlerle olan ilişkisine geçmek gerekiyor. Folk psikolojide yerleşik olarak hukuk adaletle özdeşleşmiştir. Bilinçaltının bu yerleşikliğini, mahkemelerin önünde “adalet nerede?!” diye bağırarak halkın dışavurumunda gözlemlemek mümkündür. Ama analiz ettiğimizde, yapı epey karmaşıktır. Zira sadece hukuk değil ekonomide, siyasette, eğitimde hatta ahlaki anlamda bir adaletten de bahsedebiliyoruz; bunlar yapısal eşleşmeler şeklinde bir araya gelebiliyorlar. Söz gelimi, anayasa örneğinde siyasetin, ekonominin, hukukun adalet kavramıyla bir araya geldiğini görebiliyorsunuz.

Peki, hukukun özgüllüğü nerede? 19.yüzyıldaki büyük kodifikasyonlar, bunlarla paralel yürüyen kurumsallaşma ve örgütlenme hukuku özgül hale getiriyor. Çünkü hukuk bu araçlarla *kendine ait* bir adalet inşa etmek zorundadır. Üstelik bu eşikten sonra yargıçlar artık, karşılıklarına gelen uyuşmazlıkları çözmekten imtina edemezler. Doğal olarak, bu son durum, yargıçları kararlarını daha tafsilatlı olarak gerekçelendirmek zorunda bırakıyor. Velhasıl yargı, bir organ olarak sisteminin bütünlüğünü sağlıyor.

Peki adalet? Hukukun kendine ait adalet kurgusu, aynı türden durumlarda aynı türden kararlar çıkartabilmek ve bu türden kararları sistematik biçimde yineleyebilmekle sınırlıdır. Sadece içtihadın birincil kaynak olduğu sistemlerde değil, Kıta Avrupa'sında da böyledir bu: harmoni olmazsa sistem işlemez. Bu türden bir harmoninin adının adalet konmuş olması ise maalesef, folk psikoloji açısından hiçbir zaman yeterli olmamaktadır. Bir örnekle anlatmak gerekirse; destekten yoksun kalma tazminatını ele alabiliriz. Destekten yoksun kalan kişinin ne kadarlık bir destekten yoksun kaldığını hesaplamak gerektiğinde hukukun yapabildiği yegâne şey, kişi yaşasaydı elde edeceği kazancı belirlemek ve buna göre bir rakam ortaya çıkarmaktır. Çünkü bahis konusu, bir maddi tazminat türüdür ve hukuk, insani olan her şeyi her haliyle göremez.

Bu vesileyle, kısaca Ülker Hocanın Dworkin'in modern demokratik batı ülkeleri için tasarladığını söylediği modele de değinmiş olayım. Demin tasvir ettiğim bağlamda, o adalet modelleri hukukun özgül işlevi ile ilgili değiller. Bir tür dağıtım sorununa, yani olsa olsa, bir tür yasama ve ilkelerinin belirlenmesi sorununa ilişkindir. Karar verme ve uyuşmazlıkları çözüme aşamasına kadar yetişmezler ve hukuka sadece belli prensipler önerebilirler. Bu prensipleri de –Ülker hoca söyledi- ancak ve ancak kapitalizmin yapısal kısıtları içinde önerebilirler.

Öyleyse, üçüncü ve son başlığıma geliyorum. Kafamızdaki, farklılaşmış ve sistematikleşme yoluyla kendi adaletini sunabilen yaratabilen bir hukuk... Ama krizde. Çünkü toplumsal varlığı pek çok diğer sistemle iç içe. Demin dediğim üzere, yapısal eşleşmelerle işliyor. İşte bu bağlamda, modern demokrasinin krizi denilen şey sadece ağır bir ekonomik krizin takip ettiği siyasi kriz değil. Hepimizin bildiği gibi, 2000'li yılların başından beri gittikçe yaygınlaşan sürekli bir olağanüstü hal durumu içinde yaşıyoruz. Fransa'da 20 ay sürdü olağanüstü hal, ülkemizde olağanüstü hal durumu devam ediyor... Bizim ülkemizde Batı'dakinden farklı ve ağır koşullarda cereyan ediyor zira, normal işleyişinde zaten ağır koşullarımız vardı, doğal olarak olağanüstüleşen durumda farklı bir durumdayız. *De facto*

olarak parlamentonun, *de facto* olarak anayasanın işlemediği, işlevsizleştiği bir hal yaşıyoruz.

Başta dönmemiz gerekecek bu noktada. Ioanna hoca demişti ki mevcut koşullar içinde sürekli hak talebi olarak adaleti düşünmek gerekiyor. Mevcut koşullarımız ise (bu sefer Foucault'dan yapılan alıntıyı hatırlamamız gerekecek), kitaplarda yazdığı gibi değil. Hukukun farklılaşmış olduğu ve *ratio* üreterek irrasyonel dünyamızı rasyonel bir forma sokmaya çalıştığı zamandaki gibi değil. Başka, tuhaf zamanlar yaşıyoruz. Ceza hukukundan değil, düşman ceza hukukundan bahsediyoruz mesela. *Ultima ratio* ilkesi ortadan kalkmış durumda neredeyse. Hukuk belirlilik üretmiyor. Sistemde kara delikler var demektir bu. Ve elbette, bu şartlar altında, az önce bahsettiğim “adalet, sistemin kararlarını yineleyebilmesidir” saptaması işlemez vaziyette... Kötü bir soru ama acaba böyle bir politik momentte adalet bir tür erdem olarak mı kalacak? Kişinin erdemi olarak da adalet? Bir şey okumak istiyorum müsaade ederseniz:

“Modern hukuk insan öznelerinin evrensel özelliklerini ayırım kazanmış bir şekilde dile getiren bir tanınma ortamını oluştururken sonuç olarak sosyal değer vermeye özgü tanınma biçimi de insan özneleri arasındaki özellik farklarının evrensel yani öznelerarası olarak bağlayıcı biçimde dile getirilmesinin zorunlu olduğu sosyal bir ortamı talep eder.”

Bu, tufandan önceki bir hali betimleyen bir alıntı. Hukuk sistemi bu hal içerisinde hareket edebilecek mi?

Marksist bir perspektiften, alt yapısal krizin üst yapının tüm unsurlarını paralel olarak çürüttüğünü çıkarsamak mümkündür. Ben şu anda bir kuşağı temsilen buradayım ve hukuk felsefecisi arkadaşlarımızın dörtte üçü kanun hükmünde kararnamelerle akademiden ve kamu görevinden uzaklaştırıldı. En iyi temsilcilerimiz, en iyi arkadaşlarımız atıldı. Bu bir göstergedir. Hukuk sistemi bunu yaptı zira siyaset bunu talep ediyordu. Ama bunun ahlaki sonuçları da oldu. Arkadaşlarımız, meslektaşlarımız bunlar olurken kapılarını kilitleyip oturdular. Toplum sisteminin tamamını içeren, yani alt yapıdan gelen büyük dalganın üstyapının tamamını çürüttüğü bir duruma verilebilecek en yakın örnek bu.

Öyleyse başa dönelim. Düşüncenin biçimsel yasalarını takiben, işaretli alanı doğru tarif edersek; burası hukuksuz, burası adaletsiz diyebilirsek, hukukçular olarak bundan korkmazsak, belki –Ioanna Hoca'nın “bir talep olarak adalet” tanımı bana o yüzden çok önemli geldi- “yeni” demeyeceğim ama kendi sınırlarına riayet eden bir hukuk anlayışı tesis etmek mümkün olabilir. Elbette yapısal kısıtlar vardır, adaletle ilişkin talebin, bir hareket imkânı yaratması dışında, hukukun küresel ölçekte belirleyici olabileceğini

düşünmüyorum. Ancak aksi durumda hukuk işlevini yitirirken tarihsel görevimizi ihmal etmiş sayılacağımız da muhakkaktır. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Fazıl Sağlam (Oturum Başkanı) - Gökçe Hanım'a da çok teşekkür ediyorum. Kartlar gelmeye başladı. Bir şeyin altını çizmeme izin verin. Sorular eğer soru olarak yöneltilecekse onun bildiri sahiplerine yöneltmesi lazım. Çünkü yorum yapanlara yöneltmiş iki soru var burada. Belki buna bir istisna yapabiliriz ama ben bunu yorum yapanlara yönelik katkılar olarak düşünmeyi tercih ediyorum. Özellikle Yasemin Hanım'inkini kendi geldiği zaman bir katkı olarak her iki kartı ile ilgili olarak açıklamalarını yapar. Biz yorumcuları katkı sunacak arkadaşlara bir örnek olarak ortaya koyduk. Onlar belki imtiyazlı katkı sundular. 15 dakikayı kullanabiliyorlar. Size kart sayısına göre süre vereceğim. Şu an belki fazla kart yok. İlk söz alanların daha geniş konuşma imkanı olacak. Ama kartlar çoğaldıkça konuşma süreleri daralacak.

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Özcan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

“Modern Toplum ve Hukuk Devleti” başlıklı kitabımda yaptığım çalışma benim bugün sunmakta olduğum görüş açısına ulaşmamda büyük bir rol oynadı. Jean- Claude Paye'nin “Hukuk Devletinin Sonu” başlıklı kitabı çıktı. Ben yayınladıktan sonra çıktı. Son küreselleşme dalgasının sonunda hukuk devletinin zemini tümenden yok olmuştu. Küreselleşme sadece küresel şirketler kendi hukuklarını üretme sürecine girdi. Şu anda uluslararası yumuşak hukuk (international soft law) küresel ticarete egemen durumda. Bunu küresel şirketler kendi aralarında yaptılar ve kendi çıkarlarına uymadığında değiştiriyorlar; “yumuşak” olmasının sebebi bu. Dünya Ticaret Örgütüne her ülke üye olmaya mecbur ediliyor. Olmayanlar ambargo altındalar. Üye olanlar bu hukuka tabi. Bu sistemin çekirdeğinde yer alan, Amerika Birleşik Devletleri'ne ait olan Amerikan Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code) 1907'den beri özel şirketler tarafından yapılan ve gerek duyulduğunda değiştirilen bir kanun. İki tane özel danışmanlık kuruluşu bu kanunun yasama tekniğini icra etti. Kanun, ABD ticaretinde uygulanıyor ve bu ülke ile ticaret yapan herkes kendini bu kanuna uyarlıyor. Zygmunt Bauman, yakın zamanda vefat etmiş olan meşhur sosyolog; “*glocal*” diye bir kavram önerdi. Global küresel, sözcüğün *local* ile kaynaştırılmış şekli *glocal* küresele uyarlanmış yerel anlamına geliyor. Şimdi dünyanın yerel bankası diye reklam vardı. Bu, çok güzel, seçilmiş bir reklam. Lafı ilk kez Japon reklamcılar uydurmuş zaten. Bize kalan bu küresel sistemin müsaade

ettiği yerde müsaade ettiği kadar varolan, kamusal fonksiyonları olmayan, ancak sadece asayişini sağlayan devletler.

Bugün Ortadoğu’da yaşananlar 1971 petrol krizi esnasında yeryüzündeki petrolün tamamını ele geçirmek isteyen emperyalist devletlerce planlanan savaşlardır. Hala, “hidrokarbonun %71’i Avrasya’da, biz bu kuyuları ve geçiş yollarını ele geçirmek zorundayız” diyorlar. Bizim öz kardeşimiz olan Kürtlerin ağzına bal çalar, size devlet kuracağız, derler. Sözde, yanlarında dururlar, güvence verirler ve kimlik haklarıyla başlarlar; bu hakkın tanımını giderek devlet kurma hakkı olur. Şu anda bunlar yaşanıyor. TBMM üyesi önemli bir Kürt politikacının Suriye’deki Kürtçü örgütleri kastederek “denize ulaşmamıza 300 km kaldı” dediğini basında haber olarak gördüm. Denize ulaşması Akdeniz sahiline ulaşması anlamına geliyor; tam da ABD’nin kontrol etmek istediği petrol boru hatları güzergahı. Küresel oligarkların amacı zayıf yerel devletler yaratmak; kendilerine lüzum ettiği sürece sürdürülecek devletler. Bir kere, şu anda bunların hiç birinin kamusal alanı yok. Bu yüzden, vatandaşlık sayabileceğimiz bir sistemleri de yok; hukuk devletinin güvencesine hiç sahip değiller. Çokuluslu şirketler hukukun üstünlüğünden tek bir alanda söz ediyorlar: Dünya ticaretinin yürütülmesinde kullanılan yatırımcıların kendi hukuk kuralları. Bugün beş yüz çok uluslu şirket dünya ekonomisinin %85’ini kontrol ediyor. Bu sayı bankacılık alanında kırk bankaya kadar iniyor. Kredi kartlarını dünyada iki şirket üretiyor. İki kişi karar veriyor; Master ve Visa kart CEO’ları. Böyle bir dünyada bize ne kalıyor? Bize kendimizi avutmak kalıyor, avutabilirsek. Dünya 90’larda da bu haldeydi; şimdi eşitsizlik daha siddetli ve giderek siddetini artırıyor. Dr. Ülker Yükselbaba’nın biraz önce işaret ettiği Oxfam’ın ekonomik eşitsizliği gösteren o rakamları dikkate değerdir.

Böyle bir dünyada refahı paylaşırma imkanına zaten sahip olmayan devletler neyi gerçekleştirebilir? Konuyla meşgul olurken, benim derdim hukuk devletinin altyapısının çöktüğü sıkıntısıydı. Hukuk devleti yeryüzü cenneti değildir, ancak yurttaşların yaşam haklarının asgari koşulları için gereklidir ve yerine başka bir sistem ikame edilemez. Devlet mevcut olduğu sürece, eğer hukuk tarafından kontrol edilmiyorsa -Antikçağ’dan beri ifade edildiği üzere- haydut çetesinden farkı yoktur. 500 çok uluslu şirketin CEO’ları, büyük hissedarları, profesyonel üst seviye personeli topladığınızda, holding yapısında olanları dahil ettiğinizde sayı biraz artıyor. Ancak şirketlerin sahipleri ve üst düzey yönetici personeli toplamda 250 bin kişi civarındadır. Yedi milyarlık dünya nüfusuna karşılık 250 bin kişi; devasa bir ekonomik eşitsizlik ve hukuk eşitsizliği. Böyle bir dünyada yaşıyoruz, iktisadi alt yapısı sadece sermaye sahipleri lehine işliyor. Adalet

bir istemdir; hak da bir istemdir; oysa ahlak sadece yükümlülüktür, asla istemi ihtiva etmez. Hukuku ahlaki yükümlülükle tanımlayamayız; hakla tanımlamamız lazım. Hakkın peşine düşmenin yolunu bulmamız lazım. İnsanlığın tamamı için insan haklarından başlayarak, hukukun her alanında bunu yapmaya çalışmalıyız. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi) -

Ben hem Ioanna hocanın, hem de Ülker Hocanın dediklerinden yola çıkarak birkaç şey söylemek istiyordum. Ana kavramım da ‘kötülük.’ Hem Dworkin’i, hem de Rawls’u okuduğunuzda tespit ettiğimiz şey, bir ideal tip olarak kötülüğün nereye oturduğu sorusunun hiçbir cevabının olmaması. Oysa ki Tefvik hocanın söylediği her şey kötülüğün ana eksene oturtulduğu bir konsept. Bugünün Türkiyesinde Çarşamba akşamından beri erken seçim kararıyla yaşadıklarımız ile 1933 sonrasındaki kötülüğün sıradanlaşması ve kurumsallaşması aslında birbirine çok benziyor. Çünkü kötülük, yapabilme kapasiteniz olduğu için, nedensiz bile olsa yaptığınız/eylediğiniz bir şey iken; hak, kötülüğe karşı ispat yükü sırtınıza yüklenmiş olarak mücadele yükümlülüğü haline geliyor. Nürnberg duruşmalarında tam da bunu görüyorsunuz. Bir yargıç, yargılanan Alman hâkimlerden birine bu insanlığa karşı işlenmiş suç olarak tasnif edilebilecek kararları neden verdiğini soruyor. Hâkim de “çünkü yapabildim, yapabiliyordum” diyor. Başka bir cevabı yok. Başka bir cevap vermesine de gerek yok. Oysa kötülüğün mağduru olanlardan talep edilen şey, dava dosyasına dönüşmüş o kötülük bakımından, kendisine kötülük yapılırken gerçekten kendisini savunup savunmadığını, bütün delillerini sunup sunmadığını ve o belgelerin doğru olup olmadığını ispatlaması.

İdeal tipler güzel, ama ideal tipler aslında hepimizin yaptığı işte kendisine sorması gereken bir çıkış noktası işlevini görür. Her yazı/çalışma aslında bir soruya verilen cevap niteliği taşır. Augustinus’tan başlayarak tüm Protestan dünyası Protestan isyanına kadar fikirlerle çarpışarak buraya geldi. Dolayısıyla her ideal tipler bir sorun oluşturuyor gerçekte. Benim Ülker hocanın yazdığı metne en büyük itirazım, metnin bir sorununun olmamasıydı. Bugün içinde yaşadığımız dünyanın hiçbir sorusuna cevap arayan bir meselesinin olmamasıydı. Oysa kötülükle mücadele, liberalizmin bireyciliğine karşı kamu fikrinin, ortak kimliğin, ortak hafızanın kötülüğe karşı örgütlenmiş biçimi olmak zorunda.

Bundan birkaç hafta önce Gazeteduvar’da Hamit Bozarslan ile bir söyleşi vardı. Belki okuyanız olmuştur. Fransa’da sosyoloji profesörlüğü yapan bir hocamız. Hamit Bozarslan söyleşisinde aslında şu anda Türkiye’de

yaşadığımız kötülüğün - ben bir hukukçu olarak, hukuk devletinin yıkımına kötülük diyorum - ortak hafızanın sürekli olağanüstü hal bombardımanına tutulmasının bir sonucu olduğunu söylüyordu. Diyor ki, “Bir toplumun hafızasını koruyabilmesi ve bir mücadele gücü geliştirebilmesi için olağanüstü olayların seyrek olması lazım.” Yani her gün beş defa olağanüstü bir şeyle karşılaşıyorsanız, bu olağanüstülük sizin ortak bir hafıza geliştirememenize neden olur. Türkiye işte tam da bunu yaşıyor.

Bundan 14 ay önce, 16 Şubat 2017 günü Fazıl hoca ile Siyasal Bilgiler Fakültesi’nde bir sempozyumdaydık. 9 gün önce SBF’den 34 kişi ihraç edilmişti. Biz bu sempozyumu tasarlarken tamamen anayasaya ayırmıştık. Ama bir yas sempozyumu oldu. Herhalde en çok ağlanan anayasa hukuku sempozyumu 16 Şubat 2017 tarihli SBF sempozyumuydu. Orada hepimiz 2017 Anayasa değişikliğini satırı satırına okuduk. Daha oylanmamıştı. Çarşamba gecesi, yani erken seçim kararının duyurulduğu gece anayasa metnini önüme koyup gazeteci arkadaşlarıma bilgi notu yazmakla geçirdim. Defalarca okuduğum metindeki saklı kötülükleri anlamam için başka bir olağanüstülük olması gerekiyormuş. Mesela 67. madde, seçim kanunlarının son bir yılda uygulanmaması nerede saklı. Anayasa mı değiştirecekler, bir yerde var mıydı, yürürlük maddesinde miydi, 18. maddenin bilmem ne bendinde miydi? O gece kötülüğün yeniden keşfine çıkmam gerekti.

Ülker Hocam dediniz ki, hukuk devleti Cumhuriyetle oluştu, çünkü ortak bir kamu fikri vardı; ortak bir hafıza oluşturulmaya çalışılıyordu. Örneğin, geçtiğimiz 20 yılda Meksika Zapatistaları yaşadı, Brezilya Lula da Silva’yı yaşadı ya da hâlâ Küba ortak kamusal fikri yaşıyor. Ama bu önemli olaylar öyle bir bombardıman altında ki, mesela 1990’lı yılları hatırlarsanız o zamanın bütün alternatif gazetelerinde, dergilerinde Zapatistalar çok önemliydi, haber konusuydu. Hemen her gün haberler okuyorduk haklarında. Şimdi ise Zapatistaların adını duymaymış bir kuşakla beraber aynı zaman diliminde yaşıyoruz. Bu hafızasızlık ortak kamu fikrinin ve kötülüğe karşı mücadele araçlarının ortaya çıkmasını da engelliyor. Hukuk devletinde ya kaçacaksınız - ama kaçtığınız yerde de aslında gerçek bir kaçış yok – ya da hareketsiz kalacaksınız.

Benim bu örgütlü kötülüğe karşı hafızasızlıkla mücadelede önerim, her gün bu olağanüstülüğe karşı ortak bir kamu fikrini yeniden geliştirmek. Hukuk devletini daha çok tartışacağız. Çok güzel tebliğler var önümüzde. Hiçbirimizin hukuk devletini usulî anlamda bir hukuk devletiyle sınırlandırmadığını biliyorum. Maddi hukuk devletini nasıl yeniden kurabiliriz? Asıl soru bu. 21. yüzyılın başında birçok Nazi mağduru şunu söylüyor: “Kaçmadık, çünkü 20. yüzyılda en üst medeniyeti kurmuş bir

toplumda böyle bir barbarlığın olabileceğini düşünmemiştik” diyor. Ben de “21. yüzyılda başımıza bu kadar kötü şeyler gelemez” cümlesini sık sık kendi ağzımdan duyuyorum ve sonra böyle bir güvencenin artık dünyanın hiçbir yerinde mevcut olmadığını kendime hatırlatıyorum. Dolayısıyla 21. yüzyılda yapabileceğimiz en önemli şey, her türlü kötülüğü beklerken ortak bir kamu hafızası geliştirmek ve liberal bireyciliğin bu olağanüstü bombardımanına karşı tekrar safları sıklaştırmak. Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Fazıl Sağlam (Oturum Başkanı) - Şimdi söz almak isteyenlere bir duyuru yapayım. Sözü Yasemin Işıқтаç’a vereceğim. Sonra bir doktora öğrencisi Sevda Keskin söz aldı. Başka söz alan yok. 13.00’a kadar tartışmamız sürecektir. Söz alma taleplerini istiyorum, gelsin. Süreyi ona göre tayin edeceğim, son dakika gelerseniz sıkışırız. Buyurun Yasemin Hanım

Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Saygıdeğer başkan, çok teşekkür ederim. Aslında söz istemediğimi belirterek sormuştum. Tefvik hocamın tüm söylediklerinden benim elde ettiğim şey hukuk devletinin bugün için de bir imkan olarak devam etmesine ilişkin bir talep. Altyapıda meydana gelen zorluklarla birlikte insanlığa ait 200-300 yıllık mücadeleden bahsediyoruz. O yüzden Fransız ihtilali bir burjuva ihtilalidir deyip orada kapıyı kapattığınız zaman hukuk adına elde ettiğimiz kazanımları kaybederiz. Ekonomik olan şeyler hayatımızı bağlıyor ama insani ilişkilere ilişkin insan haklarına ilişkin kazanımlardan ileriye doğru gidebilirsek çıkabileceğimizi düşünüyorum. Ben bunu kendi öğrencilerime turnike sistemi olarak anlatıyorum. Yani hak ve özgürlüklere ilişkin gelmiş olan noktadan geri dönülemez. Bunu nereden çıkartıyorsunuz, insan olmaktan çıkartıyorum. İnsan elde etmiş olduklarını iradi olarak ortaya koymuş olduklarını devam etsin. Haklar hiç şüphesiz burjuvalar için ortaya çıktı ama çok daha geniş halk kitleleri için de karşılığını buldu. 70’li yıllardaki mücadele ile bunu hatırlatmak istiyorum. Sosyal devletin yükselişi ile birlikte çalışan sınıfa ilişkin haklara ait genişlemeler. Tabi ki liberalizmin buna bir karşı cevap ürettiğini bir küreselleşme bombardımanı altında kaldığımızı da görüyorum. O zaman ne oldu, döndük taşeron işçi sistemine, sendikaların sarı sendika olduğu yere. Buradaki erimeye büyük çoğunlukların sessiz kalmasının da sebep olduğunu söylüyorum. Bu yüzden bir önceki konuşmacının kötülük ile ilgili tarifinin üzerinden bakmamız lazım. Bir başka soru kağıdım vardı onu ben kıymetli hoca İoanna hocaya sormuştum. İnsan hakları ve adalete ilişkin haklar

üzerinden bir tarifi hukukçular olduğumuz için çok rahat yapabiliriz. Hoca adaletsizliğe ilişkin tarifi de bir durum üzerinden ortaya koyduğu için örnekleme kolaylıkları var. Burada bence en büyük sorun insanın ne olduğu ile ilgili sorun. O yüzden kendilerinden felsefi manada bir insan tarifi istedim. Hukuk felsefesi ile ilgili olan ve kamu hukukuyla ilgili olan perspektifin içinde biraz kenarından geçtiğimiz insan doğasına yükleyeceğimiz anlam belki Tevfik Bey'in söylemiş olduğu eleştirileri de öteleme imkânı verir. İnsan niyet eden ve yapandır. İçine düşmüş olduğu durumlar olabilir. Bunlara karşı küçük parmağımın tırnağı kadar bir özgürlüğümüz varsa daha iyi bir dünya için mücadele etmeliyiz. Böyle oldu, bundan sonra böyle gidecek. Bu karamsarlık beni kurtarmaz. Sebebim de Defne Deniz Işıқтаç. Geleceğe ilişkin hayata ait beklentilerimi bunları da içerecek şekilde yapmak istiyorum. Çünkü bu sorumluluk tamamen bize ait. Bizim neslimize ait. Sevgili Gökçe kendi durumuyla ilgili olanları söyledi. Onun şu anda içinde yaşadığı acılar dolayısıyla biz 80'li 90'lı yıllarda ölümle de sonuçlanan çok çeşitli üniversite içerisindeki mücadelelerin içerisinde kaldık. Yaşadık. Yani balık hafızalı olmanın manası yok. Onlar yaşandı, şimdi döndük bunlar yaşanıyor. Bunlara ilişkin üretilecek olan cevap insan tanımının içerisinde gizli. İnsana bu yapılabilir mi, insan buna karşı sessiz kalabilir mi sorularıyla birlikte. O yüzden asıl ihtiyacım kıymetli hocam tarafından verilecek bir insan tanımıyla kurtarılabilceği düşüncesindeyim. Teşekkür ederim, bunları söylemek istedim.

Arş. Gör. Sevda KESKİN (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Benim Ülker hocanın sunumunda söylediği bir cümle dikkatimi çekmişti. Özgürlükler ancak başka bir özgürlükle sınırlandırılabilir demişti. Maddi refahın artırılması için böyle bir sınırlama yapılamaz demişti. Burada maddi refah kavramında belki birilerinin özgürlüğünün artırılmasına yarar sağlayacak bir durum da olabilir. Anayasada gördüğümüz kamu sağlığı ve kamu güvenliği kavramlarıyla benzeşiyor mu bu kavram. Çünkü çok fazla buna ilişkin sınırlandırmalar yapılıyor. Bir hak bir özgürlük bir diğeriyle çatışabiliyor. Bunu biraz açıklamasını rica etmiştim. Sorum buna yönelikti. Teşekkür ediyorum

Prof. Dr. Fazıl Sağlam (Oturum Başkanı) - Biraz önce dedim ki saat bire kadar vaktimiz var ama bir ikaz geldi. 12.40. Onun için bundan sonra söz alın diye ısrar etmeyeceğim. Ben hep ısrarcı olurum ama böyle bir yumuşak baskı uygulamayacağım. Son olarak soruyorum. Söz almak isteyen var mı?

Prof. Dr. Ioanna Kuçuradi (Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi) - İnsan nasıl bir varlık. Eğer insanın yeteneklerine bakarsak neleri yapabildiğini ve bunların içinde yaşamımızı kolaylaştıran şeyleri tarih içinde getirdiğine bakarsak işte insan öyle bir varlıktır. Elektriği buldu, *Küçük Prens*'i yazdı. Bunları insanlar yapıyor. İnsan bunları yapabilen bir varlıktır. Ama insanlara kendilerini geliştirmek imkânı vermezseniz yapamıyorlar, yapabileceği halde yapamıyorlar diye düşünüyorum. Mesela yanımızdaki çalışan insanlar bazen o kadar ince işler, dantel yapıyor, öyle müdahalelerde bulunuyor ki. O insan okusa neler yapardı? Ama okumuş da üniversite bitirmiş kabak gibi insanlar, profesörler var. Kendim de olduğum için rahatlıkla söylüyorum. İnsan türü bunları yapabilecek varlıktır. Bunların yapılmasını istiyorsak, yapabilecekleri imkanları sağlamalıyız. Dolayısıyla, herkes aynı imkanlara sahip değil, kim ne yapabiliyorsa bunları yapabilsin. Çok basit bir şey. Ama ben başka bir şey söylemek istiyorum; kötülükle ilgili ve iyilikle ilgili. İnsan haklarına neredeyse kimse hayır demez ama kendisi için. Başkalarına gelince orada bitiyor. Günün birinde senin de ihtiyacın olur demeyi hakaret saydığım için söylemeye cesaret edemiyorum. Eskiden Doğu Almanya, Batı Almanya vardı. Avrupa düzeyinde bir joint-study vardı insan hakları eğitimi ile ilgili. 5 ülke Sovyetler ve etrafı, 5 ülke de Batı'dan. Son rapor yazılacak, Batı bloğu *insan hakları* öbürü ise *barış* diyordu. Tezimiz gibi bir hanım vardı orada, direndi, direndi ve sonunda nasıl ikna oldu bilmiyorum. Rapora koyduk insan haklarını. Yöneten kişi de Doğu Almanyalıydı. Geldi yanıma, “senin dediğin oldu” dedi. “Günün birinde senin de ihtiyacın olur” dedim. Ama bu bir hakarettir utanıyorum bunu söylerken. İhtiyacı oldu. Doğu Almanya'nın bütün diplomatları işsiz kaldı, kalmamalıydı ama politika böyle bir şey. Bunlar üzerinde kafa yorup oturtursak, belki herkes kendi işini yaparken minimum düzeyde bir şeyleri yapabilir. Bu bile çok önemli. Başka bilmiyorum, herhalde bu kadardı soru.

Prof. Dr. Fazıl Sağlam (Oturum Başkanı) - Ülker Hanım bir şey eklemek istiyor musunuz?

Dr. Ülker Yükselbaba (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) – Özgürlükler... Soruyu hatırlatabilir misiniz acaba?

Arş. Gör. Sevda Keskin (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Özgürlüklerin ancak özgürlükle kısıtlanabileceğini, maddi refahın artırılması gerekçesiyle özgürlüklere dokunulamayacağını söylediniz.

Burada maddi refahın içinde birilerinin özgürlüğünün arttırılması veya buna yönelik kamu düzeni veya kamu sağlığı toplumun özgürlüğünü kapsadığını düşünen yani bunu maddi refah değil de özgürlükler adı altında yapılmıyor mu zaten hali hazırda. Buna ilişkin yorumunuzu merak ediyorum.

Dr. Ülker Yükselbaba (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) –

Bunlar John Rawls'un görüşleri. Rawls özgürlükler derken iki temel özgürlüğü kastediyor. Bunu açıklığa kavuşturalım. Birincisi siyasal özgürlükler, siyasal katılımı seçme, seçilme özgürlüğünü kastediyor. İkincisi hukuk devleti bağlamında özgürlükler. Hukuk devletinin uygulanması için -kanunilik, yargılamada tarafsızlık gibi- mutlak olarak korunması gereken bir takım ilkelerden bahsediyor. Bu özgürlükler adaletin gerçekleşmesi için zorunlu. Çünkü bunlar olmadığı zaman kişi birey olarak var olamayacak. Rawls'un bireyi ahlaki bir bireydir; yani Kant'ın ifade ettiği özgür iradeye sahip, otonom bir varlıktır. Özgür iradeye sahip bireyin özgür iradesini açıklayabileceği bir ortamı olsun ki, ondan sonra iyiliğini gerçekleştirebileceği bir ortama geçiş sağlayabilsin. Bu nedenle bireyin özgürlüğünün adalet ilkeleri arasında önceliği bulunmaktadır. Fark ilkesi adaletli dağıtım için konulmuş bir ilkedir fakat aslında özgürlükleri korumak için var edilmiştir. Rawls, özgürlüklerin kaybolmaması için dağıtıcı adalet dediğimiz kuramı ortaya sürüyor. Temel şey özgürlükler, dağıtıcı adalet de bu özgürlüklerin korunması gibi görülüyor Rawls'ta.

Rawls'un fark ilkesine göre doğal yetenekleri nedeniyle daha fazla gelir beklentisi içinde olanlar ancak ve ancak toplumun en az avantajlı konumdaki üyelerinin beklentilerine katkıda bulunuyorsa adildir. Buna göre, bütün eşitsizliklerin en zor durumda olanın yararına işlemesi gerekir ki, doğal ve toplumsal eşitsizlikler telafi edilsin. Bu bireylerin özgürlüklerine müdahale olarak görülebilir. Fakat bu ilke diğer adalet ilkeleriyle birlikte en baştan kabul edildiği, mülkiyet hakkına müdahale olarak değil, özgürlüklerin korunması için gerekli bir ilke olarak görülmektedir.

Prof. Dr. Ioanna Kuçuradi (Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları

Merkezi) - Bir şey söyleyebilir miyim? Özür dilerim, araya girdim. Kant'a bağlanıyor birçok şey. Yalnız şu unutuluyor. Kant, bir *negatif* bir de *pozitif* özgürlükten söz ediyor. Pozitif özgürlük bir belirlenmeme değildir. Bunu hiç unutmamak gerekir. Pozitif özgürlük dediği ahlak yasası ya da buyruklar tarafından belirlenmesidir. Rawls'un bunu da hesaba kattığından çok emin değilim. Öyle eyle ki, kendinde ve başkasında insan olmayı koruyasın, araç olarak değil amaç olarak muamele edesin. Kantta özgürlük dediğimiz zaman

bunu gözden kaçırmamak gerekir. Hep negatif belirlenmeler anlamında özgürlük düşünülüyor. Öyle değil.

Yargı Etiği ve Adaletsizlik
Bildirilerin Sunumu

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bildiri
Prof. Dr. Gülriz Uygur, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bildiri
Doç. Dr. Sevtap Metin, İ.Ü. Hukuk Fak./Doç .Dr. Altan Heper, ÖZÜ Hukuk
Fak.

YARGI ETİĞİ İLKELERİ BAĞLAMINDA YARGILAMADAKİ BİLGİSEL ADALETSİZLİK

Prof. Dr. Gülriz Uygur

Bu tebliğdeki başlıca soru yargılamadaki bilgisel adaletsizliğin yargı etiğiyle ilişkisinin nasıl ortaya konulacağıyla ilgilidir. Bunun yolu olarak yargılamadaki argümantasyona ilişkin adaletsizlikten hareket edilecek ve argümanın ulaşmadığı yere ulaşmayı sağlamada yargı etiği ilkelerinden tarafsızlık ve eşitlik ilkelerinin rolü ortaya konacaktır. Bu rol ortaya konurken de John Stuart Mill'in etikle gözlerimizi açabileceğimiz, yani argümanın ulaşmadığı yere ulaşabileceğimiz düşüncesinden hareket edilecektir. Tebliğin çerçevesi ortaya konurken de Mill, Miranda Fricker ve İoanna Kuçuradi'nin görüşlerine dayanılacaktır. Argümana ilişkin adaletsizlik tanıklığa ilişkin adaletsizlikle ilişkisinde ele alınıp, bu tür adaletsizliği ortaya koymada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 18 Ekim 2016 tarihli G.U. Türkiye kararı ve 9 Haziran 2009 tarihli Opuz Kararı kullanılacaktır.

Aşağıdaki geniş özetle, bu tebliğin temelini oluşturan argümanın ulaşmadığı yer ile argümantasyona ilişkin adaletsizlik arasındaki ilişki ortaya konacaktır. Sunulacak tebliğde bu ilişki yukarıda belirtilen mahkeme kararlarıyla açıklanacak ve belirli kavramların (örneğin tarafsızlık, tanıklığa ilişkin adaletsizlik ve güvenilir tanık gibi) ayrıntılı bilgisi verilecektir.

GİRİŞ

Yargı etiği ilkeleri genel olarak avukatlık, hâkimlik ve savcılıkla ilgili etik ilkeler anlamında anlaşılabilir. Bunun dışında yargı etiği ilkelerinin sadece hâkimlerle (ve savcılarla) ilgili olarak da kullanıldığı görülmektedir. Bu çalışmada da hâkimlerle ilgili yargı etiği ilkeleri çerçevesinde bilgisel adaletsizlik üzerinde durulacaktır.

Hâkimlerle ilgili yargı etiği ilkelerini, Bangalor Yargı Etiği İlkelerinde bulmak mümkündür. Bunlar bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, ehliyet ve özen gösterme, mesleğe yaraşırılık ve eşitliktir. Bu çalışmada bütün ilkeler değil, tarafsızlık üzerinde durularak (yeri geldiğinde diğer bir ilke olan eşitlik ilkesi de değerlendirilerek) yargılamadaki bilgisel adaletsizlik üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Bunun anlamı diğer yargı etiği ilkelerinin bilgisel adaletsizlikle ilgili olmadığı demek değildir. Aksine örneğin ehliyet ve özen ve eşitlik ile bilgisel adaletsizlik arasında da ilişki kurmak

mümkündür. Bu çalışmada tarafsızlığın üzerinde durulmasının başlıca nedeni, tarafsız olmamanın ve ayrımcılık yapmanın bilgisel adaletsizliğe yol açıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle bilgisel adaletsizliğe yol açan başlıca şey ön yargılar ve peşin hükümlülüktür. Bu da ön yargılar ve peşin hükümlülük ile bilgi arasında ayrımı yapılmamasına yol açmaktadır.

Oysa yargılamada doğru karara ulaşmada bilgi önemlidir. Bu önemi anlamada *reductio ad absurdum* yoluna başvurmak mümkündür. *Reductio ad absurdum*, bilgiye yer verilmediğinde doğru karara veya adil karara ulaşmama olasılığının artıp artmadığına bakılmaktadır. *Reductio ad absurdum* (hukukta olmayan ergi de denir), bir şeyin doğruluğunu aksini göstererek ortaya koymakla ilgilidir. Bilgiyle hareket edilmediğinde, nelerle karşılaşılacağını ortaya koymada bilgisel adaletsizlikten hareket etmek mümkündür.

Bilgisel adaletsizliği ortaya koymada Miranda Fricker'in düşüncelerine başvurulabilir. Fricker'in düşünceleri çerçevesinde önyargılı ve peşin hükümlülüğün yol açtığı iki bilgisel adaletsizlik türü, tanıklığa ilişkin adaletsizlik ve hermeneutik adaletsizliktir. Tanıklığa ilişkin adaletsizlik, ön yargı dolayısıyla bir kişinin tanıklığının güvenilmez bulunmasıyla ilgiliyken, hermeneutik adaletsizlik yapısal bir kimlik ön yargısıyla ilgili olarak belirli grubun deneyimine kollektif anlayışta yer verilmemesiyle ilgilidir.¹

1. Ön yargılar ve Argümanın Ulaşamadığı Yer

Adaletsizlik türlerini belirtmeden önce hareket edilen ön yargı kavramıyla ilgili olarak belirli noktaları belirtmek gerekmektedir. Bu noktaları belirlemede de Mill'in düşüncelerine başvurmak ve onun iki temel görüşünü belirtmek önem taşımaktadır. Bunlardan ilki argümanın ulaşmayacağı yer terimi ve diğeri de insan olarak sahip olduğumuz bir şeyi biliyormuş gibi davranma kapasitesidir. Bu ikisi arasında ilişki söz konusudur. Şöyle ki argümanın ulaşamadığı yerde olunmasının nedeni, bir şeyi biliyormuş gibi davranma kapasitesiyle ilişkilidir. Bu hususları ortaya koyabilmek için Mill'in düşüncelerine yakından bakmak gerekmektedir.²

¹ Michael Sullivan, "Epistemic Justice and the Law", *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* edited by Ian James Kidd, José Medina, Gaile Pohlhaus, Jr. <https://books.google.com.tr/books?id=ctORDgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=%22Epistemic+Injustice%22&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwjAvrrn2JTaAhVEJIAKHxDNDAQ6AEILjAB#v=onepage&q=%22Epistemic%20Injustice%22&f=false> (Erişim 30 Mart 2018)

² Bu konuda bkz. John Stuart Mill, *The Subjection of Women*
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Mill, cinsiyetler arasındaki farklılıklarla ilgili, bildiğimizi düşündüğümüz şeylerden hareket ettiğimizi belirtir. Ancak bu bilgiyi sınamaya kalktığımızda, bilgimizin tamamıyla yetersiz temele dayandığını görürüz. Ama burada bir zorlukla karşılaşırız. Karşılaşılan zorluk, yeterli nedenlerin bulunmaması veya nedenlerin yeterince güçlü olup olmaması meselesi değildir. Örneğin kadının erkeğe bağımlı olduğuna ilişkin ileri süren düşünceye karşı birçok neden ileri sürebiliriz. Ancak bu nedenlere karşı güçlü bir direnmeyle karşılaşırız. Mill bu direnmenin duygularla ilgili olduğu veya duygularda temelini bulduğu zaman güçlü olduğunu ve bir argüman karşısında kaybeden değil kazanan olduğunu belirtir. Bu yeri de argümanın ulaşamayacağı yer olarak belirtir. Argümanın ulaşamayacağı yer, Mill'in belirttiği anlamda, güçlü duygulardan temelini alan yerdir. Bu yer geleneklerde ve eski kurumların korunmasında kendini gösterir. Problem bu yerde ortaya çıkan bir dava konusu ve bununla ilgili yargılama var ise ne olacağıyla ilgilidir. Argüman buraya nasıl ulaşacaktır? Mill, bu tür davalarda, diğer davalarda olmayan bir güçlkle karşılaşılacağını belirtir. Temelini Mill'in belirttiği duygulardan alan gelenekle çevrili bu tür davalarda ilgili yargılamada, davanın tarafları, kanıtlamayla veya delil göstermeyle ilgili diğer davalıların karşılaşmayacağı güçlkle karşılaşılır. Örneğin tanıklıkları söz konusu olduğunda, daha fazla zorlukla karşılaşmaktadırlar. Mill bu tür yargılamada davalıların, diğer davalardaki davalılardan beklenmeyen farklı bir mantiki gerekliliğe tabi tutulduklarını belirtir. Mill'e göre bu tür davalarda yargılanan birine ilişkin de kanıtlayma yükü tersine çevrilerek, o kişiden kendisinin masum olduğunu değil, suçu işlediğini kanıtlaması beklenmektedir. Bu tür davaya ilişkin diğer delillerinse hiçbir önemi bulunmamakta, tarafsızlık ve herkese benzer şekilde davranma gibi ilkeler de bir tarafa bırakılmaktadır. Mill bu konuyla ilgili özgürlük ilkesini örnek vermektedir. Normalde beklenen tartışma özgürlüğün savunulmasıdır. Ancak kadının kocaya bağımlı olması ortaya atıldığında, özgürlüğün olmaması gerektiği savunulmaktadır. Mill'in ifadesiyle, bu tür durumlarda, dünyanın var olabilmesinin temeli olan ilkelerin bir yana bırakılması söz konusu olabilmektedir. Bu tür durumlarla ilgili olarak Mill sahip olunan inanç ve geleneklerle çevrili olmanın insan doğasının iyi yanına değil kötü yanından gücünü aldığını ve kadının erkeğe bağımlı olmasıyla ilgili eşitsizliğin kabulünün, insanlığın veya toplumun

https://books.google.com.tr/books?id=XHwIAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=%22The%20Subjection%20of%20Women%22&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwiniNCA_pnaAhXCKIAKH_X3PDDkQ6AEIKTAA#v=onepage&q=%22The%20Subjection%20of%20Women%22&f=false (Erişim 30 Mart 2017)

iyiliğinin müzakere edilmesiyle ilgisi olmadığını belirtmektedir. Mill insanlararası ilişkilerin adalete ve insanlık düşüncesine göre düzenlenmesi gerektiği düşüncesi ile bu konunun birbiriyle bağdaşmaz olduğunu ileri sürmektedir. Bu bağlamda Mill insanlığın temel şartının da mevcut kuşaklarda unutulduğunu belirtir.³

Bu şekilde argümanın ulaşamadığı yerde bir şeyi biliyormuş gibi davranma kapasitesiyle hareket etmek söz konusudur. Bilme konusu yapılan şeylerin sınanması veya nesnelere götürülmeleri burada söz konusu değildir. Mevcut olan önyargılar engeli, bunları sınamayı dahi akla getirmez. Bilgisel adaletsizlik üzerinde durmak, argümanın ulaşamayacağı yerin görülmesini sağlar. Zira bu yeri de görmek hiç kolay değildir. Mevcut olan ön yargılar perdesi bu yeri görmeyi neredeyse olanaksız kılar.

Argümanın ulaşamadığı yerdeki ön yargıların özelliğini ortaya koymak gerekmektedir. Mill'in belirttiği anlamda bu ön yargılar, herhangi bir ön yargı değil, insanlığın temel şartının unutulduğu yer veya insanlığın hiç akla gelmemesine yol açan ön yargılardır. Bu bağlamda ayrımcılığa yol açan ön yargılar burada söz konusudur. Bu tür ön yargıları, bilgisel adaletsizliğe yol açmaları anlamında kullandığımız gibi, Nancy Fraser'in belirttiği “tanınmaya ilişkin adaletsizlik”le de ilişkilendirmek mümkündür.

Buradaki önyargılar, yukarıda belirtilen sadece toplumsal cinsiyetle ilgili değildir. Buna diğer bütün ayrımcılık nedenleri ve özellikle içinde bulunulan politik durum veya ideolojik nedenler eklenebilir. Bu yer anlatıların (özellikle de adaletle ilgili anlatıların) ulaşamadığı yerdir. Politik anlamda ise argümanın ulaşamadığı yerde, baskı ve korku söz konusu olup, insanlığın temel şartı akla gelse de ortaya çıkarılmasına izin verilmeyen veya kaçamak cevaplarla geçiştirilen yerdir. Bu bağlamda argümanın ulaşamadığı yerle ilgili farklı ayrımların bulunduğunu belirtmek gerekmektedir.

Burada argümanın ulaşamadığı yeri bilgisel adaletsizlik bakımından ele almaya çalışacağım. Diğer nedenler bakımından argümanın ulaşamadığı yer farklıdır (orada bilgisel adaletsizlikten başka nedenler de bulunmaktadır.)

Argümanın ulaşamadığı yerdeki ön yargılar, epistemik özne olarak dezavantajlı konumda bulunanların özellikleri bakımından söz konusu olup, ayrımcılığa yol açıcı niteliktedirler. Tanıklığa ilişkin adaletsizlik, kişinin yanlış kararına yön veren ön yargıdan kaynaklanmaktadır. Hermeneutik adaletsizliğin nedeni ise, hermeneutik fırsat eşitsizliğidir. Burada sosyal

³ Gülriz Uygur, “Yargılamada Bilgisel Adaletsizliğe Yer vermemek”, *Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu*, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2017, ss, 113-114.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

deneyim bakımından bir grubun marjinalleştirilmesi söz konusudur. Bu grupların deneyimlerin yansımaları veya izin verilmemesi onları dezavantajlı konuma sokarak ayrımcılığa neden olmaktadır. Fricker bilgisel adaletsizliğin ayrımcılığa yol açmasından dolayı ayrımcılığa dayalı bilgisel adaletsizlik olarak da adlandırılacağını belirtmektedir.⁴

2. Bilgisel Adaletsizlik

Bilgisel adaletsizliğin ikinci türü, bilen olarak kişiyi tanımamaktan kaynaklanır. Örneğin o kişi şu şu özelliklere sahiptir, dolayısıyla sözüne güvenilmez gibi. Bu tür bilgisel adaletsizlik, tanıklığa ilişkin adaletsizliktir. Dolayısıyla başka alanlarda asla kabul edilemeyecek bu tür düşünceler, bilgisel adaletsizliğe ilişkindir.

*Ancak toplum, bu ve aslında tüm diğer olaylarda, hedefe ulaşmak için adil yöntemler yerine çoğunlukla kötü yöntemler kullanmayı tercih etmiştir; fakat bu olayın diğerlerinden farkı, toplumun bu konudaki tutumunun günümüze kadar varlığını sürdürmüştür.*⁵

Toplumun bu konudaki tutumunun en bariz örneğini, aile içi şiddet oluşturmaktadır. Bu konudaki bilgisel adaletsizlik, zarar görenlerin seslerinin duyulmamasını sağlamakta ve hatta onları daha da sessizleştirmektedir. Bu anlamda bilgisel adaletsizliği sessizleştirilen gruplarla ilişkili olarak açıklamak mümkündür.

Sessizliğin birçok farklı anlamları vardır. Etik bilginin olduğu ve olmadığı durumları göstermek bakımından burada negatif ve pozitif anlamdaki sessizlikten hareket edilecektir. Negatif anlamda sessizlik, baskı altında tutulan grupların sessizleştirilmeleriyle ilgiliyken, pozitif anlamdaki sessizlik duyulması güç olan sesi duymakla, sessizleştirileni dinlemekle ilgilidir⁶.

Bilgisel adaletsizlik, negatif anlamdaki sessizlikle ilgilidir. Bu bağlamda bir epistemolojik problem söz konusudur. Epistemolojik problem, sessiz kalan kişilere bilen olarak şüpheli yaklaşılmasıyla doğar. Yani bilen olarak kapasiteye sahip olduklarına güvenilmez veya yadsınır. Oysa duyulsalar, bu

⁴ Miranda Fricker, "Evolving Concepts of Epistemic Injustice", *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*

Ed. I. J. Kidd-J. Medina-W. Dill, Routledge, 2017, s.53.

⁵ John Stuart Mill, "Kadınların Köleleştirilmesi, II.Bölüm", *Mill*, Çev.Burcu Erdoğan, Haz. Cengiz Çağla, Say Yayınları, İstanbul 2007, s.307.

⁶ Sessizliği bu anlamları için bkz. Miranda Fricker, "Silence and Institutional Prejudice", *Out From the Shadows: Analytical Feminist Contributions to Traditional Philosophy*, eds. Sharon Crasow and Anita Superson (OUP 2013)

kapasiteye sahip oldukları anlaşılır. Sessizleştirilen grupların başında kadınlar gelmektedir. Bilen olarak kadınların değerlendirilmemeleri bilgisel adaletsizliğe yol açmaktadır. Oysa hukuk uygulamasında cinsiyet epistemolojik bakımdan oldukça önemlidir.

Bilgisel adaletsizlik var olduğu sürece de bu gruplar sessiz kalmaya mahkum olur. Hukuk uygulaması bir yandan da ikilemi barındırır içinde görünür de. Bir yandan bilgisel adaletsizliğe yer verirken, diğer yandan getirilen uluslararası insan hakları normlarıyla insanların haklarını koruma iddiasında bulunur. Yine bu insan hakları normları sessiz grupları sessizleştirilmesine yol açar. Esasen burada bir ikilem yoktur. Bilgisel adaletsizlik söz konusudur. Bilgi konusu olarak yargılama konusuna yaklaşmadıkça görmeyen gözlerin varolması söz konusudur.

Bu noktada klişelerin rolünü de belirtmek gerekmektedir. Klişeler insanın aklında olan manzaraların dış dünyaya aktarımıyla ilgilidir⁷. Belirli bir sosyal gruba hâkim olma veya o grupta etkili olma özelliği gösterirler. Negatif veya pozitif klişeler olabilir. Negatif klişeler zarar vermeyeyle ilişkilendirilir. Bir klişenin negatif veya yanlış olması özgürlük kaybına yol açmasıyla belirlenir. Bir klişe başkalarına nazaran belirli grupların özgürlüklerinden yoksun olmalarına veya daha sınırlı özgürlüğe sahip olmalarına yol açıyorsa, o klişenin negatif olduğundan söz edilir. Burada sınırlama nedeni olarak haklı sebep kriterinin bulunduğu görülmektedir. Yani klişenin haklı bir sebep olmadan sınırlamaya yol açmasıyla ilgili bir durumun söz konusu olması gerektiği ileri sürülmektedir⁸.

Negatif klişelerle ilgili klişe tehdidi söz konusu olup, bunlar kişinin belirli yetilerinin kullanılmasını engelleme sonucuna yol açmaktadır. Örneğin kadınlar bilim insanı olamaz veya matematikçi olamaz veya savcı olamaz ya da kadınlar araba kullanamaz klişeleri gibi. Dolayısıyla kadınlarla ilgili değerlendirmelerin genellikle toplumsal cinsiyet temelindeki bu tür klişelerle yapıldığı görülmektedir. Audrey Yap, bunun bir örneği olarak matematik sınıfında başarılı olmayan kadın öğrencinin, toplumsal cinsiyetçi klişelerle değerlendirilmesini vermektedir.⁹ Benzer olarak örneğin trafikte hata yapıldığında “sürücü kesin kadındır” yargısının, o kişinin toplumsal cinsiyetinden bağımsız ve iyi araba kullanıp kullanmaması bağlamında değerlendirilmediği görülmektedir. Bunun

⁷ Anita Bernstein, “What’s Wrong with Stereotyping”, *Arizona Law Review*, 2013, s.658.

⁸ Bkz. Bernstein, s.659.

⁹ Audrey Yap, “Ad Hominem Fallacies and Epistemic Credibility”, *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, ed. T. Bustamante-C. Dahlman, Springer, Switzerland 2015, s.21.

dışında bir kadın savcı örneğın gece yarısı bir keşfe mazareti dolayısıyla gidemediğinde de kadından savcı olmaz klişesiyle değerlendirilebilmektedir. Bu tür değerlendirme biçimi de İoanna Kuçuradi tarafından değer biçmeler olarak adlandırılmaktadır.

Klişeler ön yargılarla ilişkili olup, onların sonucu ortaya çıkar. Hukuk söz konusu olduğunda negatif klişeler ayrımcılığa yol açmakta ve bu ayrımcılık kendisini haklardan yoksun bırakılma veya hakların kullanılmasını engelleme halinde kendini açıkça göstermektedir. Bu hususu açıklamakla ilgili annelikten hareket edilebilir. Annelikle ilgili yargılardan biliyormuş gibi öyle hareket edilir ki, hâkimlerin bu yargıya dayanarak ezbere bir şekilde hareket etmeleriyle sık sık karşılaşılır. Bu durumda argümantasyona ilişkin adaletsizlik söz konusudur.

3.Argümantasyona İlişkin Adaletsizlik

Argümantasyona ilişkin adaletsizlik argümanın ulaşamadığı yerde ortaya çıkmaktadır (bu husus tebliğde açıklanacaktır). Argümantasyona ilişkin adaletsizlik bilgisel adaletsizlikle ilgilidir. Tanıklığa ilişkin adaletsizlik gibi, argümantasyona ilişkin adaletsizlik de klişelerin sonucudur. Ancak argümantasyona ilişkin adaletsizlik bilenler olarak değil de, iddiada bulunanlar veya argüman ileri sürmeyle ilgili kapasitelere zarar verir. Bu durumdaki kişinin iddiasının ciddiye alınmaması, iddiada bulunana kişi olarak varlığına da zarar verip, argümanda bulunan olarak tanınmamasına yol açar¹⁰. Bu şekilde argümantasyonun kendisinin zarar görmesi söz konusu olduğu gibi, argümanda bulunan kişinin de zarar görmesi söz konusu olur. Argümantasyona katılan kişilerin de algılarının başka türlü olmasına yol açılır. Argümantasyona ilişkin adaletsizlik, tanıklara değil, argümanlara yapılmaktadır.¹¹ Ancak her ikisi birbiriyle ilişkilidir.Tanıklık argümanlarda ortaya çıkar. Örneğın bir tanık ifade verdiğinde mahkeme müzakelerinde onu göz önüne alır. Yine argümanlar da tanıklık da ortaya çıkar. Örneğın bir tanık ileri sürdüğü idialara ilişkin nedenler ileri sürdüğünde argümanlar söz konusu olur. Ancak bütün tanıklık argüman oluşturmaz. Örneğın birinin cenazesinde konuşma yapmak argümantasyonun parçası değildir. Bütün argümanlar da tanıklığı içermez. Argümantasyon bir iddiaya ilişkin nedenler ileri sürmekle ilgilidir¹².

¹⁰ Patrick Bondy, “Argumentative Injustice”, s.266.

file:///Users/gulriz/Downloads/3034-5638-1-PB%20(1).pdf (erişim 30 Mart 2018)

¹¹ Bondy, s.267.

¹² Bondy, s.268.

Burada argümantasyon bağlamında tanıklığa ilişkin bilgisel adaletsizlik ele alınacaktır. Hukukla ilgisindeki temel problem güvenilir tanıkla ilgilidir. Tanık güvenilir olduğunda onun ileri sürdüklerinin nedenler olarak değerlendirilmeye alınabileceği ileri sürülmekte¹³ ve bununla ilgili de Fricker bilgisel (epistemik) güvenilirlik kavramını getirmektedir. Bu kavram çerçevesinde, dinleyenin özellikleri öne çıkmakta ve olduğu gibi görmenin anlamının nasıl belirleneceği sorgulanmaktadır. Bu bağlamda dinleyenin tanığı olduğu gibi nasıl göreceği önem taşımaktadır.

Tanıklığa ilişkin adaletsizliğe yol açan şeylerin başında argüman hataları gelir. Argüman hataları, mantık hatalarıyla ilişkili olup, bir argümanın ayrıntılı bir şekilde ortaya konmasında ve genellikle de güçlü argümanları güçsüz argümanlardan ayırmak için kullanılır. Bunlardan biri argumentum ad hominem, yani insan karalama hatası olup, argümandan ziyade argümanı yapan kişinin özelliklerinden hareket edilerek söyleceklerinin değersizleştirilmesi yoluyla ortaya çıkar. Ad hominem çoğunlukla kendini cinsel suçlar bağlamında gösterir. Literatürde bu konuyla ilgili olarak Kanada'daki bir davadan hareket edilmektedir. Bu davada kendisine iş görüşmesi için gelen bir kadını görüşme yapan kişinin taciz etmesi söz konusudur. Söz konusu davada bir görüş, şikayetçinin yeterli bir şekilde direnme göstermemesi ve davranışlarını rızasını olduğu yönünde yorumlayarak, argumentum ad hominem örneği vermiş ve bilgisel adaletsizliğe yol açmıştır. Argumentum ad hominem örneği olarak şikayetçi kadının altı aylık evlilik dışı çocuğu olduğu, erkek arkadaşı ve diğer bir çiftle birlikte aynı apartmanı paylaştığı iddiaları üzerinde durarak güvenilir tanık olmasını zedelemiştir. Bu davada şikayetçi kadının bakire olup olmamasından başlayarak, ahlaki karakteri sorgulanmış ve iddialarının iyi ahlaki karaktere sahip kadın kadar ciddiye alınmayacağı belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle bu tür kadının açık bir şekilde “hayır” demesinin yeterince ciddiye alınmayacağı ifade edilmiştir.¹⁴ Esasen bu tür dava bizim hukuk literatürümüze de yabancı olmayıp, en bariz örneği olarak Anayasa Mahkemesi'nin eski TCK 438. maddesiyle ilgili verdiği kararda kendini göstermektedir. Argumentum ad hominem yoluyla ortaya çıkan bu durum,

¹³ Brandom'dan aktaran Leila Haaparanta, “Inferentialism and the Reception of Testimony”, *From Rules to Meanings: New Essays on Inferentialism*, ed. O. Beran-V. Kolman-L. Kore, Routledge, New York 2018, s.344.

¹⁴ Audrey Yap, “Ad Hominem Fallacies and Epistemic Credibility”, *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, ed. T. Bustamante-C. Dahlman, Springer, Switzerland 2015, s.31.

aynı zamanda kendini negatif klişeler olarak göstermekte ve argümantasyondaki adaletsizlik örneği olmaktadır.

4.Etikle Gözleri Açmak

Erdemli bir dinleyici, ön yargıları fark eder ve argümantasyonunda onları nötürleştirir. Onların tersine hareket etmez. Eğer ki ön yargıların aksine hareket edilirse adaletsizliğin devam etmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle nötürleştirmek önem taşır¹⁵. Örneğin anne çocuğa iyi bakar ön yargısının farkında olan bir erdemli hakim, bunun tersine hareket edip çocuğu babaya vermez. Bu ön yargıyı nötürleştirerek, önündeki olayda annenin mi veya babanın mı çocuğa en iyi bakacağını araştırır. Bir başka örnek olarak negatif olarak klişeleştirilmiş grupların farkına vardığımızda da, bu sefer onlar doğru söylemektedir şeklinde hareket edilmemesi gerekmektedir¹⁶. Yani kadınlar duygularıyla hareket eder doğru karar veremezler ön yargısının farkında varıldığında, o zaman kadınların her kararı doğrudur şeklinde tersine hareket edilemez. Bu tür farkına varmak da etik farkındalıkla ilgilidir.

Çalışmanın bundan sonraki kısmında etik farkındalığın bir gereği olarak tarafsızlık ilkesi üzerinde durulup, argümantasyona ilişkin adaletsizliği gidermedeki rolü özellikle Kuçuradi'nin doğru değerlendirmeye ilişkin görüşleri çerçevesinde ortaya konacaktır.

¹⁵ Bondy, s. 272.

¹⁶ Bondy, s.273.

TARİHSEL KESİTLERDEN YARGI (YARGIÇ) ELİYLE HAKSIZLIK

Doç. Dr. Sevtap Metin / Doç. Dr. Altan Heper

Halihazırda Türk Hukukunda bulunmayan, ama Alman hukukunda yer alan bir suç tipi olan “hukukun yanlış uygulanması” suçunun incelenmesi, bize sadece Alman Hukukunu tanıtmakla kalmayacak bunun yanı sıra; yargıç bağımsızlığı, keyfiliğin önlenmesi, yargıçların hukuka ve hukuk devletine bağlılığı gibi kavramlar konusunda düşündürerek; aynı zamanda Türkiye’de 2007’den itibaren görülen ve kamuoyunun gündeminden düşmeyen bazı davalarda dahli olan yargı mensuplarının Almanya’da çalışmaları hangi suçları işlemiş olabilecekleri konusunda bir tartışma yaratabilecektir.

Bu suç tipinin genel hukuk teorisinin, hukuk felsefesinin, hatta iddialı bir hukuk teorisinin ayrılmaz bir parçası olan hukuk metodolojisinin en temel sorunlarını da gündeme getirdiğini belirtmeliyiz. Gerçekten de pozitif hukuk üstü bir hukukun varlığı, varsa bunun içeriği, hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiler, Radbruch formülünün geçerliliği, yasalı hukukun ne zaman hukuk karakterini kaybedeceği ve hukuk olmaktan çıkacağı, bir kararın hiç bir şekilde “savunulamayacak” olmasının ne zaman söz konusu olacağı gibi sorunlar bu suç tipiyle doğrudan ilişkilidir.

Alman Ceza Kanunu Md. 339- Hukukun Yanlış Uygulanması suçu¹ şu şekildedir:

“Bir hâkim, başka bir kamu görevlisi veya bir hakem, hukuki bir meseleyi yönetirken veya bu meselede karar verirken, taraflardan birinin leh veya aleyhine hukuk ihlali suçu (*‘hukukun kasten yanlış uygulanması’* ç.n.) işlerse, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.²

‘Normal’ dönemlerde pek dikkati çekmeyen bu hüküm esas itibariyle olağanüstü dönemlerde bilhassa rejim değişikliği, sistemin yarattığı önemli ve büyük haksızlıkların giderilmesi gerektiği, yargının sistemin haksızlıklarının bir parçası olduğu durumlarda -örneğin Nazi Dönemi ve

¹ Lothar Kuhlen, **Nomos Kommentar**, Bd. 3, 4. Aufl., Hrsg. Urs Kindhäuser/ Ulfried Neumann/ Hans Ulrich Paeffgen, Baden- Baden, 2013, Par. 339; Eric Hilgendorf, **Leibziger Kommentar**, Bd. 13, Par. 331-358, 12. Aufl., Hrsg. H. Laufhütte/ R. Rissing-van Saan/ K. Tiedemann; Heine, Schönke-Schröder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 2010, München, Par. 339.

² Alman Ceza Kanunu’nun Türkçeye çevirisi için Feridun Yenisey/ Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, 2. Baskı, İstanbul, 2015, s. 445.

Doğu Almanya dönemleriyle hesaplaşmada- birden bire güncellenmektedir.³ Ülkemizde yargının, haksızlıkların ve hukuk dışılığın sistemleşmesinin bir parçası olması, Türkiye'deki adıyla „paralel bir yargı“ oluşturmasıyla, olağanüstü bir dönemden geçildiği ve bu nedenle Almanya ile hatta başka ülkelerle benzerlikler bulunduğu düşünülebilir.

Türkiye'de eski TCK'nun 244. maddesinde de buna benzer bir hüküm mevcuttu. Bu hükmeye göre “Bir kimse hakkında sahadet veya garaza müsteniden kanun hilafında hüküm ve karar verdiği sabit olan hakimler üç aydan üç seneye kadar hapis ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezasına müstahak olur.”

Niçin böyle bir suç tipine ihtiyaç var?

Bu soruya cevap diğer ilgili sorulara cevaptan geçmektedir. Yargıçlardan verdikleri kararlarda niçin bağımsız ve tarafsız olmalarını istiyoruz? Buna ilk verilecek cevap; sezgisel olarak adaleti sağlamak veya bunun hukuk devletinin gereği olması gibi cevaplar olabilir. Yargıçların, hiç bir baskı olmadan verdikleri kararların adil olduğu gibi bir sezgimiz vardır. Yargıçların verdikleri kararlardan dolayı onların sorumlu olmamalarının, bağımsızlığı sağladığı ve bunun da adil bir kararı beraberinde getirdiği düşünülür. Bu sorumlu olmama mutlak mıdır? Şüphesiz mutlak değildir. Yargıcın verdiği kararlar hukuk düzenini ihlal edebileceği apaçıktır. Buna karşı hukuk düzenlerinde ihlale karşı çeşitli olanaklar örneğin itiraz, acele itiraz, yargıcın reddi, çekilmesini isteme, istinaf, temyiz, karar düzeltmesi, yazılı emir, yargılamanın iadesi, insan hakları ihlallerinde uluslararası yargı yolları olanakları mevcuttur.

Yargı kararlarının (bilhassa kesinleşmiş mahkeme hükümlerinin); hukukun kesinliği, hukukun belirliliği ve hukuk güvenliğini ayrıca uyumsuzlukların bir noktada sonlandırılarak uzayıp gitmesinin önüne geçmek suretiyle toplumsal barışı sağlaması karşısında, bu suç tipiyle yargıç kararlarını sürekli tartışmalı hale getirmiş olmuyor muyuz? Bu da hukuk güvenliğini ve hukuk barışını önlemiyor mu? Bir yandan yargıçların kararlarından sorumlu tutulmamaları konusunda uluslararası hukukta ve anayasalarda güvenceler, yargıç bağımsızlığının güvenceye kavuşturulmuş olması, diğer yandan verdikleri kararlardan dolayı meslektaşları tarafından

³ Kurt, Amelung, **Die Strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die Deutsche Justiz: ein Zwischenbericht**, 1996; Bacigalupo Zapater, **Über die Richterliche Rechtsbeugung**, Rudolphi-FS (2004), s. 381 vd.; Brunner, (Hrsg.) **Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland**, 1995; Frank Saliger, “Rechtsphilosophische Probleme der Rechtsbeugung” in: Robert Alexy (Hrsg.) “Juristische Grundlagenforschung”, **ARSP-Beiheft 104** (2005), s. 139.

yargılanmaları ve verdikleri kararların suç teşkil etmesi. Bu ilk bakışta çelişkili görünmekle birlikte; öğretmen-öğrenci, doktor-hasta ilişkisi gibi asimetrik bir ilişki içerisinde konumlanan yargıca da hukuki bir ihtilafta davalı ve davacıyı veya ceza davasında sanığı, bazen mağduru emanet ediyoruz. Bu asimetrik ilişkinin istismarında meslek suçu olarak fail yargıcı yargılamaktayız, öğretmenin ve doktorun istismarında bu failleri yargıca emanet etmekteyken, yargıcın istismarında da onu meslektaşlarına emanet ediyoruz.⁴

Yukarıda açıklandığı gibi, parlamentodan ve idareden bağımsız ve tarafsız bir adalet örgütünün varlığı, hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri olması nedeniyle özel bir öneme haizdir. Başka bir deyimle bağımsız ve tarafsız bir adliye örgütünün, demokratik bir hukuk devletinin meşruiyet koşulu olduğu söylenebilir. Modern anayasalar, örnek olarak Türk Anayasasının 138. Md. si, Alman Anayasasının 97. Md. İspanyol Anayasasının 117. Md. , yargıcın yasayla bağlı olduğu ilkesini içerir. Montesquieu'nun anlayışından farklı olarak yargıçlar artık yasanın ağız olmaktan çıkarak, yasayı yorumlamaya başlamıştır. Yasalar ile o ülkede yaşayan herkese haklar tanınmakta, yargıçlar ise bu hakları gerektiğinde sınırlandırmakta, zamanı gelince özgürlükleri kısıtlamaktadır. Yargıçların bu yetkisi ve gücü, bazı münferit kararlarında hukuku yanlış uygulamış olmalarına rağmen, bazı koşullar altında geçerli addedilmeleri zorunluluğu ve gerçeği karşısında daha da önem taşımaktadır.

Haksızlık Rejimlerinde Yargının Hukuku İhlali

Unsurları gerçekleştiğinde 339. Maddenin, normal ve olağan hukuk rejimlerinde, hatta gelişmiş hukuk devletlerinde, 2018'in Almanya'sında dahi uygulanma olasılığı vardır. Nitekim nadiren de olsa uygulanmaktadır.⁵

Problemleri daha iyi bir şekilde ortaya çıkarmak amacıyla haksızlık rejimlerinde yargıçların geçerli hukuka dayanarak verdikleri haksız kararları örneklerle ele almak istiyoruz.

Bir farazi örnekle haksızlık rejimlerinde yargının durumunu canlandırmaya çalışalım. 20. yüzyılda haksız bir rejimin hüküm sürdüğü ve aynı zamanda Alman Ceza Kanunu'nun 339. maddesinin aynısı bir normun geçerli olduğu bir devlet ve hukuk düzeni düşünelim. Bu devlette yasa koyucu şeklen geçerli şu yasayı yürürlüğe sokmuştur;

⁴ Frank Saliger, a.g.y.

⁵ Kuhlen, a.g.e., Rn. 41 vd.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

“Yahudilere yardım eden saf kan vatandaşlar, ölüm cezasıyla cezalandırılır.”. İki saf kan vatandaş kadın merhametleri nedeniyle çok aç, sefil Yahudi çocuklarına yiyecek vermektedir, bu faaliyetleri tespit edilmiş, kadınlar tutuklanmış, haklarında dava açılmış ve şeklen usule uygun bir ceza davasında avukatlarla savunmalarını yapmış, yargıç Y tarafından ölüm cezasına çarptırılmış, cezaları kesinleşmiş, kesinleşen ceza infaz edilmiştir. Birkaç yıl sonra bu haksızlık rejimi çökmüş ve bu kez yeni rejimde yargıç Y hakkında verdiği bu karardan dolayı 339. madde benzeri norma dayanarak, hukuk ihlali nedeniyle ceza davası açılmıştır”. Yargıç objektif olarak suç işlemiş midir? ⁶

Yargıç ne zaman 339.maddeyi –diğer ihlal tipleri dışında- ihlal edebilir? Bunun için öncelikle pozitif hukukun, pozitif hukukun üstündeki hukuku ihlal etmesi gerekir. Burada da Gustav Radbruch tarafından 1946’da geliştirilmiş Radbruch formülü kullanılmaktadır. ⁷

Birinci soru; pozitif hukukun üstünde ayrı bir hukuk olabilir mi? Buna, Almanya’da 339. Madde tartışmalarında yaygın görüş olumlu cevap vermektedir. İkinci soru; yürürlükteki hukuka uygun fakat pozitif hukukun üstündeki hukuka aykırı bir yasayı uygulayan yargıç cezalandırılacak mıyız? Alman Anayasası’nın 97.Md.1. fıkrası, yargıçların sadece yasayla bağlı oldukları hükmünü getirmiştir, fakat Anayasa’nın 20.Md.3 fıkrası; yargının ve idarenin hukuka ve yasaya bağlı olduğunu düzenlemektedir. Ülkemizde ise Anayasa’nın 138.maddesi gereği hâkimler, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Alman Ceza Yasası 339.md. de yasa ihlali yerine hukuk ihlalden söz edilmektedir, yani suçun konusu hukuk olmaktadır. Tabii buradaki asıl sorun, sunumun en başında belirtildiği gibi hukukun ne olduğu, pozitif hukuk üstünde bir hukukun, hukuk kavramına dahil olup olmayacağıdır. Bu sorun da herkesin bildiği gibi dogmatik nitelikte değil, hukuk felsefesinin en temel

⁶ Saliger, a.g.e., s. 149.

⁷ Radbruch formülü için Gustav Radbruch’un “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht” makalesi temel metindir. Bu metin ilk kez Süddeutsche Juristen Zeitung, 1 (1946), 105-8’de yayımlandı. Makale 1950 yılından beri çeşitli derlemelerde farklı yayıncıların edisyonlarıyla okuyucuya sunuldu. Makalenin Türkçe tam çevirisi için Sevtap Metin/Altan Heper, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı**, 3. Baskı, İstanbul, 2018, s.74 vd.; Türkçede Melike Belkis Aydın, Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi, **İ.Ü.H.F Mecmuası**, Cilt 73, sayı 2 (2015); Hayrettin Ökçesiz, Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı” Radbruch Formülü, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 56, 2005, Frank Saliger, Radbruche Formül und Rechtsstaat, Heidelberg, 1995. Radbruch’un hukuk felsefesi anlayışının kapsamlı bir eleştirisi için Paul Bonsmann, **Die Rechts-und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs**, Bonn, 1966.

sorunlarından biri olan hukuki pozitivism ve doğal hukuk arasındaki hukuk kavramı ve hukuk idesi üzerine yapılan bitmez tükenmez tartışmalarla ilgilidir.

Pozitif hukukun üzerinde yer alan hukuk ile bu bağlamda kastedilen, “hukukun genel ilkeleri” olarak da bilinen prensiplerdir. Hukukun genel ilkeleri konusunda hukuki pozitivism ve doğal hukuk anlayışının farklı yaklaşımlarının yansımalarını, çağdaş hukuk tartışmalarında Dworkin ve Hart arasında görmekteyiz.⁸ Hart’ın, birincil ve ikincil kurallar ayrımını halefi Dworkin, bir hukuk sisteminin prensipler ve “siyasa anlamında politikalar”dan oluştuğunu ve bunların pozitif hukuk kurallarından ayırt edilmesi gerektiğini söyleyerek eleştirmektedir. Bu ilke ve politikalar özü itibarıyla çoğunlukla ahlakidir ve yürürlükteki hukuk kurallarının ötesine geçerek prensiplere gider.⁹ Hart, birincil ve ikincil hukuk kuralların bir hukuk sisteminin merkezinde olduğunu ve onun özünü oluşturduğunu söylerken, Dworkin bunun aksine kurallardan çok genel hukuk ilkelerinin hukukun merkezinde yer aldığını ve hatta normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alarak hukuk sistemine meşruiyet kazandığını iddia etmektedir. Dworkin’in hukuk felsefesi yaklaşımında en önemli boyutu “kural” – “ilke” meselesi oluşturur. Ona göre hukuk, ne yalnızca kurallardan ne de sadece ilkelere ibarettir. Hukuk, hem kuralları hem de ilkeleri kapsar. Ancak bunlar arasında bir ilişki de vardır. Kurallar, çözülmesi zor olmayan ve düzenledikleri uyuşmazlıklara dair davaların neticelendirilmesi için tek başlarına yeterlidir. Ancak bazı davalarda mevcut hukuk kurallarının tek başlarına uygulanması uyuşmazlığı çözmeye yetmez ya da açıklanmaya muhtaçtırlar. Bu gibi durumlara Dworkin “zor davalar” (*hard cases*) adını verir ve uyuşmazlığa bakan hâkimin yapması gerekeni, kuralın ekseniyle sınırlı kalmamak, kuralların da üzerinde yer alan ve yazılı olmasa da geçerli olan ilkelere başvurmak olarak tarif eder. Yani zor davalar söz konusu olduğunda hâkim kurallarla yetinemeyecek ve zorunlu olarak ilkelere başvuracaktır.

⁸ Hart-Dworkin tartışmaları için, Ronald Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, “Taking Rights Seriously” kitabın Almanca tercümesi, Frankfurt, 1984, s. 54 vd.; Türkçe tercüme, **Hakları Ciddiye Almak**, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, İstanbul, 2007, s. 54; Taking Rights Seriously, Harvard University Press, 1955, s. 22 vd.

⁹ Dworkin, **a.g.e.**, s. 144 vd.; Hakları Ciddiye Almak, s.114 vd.; Taking Rights Seriously, s.81 vd.

Hukuk Kavramıyla İlgili İki Temel Pozisyon:

Bu pozisyonlar katı pozitivizm ve pozitivist olmamadır.¹⁰ Bir normun belirli bir hukuk düzenine dahil olup olmadığına ilişkin olarak; pozitivist bakış açısına göre, normu kimin koyduğu önem taşır. Hukuk kavramı için içerik perspektifi önem taşımamakta, buna göre her türlü şey hukuk normunun içeriğini oluşturabilmektedir. Bu perspektifte hukuk ve ahlak katı bir şekilde ayrılmalıdır. Tabii katı pozitivizm açısından, pozitif hukukun üstündeki hukuk, (339.maddedeki suç anlamında) hukuk ihlaline yol açamaz. Bu katı pozitivizm için zorunlu bir sonuçtur, Pozitif üstü hukuk, katı pozitivizm için hukuk değildir. İkinci temel pozisyon pozitivist olmama (hukuki ahlakçılık [Rechtsmoralismus], doğal hukuk) olarak nitelendirilir. Bu temel anlayışa göre; hukuk sadece pozitif vazedilen hukuk değildir ve bu hukukta tükenmez. Pozitif olmayan hukuk da hukuktur. Pozitivist olmama durumunda içerik perspektifi rol oynar. Hukuk sadece içeriksel belirli nitelikteki normlardır. Hangi nitelik aranacaktır? sorusunun cevabı bugün büyük ölçüde negatif test ile belirlenmektedir.¹¹ Bu belirlenmede meşhur ölçülerden biri Radbruch formülüdür. Buna göre; dayanılmaz, tahammül edilemez hukuk, hukuk değildir; aksine yasal haksızlıktır. Radbruch formülü iki öğeden oluşmaktadır. Birincisi tahammül edilemezlik, ikincisi yadsıma/ inkardır.¹²

Formülün birinci parçası gereği; adaletten ayrılmak tahammül edilemez bir seviyeye vardığında yasa, adalet karşısında geri çekilip hukuki

¹⁰ Burada terminolojik olarak pozitivist pozisyonun karşıtı olarak pozitivist olmayan pozisyon kavramı kullanılmaktadır. Burada doğal hukuk terimi bilinçle olarak kullanılmamaktadır. Felsefi olarak doğa kavramının zamana ve mekana göre çok farklı anlayışları barındırması doğal hukuk teriminden uzaklaşmak için önemli bir neden oluşturmaktadır (bu yöndeki görüşler için Arthur Kaufmann, **Rechtsphilosophie**, 2. Aufl, 1997, s.21). Pozitivizm-Pozitivist Olmama ayrımı Batı ülkelerinde yaygın bir ayrımdır, örnek Stanley L.Paulson, Zur Kontinuität der Nichtpositivistischen Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs in Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch Hrsg. Martin Borowski /Stanley L. Paulson, Tübingen, 2015, s. 151; Robert Alexy, **Begriff und Geltung des Rechts**, 3. Aufl., 2011, Freiburg, s.17

¹¹ Ulfried Neumann, **Rechtsphilosophie Handbuch**, Jan.C. Joerden/Erich Hilgendorf (Hrsg.) 2017, Frankfurt, s. 239.

¹² Metin/Heper, age. s.. 21; Bu formülün yer aldığı “Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk” makalesi Kıta Avrupası’nda en fazla atıf alan makalelerin başında gelmektedir (Marian Pavcnik, Gesetzliches (Un)Recht, (Symbolische) Bedeutung der Radbruchschen Formel, Wert und Wahrheit in der Rechtswissenschaft (Hrsg. Annette Brockmüller/Stephan Kirste/Ulfried Neumann (Hrsg. 145) , s. 22; Stanley L. Paulson (“006), “On the Background and Signafence of Gustav Radbruch’s Post-War Papers”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Volume:26, Issue:1, 2006, s.17-40 (17 vd.).

geçerliliğini yitirir.¹³ Formülün ikinci parçası ise adaletin özü olan eşitliğin, yasama faaliyetinde, yasanın ortaya çıkışında bilinçli olarak kabul görmemesi halinde pozitif yasaların hukuk karakterini kaybetmesidir. Bu durumda pozitif yasa artık hukuki uyumsuzluklara uygulanamaz ve vatandaşların hukuki hak ve yükümlülüklerini etkileyemez. Yasanın yapılması esnasında adaletin özü olan eşitliğin gerçekleştirilmesine yasa koyucu tarafından teşebbüs dahi edilmeyip, düzenlenmesi esnasında adaletin bilinçli olarak reddedildiği pozitif yasa, yalnızca adalete aykırı olmayıp hukukun doğasından da tamamen yoksundur.¹⁴ Anlaşılacağı üzere yadsıma tezi neyin hukuk olduğunu hukuk olmayandan ayırmak üzere hukukun kavramsal niteliğiyle meşguldür. Konularında bu farklılığa rağmen iki formülün de adalete yaptığı göndermeye bakılarak yadsıma tezini, tahammül edilemezlik tezinin somutlaştırılmış hali olarak anlamak mümkündür. Nitekim bizzat Radbruch tarafından kendi çalışmasında formülün ikinci kısmının, birincisini netleştirmek üzere ve onun bir uygulaması şeklinde sunulmasına karşılık sonraki yorumlar bunlara birbirinden bağımsız ayrı formüller olarak yaklaşmışlardır. Ve yargıçlar birinci formülü kullanmaya eğilimli iken somut davalarda yasa koyucunun subjektif niyetlerine odaklanan ikinci formülün uygulanmasında tereddüt etmişlerdir.

Mahkemeler Nazi Dönemi ve Doğu Almanya dönemi ile hesaplaşmada bu formülü kullanmıştır.¹⁵ Bu formülün somutlaşması -özünde hukukun genel ilkesi olan ve bu ilkelerle bağlantılı bulunan- insan haklarında kendini göstermektedir. Ağır insan hakları ihlalini içeren normlar hukuk değildir.

Örneğin az önce yukarıda verilen örnek olayda, katı pozitivistlere göre yargıcın 339. Md. benzeri maddeden, hukuk ihlalinden suç işlemiş olması söz konusu olamaz. Yasa şeklen geçerli ve böylece pozitif hukuktur. Yasanın içeriği önem taşımamaktadır. Bu durumda hukuksal pozitivistler yargıcı beraat ettireceklerdir.

¹³ Metin/Heper,agy.

¹⁴ Metin/Heper, age. s. 22

¹⁵ Mahkeme kararlarına örnek Doğu Almanya ile ilgili olarak Federal Alman Yargıtayının sınır muhafızlarıyla ilgili kararı, BGH, (NJW 1993, 141 vd. 144). Nazi dönemine ilişkin olarak Federal Alman Yargıtayının ve Federal Anayasa Mahkemesinin bazı kararları için BGHZ, 3, 94 (107)=NJW 1951, s.917; BGZ 23,175 (181)=NJW 1957, s. 627; BGHSt 2,173 (177); 2,23 (238) ;3, 357 (362 vd.)= NJW 1953, s.351; BVerfGE 3,58 (119)= NJW 1954,s.21; BVerfGE 3,225 (233)= NJW 1954, s.65;BVerfGE 6, 132 (138); ayrıca Bernd Schumacher, Rezeption und Kritik der Radbruchen Formel, Dissertation, Göttingen, 1985. *YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

Haksızlık rejiminden sonra, pozitivist hukuk politikası açısından haksız kararların ortadan kaldırılması ve mağdurların zararlarının giderilmesi, itibarlarının iade edilmesi için çalışılabilir.¹⁶ Pozitivist, bu gibi uç olaylarda Hart'ın da önerdiği gibi¹⁷ ehveni şer olarak en fazla geriye yönelik bir yasa ile cezalandırmayı savunabilir. Ama esas itibariyle bir pozitivist için iki kadının ölüm cezası ile cezalandırılması, ahlaki olarak aşırı bir haksızlık

¹⁶ 90'lı yılların ortalarında Almanya'da Freiburg'da Max-Planck Uluslararası ve Yabancı Ceza Hukuku Enstitüsü çok sayıda ülkede uzmanın katılımıyla uzun süreli bir proje başlattı. Haksız uygulamaların çok farklı düzeyde olduğu çok sayıda devletin bu sistem çöktükten sonra eski sistemin haksızlıklarının üstesinden nasıl gelmeye çalıştıklarına, geçiş dönemine ilişkin geniş bir proje başlattı. Bu projede eski Sovyet blokuna dahil ülkeler, Afrika ülkeleri, askeri diktatörlük altındaki Güney Amerika ülkeleri, Yunanistan gibi ülkeler yer aldı. Bu projede 3 önemli yöntemin geçmişi üstesinden gelmede tebarüz ettiği tespiti yapılmıştır. Birinci yöntem, geçmişe sünger çekme diye adlandırabileceğimiz yöntem; birinci yöntemin tersine ikinci olarak cezai takip yöntemi, üçüncü ise barışma yöntemi olarak ortaya çıkan uygulamalardır. Sünger çekme yöntemi olarak adlandırılan yöntemler içerisinde mutlak sünger çekme (unutma) denilen uygulamalarda, cezai soruşturma kural olarak yapılmamakta, haksızlıkların üstesinden gelmede ceza hukuku bir araç olmamaktadır. Cezai soruşturmalara ve koğuşturmalara çok istisnai bir yol olarak başvurulmaktadır. Başvurulan yollar daha ziyade özel hukuk ve idare hukuku olmaktadır. Nispi sünger çekme diye adlandırılan uygulamalarda, bazı fail ve fillerde ceza hukuku bir araç niteliği almaktadır. İkinci yöntemde ise ceza hukuku, özel hukuk ve kamu hukukunun yanında fail ve fiille herhangi bir sınırlama yapılmaksızın araç olarak kullanılmaktadır. Üçüncü yöntem, barışma-sulh yöntemidir. Bu yöntemde fail ve mağdurun bir araya getirilmesi, hakikat komisyonları aracılığıyla olayların ortaya çıkarılması ve faili cezalandırmaktan ziyade, failin yaptığı haksızlıkla yüz yüze gelmesi amaçlanmaktadır. Bu proje 14 cilt olarak yayınlanmıştır. Proje konsepti ve özetler için *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Criminal Law in Reaction to State Crime, Comporative Insight into Transitional Processes*, Hrsg. Albin Esser/Jörg Arnold, Bd. 1, Freiburg, 2000; Bd. 2, Freiburg, 2000; Bd. 14, *Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik*, Hrg. Albin Eser/Jörg Arnold, Berlin, 2012. Genel olarak sistem değişiklikleri sonrası haksızlıkların giderilmesi konusunda Olivia Jazwinski, **Unrechtsaufarbeitung nach einem Regimewechsel**, Baden-Baden, 2007; Eckardt Bucholz-Schuster, **Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln**, Berlin, 1998.

¹⁷ H.L. A . Hart, **The Concept of Law**, 2. Edition, 1994, s.211; Hart-Radbruch tartışmaları için Joachim Renzikowski, *Die Hart-Radbruch –Kontroverse-nur eine Frage der Kompetenz?* in: *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch* Hrsg. Martin Borowski/Stamley L. Paulson, Tübingen, 2015, s. 75 vd.Lutz Eidam, *Braucht unser heutiges Strafrecht (noch) den philosophischen Horizont eines Naturrechts Zum Streit zwischen Positivismus und Nichtpositivismus am Beispiel der Radbruch-Hart-Kontroverse*, in: *Vorbedingen des Rechts*, Hrsg. Marcus Abraham/Till Zimmermann/Sabrina Zucca-Soest, Stuttgart, 2017, s.13 vd. ; Eckardt Bucholz-Schuster, **Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln**, Berlin, 1998, s. 124.

olmasına rağmen bu kararı veren hâkimler için cezalandırılabilir bir fiil teşkil etmemektedir.

Buna karşılık modern pozitivist olmama tutumuna yönelik bir eleştiri, doğal hukukun tanınması ve anlaşılması, içeriğinin saptanması ile ilgilidir. Buradaki benimsenen pozitif hukuk üstü anlayışın, aydınlanma öncesi özcü ortaçağ ontolojik doğal hukukla bir görülmesi yanlıştır.¹⁸ Radbruch formülünde kendini gösteren pozitivist olmama tutumu negatif felsefe olarak sadece aşırı haksızlığı vurgulamak çabasıdadır ve eski epistemolojik yükü taşımamaktadır. Burada iş bir yandan aşırı haksızlıkların tanınması ve anlaşılması, bu haksızlıkların sadece ağır insan haklarına hasredilmesiyle, bunların da açık seçik olması nedeniyle kolaylaşmaktadır. Böylece yasal haksızlığın bireyler tarafından anlaşılması da kolaylaşmaktadır. Diğer yandan pozitif hukuk günümüzde birçok uluslararası sözleşmede yer almaktadır.¹⁹

Ama diğer yandan hukuki pozitivistliğe de ön yargılarla yaklaşmamak gerekir. Bunlardan en önemlisi ve yaygını “hukuki pozitivistliğin, Alman hukukçularını Nasyonal Sosyalizme karşı savunmasız hale getirdiği”dir. Bu iddia çok da isabetli değildir.²⁰ Kelsen ve dönemin Radbruch’u liberal demokrasiyi sonuna kadar, üniversitelerinden atılana değin ellerinden geldiği ölçüde savunmuşlardır. Kuşkusuz Weimar döneminin hukuki pozitivistleri Nasyonal Sosyalizmde ortaya çıktığı gibi hukuki şekle bürünebilecek bir haksızlık olanağını görememişlerdir. Hukuki pozitivist idare ve yargı anlayışına göre, koşulsuz yasaya itaat sadece yasaya koyucunun demokratik bir meşruiyete sahip olması ve hukuk devleti ilkelerine göre kontrol edilmelerine bağlıdır.²¹ Weimar Cumhuriyeti dönemi

¹⁸ Saliger, **a.g.e.**, s.149.

¹⁹ Saliger, **a.g.y.**

²⁰Ingeborg Maus, *Juristische Methodik und Justizfunktion im Nationalsozialismus*, in: H. Rottleuther (Hrsg.), “Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus”, **ARSP-Beiheft** Nr. 18 (1983), s. 173 vd.; Horst Dreier, *Die Radbruchsche Formel- Erkenntnis oder Bekenntnis?* In: *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, Hrsg. Martin Borowaki und Stanley L. Paulson, 2015, Tübingen, s. 1 (4 vd.); Manfred Walther, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im “Dritten Reich” wehrlos gmacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruchschen These*, in: R. Dreier/W. Sellert (Hrsg.) , **Recht und Justiz im “Dritten Reich”**, Frankfurt, 1989, s. 323 vd. Ulfried Neumann, **Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945**, s. 258 in: *Recht als Struktur und Argumentation* (Hrsg. U. Neumann, 2008, Baden- Baden, s.258 , aynı yazar Ralf Dreiers Radbruch in: *Recht als Struktur und Argumentation* (Hrsg. U. Neumann, 2008, Baden- Baden, s.9 dipnot 29’daki atıflar; Eric Hilgendorf, **Recht und Moral, in der Aufklärung und Kritik**, 1/2001, s. 72-90 (77-78).

²¹ Eric Hilgendorf, *dtv-Atlas Recht Band 1, Grundlagen*, 2. Aufl.,2008, München, s.47 *YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

yargı örgütü mensuplarının önemli bir kısmının hukuki pozitivist eğilimleri taşıdığı iddiasının yanlışlığı, bu konuda yapılan çok sayıda araştırma sonucunda görgüsel olarak kanıtlanmıştır,²² Diğer bir konu da hukuki pozitivistlerin, adalete veya ahlaki tutuma ilgisiz kaldıkları iddiasıdır. Bu da yanlıştır. Hukuki pozitivism taraftarları, hukuk kavramı ile ahlak ve adalet arasında doğrudan bir bağlantı kurmamaktadır. Yukarıdaki örnekte bir pozitivist, haksızlık devletine karşı ahlaki olarak direnişe geçme çağrısı yapabilir.²³ Pozitivistler haklı olarak ceza adaletinin her zaman bu tür durumlarda yetersiz kalacağını vurgulamaktadır. Sistem haksızlığının ceza hukukuyla üstesinden gelinmesinde sınırlı olanaklara işaret etmektedirler. Bu da çok şekli (formel) olarak anlaşılan kanunilik ilkesinin ve geriye yürümezlik yasağının bize ödediği bedeldir, ama aynı zamanda bilgeliğidir de.

Kanunilik ilkesinin pozitivist olmayan bir hukuk kavramını içinde barındırıp barındırmayacağı, yani kanunilik ilkesi bakımından böyle bir hukuk kavramının olanaklı olup olmadığını da tartışmak gerekir. Şüphesiz kanunilik ilkesi ve geriye yürürlük yasağı²⁴ hümanist bir ceza hukukunun temel esasları arasında yer alır. Tabii ki hukuki pozitivist olmayanlar, pozitivist olanlardan farklı olarak kanunilik ilkesinin şekli değil de maddi, içeriksel olarak yorumlanmasının mümkün bulunduğunu savunmaktadırlar. Kanunilik ilkesini bunun karşıtı olan zorbalık ve keyfilikten yola çıkarak kavradığımızda, şu tuhaf durumla karşı karşıya kalıyoruz; kanunilik ilkesi niçin haksızlık devletlerindeki, diktatörlüklerdeki zalimleri, canileri korusun?²⁵ Geriye yürürlük yasağı bakımından konuya yaklaştığımızda bu ilkenin temelinde, hukuk devletine uygun yasalardan hareket eden özel bir güven ilişkisinin varlığını tespit ediyoruz. Bu özel güven ilişkisinin, devlet gücünün aşırı haksız yasalar vazetmesiyle ortadan kalktığını görürüz. Pozitivist olmayan anlayış böylece haksızlık devletlerine, diktatörlüklerdeki yasa koyuculara sinyal göndermektedir. En uç haksızlık sınırlarının aşılması bu yasa koyucular için ceza hukuku bakımından riziko doludur. Diğer bir

²² F. K. Kübler, "Der Deutsche Richter und das demokratische Gesetz", in: AcP 162 (1963), s. 104 vd (112 vd.); Ernst Fraenkel, Zur Soziologie der Klassenjustiz (1927) , in: Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-1932, Darmstadt, 1968, s. 1 vd. (8). Dieter Simon, **Die Unabhängigkeit des Richters**, Darmstadt 1975, s. 49 vd.

²³ Saliger, **a.g.e.**, s. 151.

²⁴ Ceza kanunlarının geçmişe yürürlüğü konusunda Tuğrul Katoğlu, **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Ankara, 2008, s. 64 vd.

²⁵ Saliger, **a.g.e.**, s. 151

sinyal bu ülkelerin vatandaşlarına, aşırı haksızlıklar karşısında teslim olmamalarıdır.²⁶ Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 2. fıkrası da geriye yönelik yargılanma ve cezalandırılmaya ilişkin hüküm ihtiva etmektedir. Buna göre *“Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmâl ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir”*. Aynı yönde hükümleri, Avrupa Temel Şartı 49. md. 2. fıkrasında ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesinde buluyoruz. Buna karşılık Uluslararası Ceza Adalet Divanı Statüsü'nün 24.maddesi katı bir geriye yürürlük yasağı getirmiştir.²⁷ Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'ndeki yargılamalarda da; *“Geriye yönelik uygulama yasağı da sınırlandırılmaya tabidir. Bu yasağın uygulanması tamamen adaletsiz sonuçlara götürecektse, bundan ayrılmak mümkündür”* görüşü dile getirilmekteydi. Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi bir karşılaştırma ve tartma yapmıştır.²⁸ Bu karşılaştırma ve tartma işlemi bir yandan terazinin bir kefesinde sanıkların fiilleri ve onların sorumlulukları diğer kefesinde ise her şeyin üstünde yer alan adalet düşüncesi yer almaktadır.

İki Almanya'nın birleşmesinden sonra Doğu Almanya'da yargı yoluyla haksızlık yapıldığı, bunların ağır insan haklarını ihlal ettiği suçlamalarıyla Almanya'da davalar açılmış ve Doğu Alman yargıçları yargılanmıştı.²⁹ Bu yargılamalar esnasında yukarıda anılan 339.maddenin, Doğu Almanya Ceza Kanunu'ndaki ilgili maddesinin uygulanmasında Alman Yargıtayı bir yandan Radbruch formülüne dayandığını söylemekte, öte yandan Doğu Alman hukukunu, onun yorum ölçülerine göre yorumlamakta ve sınırın aşıldığı fiilleri cezalandırmaktadır. Böyle bakarsak Yargıtay da pozitivism ile pozitivist olmayan yaklaşım arasındaki bir kombinasyonu, ama sonuç itibarıyla pozitivist olmayan bir pozisyonu savunmaktadır.³⁰ Ama Federal Yargıtay'ın cezalandırmayı geniş tuttuğu ise söylenemez. Federal Yargıtay diğer yandan Doğu Alman adliyesi mensuplarının cezalarını, ağır insan hakları ihlalleri olaylarında onaylamıştır. Buradan çıkartılacak, sonuç haksızlık devletlerinde hukukun kasten ihlali suçunun cezalandırılmasında Radbruch formülünün normatif pozitif olmayan yaklaşımı esas aldığıdır.

²⁶ Saliger, a.g.y.

²⁷ Joachim Renzikowski, a.g.e., s. 77

²⁸ Eckardt Bucholz-Schuster, a.g.e., s. 52 vd;

²⁹ Eckardt Bucholz-Schuster, a.g.e., s.259 vd.; Saliger, age. s.152,153.

³⁰ Saliger, a.g.e., s. 152,153.: Doğu Almanya yargılamaları ve Radbruch formülü arasındaki ilişki için Katoğlu, a.g.e., s. 85,86.

Radbruch formülü negatif test (bir tür falsifikasyon) olarak³¹ haksız hukuk uygulamalarının önünde bir konsept şeklinde önümüzdeki dönemlerde de tartışılacak gibi görünmektedir. Ancak Radbruch formülünü eleştirenlerin tezlerini de ciddi bir şekilde ele almak gerekir, kanunilik ilkesi ve geriye dönük cezalandırma yasağı da doğal hukuk ilkeleridir, bu ilkelerin ihlali kusur ilkesinin de ihlalidir, bu da hukuk devletinin yadsınması sonucunu doğurur.

³¹ Michael Herbert, **Radbruch'sche Formell und Gesetzgeberisches Unterlassen**, Baden-Baden, 2016, s.73.

Yargı Etiği ve Adaletsizlik
Yorumlar ve Tartışma

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Rona Aybay, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Yasemin Işıktaç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Dr. Öğr. Üyesi Nazime Beysan, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fak.

Katılımcıların Katkıları

Prof. Dr. Rona AYBAY (Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Bugünün son oturumu açıyoruz. Konuşmacıları davet etmeden önce, önemli olduğunu düşündüğüm bir duyuruyu iletmek istiyorum. Bu oturumun sonunda gelenekselleşmiş bir uygulama olarak katılımcıların tümünün bir fotoğraf çekilmesi gerekiyor. O yüzden oturumun sonunda hemen dağılmayalım. Oktay Bey'in veya ilgili arkadaşın yönlendirmesiyle topluca bir fotoğraf için bir araya gelelim. Şimdi değerli konuşmacılarımızı davet ediyorum. Değerli meslektaşımız Prof. Dr. Yasemin Işıktaç lütfen buyurun. İkinci konuşmacımız Dr. Nazime Beysan buyurun.

Değerli katılımcılar; 2009 yılında, benzetmekte yanlış olmazsa küçük bir fidan diktik. Adı Kamu Hukukçuları Platformu idi. Bu fidanın üzerine titredik. Kamu Hukukçuları Platformu'nun fikir babası başta Fazıl hocamız olmak üzere hepimiz üzerine titrediğimiz bu fidanın bugün bir ağaç haline geldiğini görüyoruz. Bu büyük bir mutluluk. Her toplantının arkasında nice düş kırıklıkları, nice çileler, gereksiz engellerle uğraşmak vardır. Ama bugüne kadar her toplantımız engelleri aşarak başarıyla gerçekleşti. Bu son toplantıda da özellikle Fazıl Sağlam arkadaşımızdan bayrağı devralan Oktay Uygun hocamızın büyük çileler çektiğini bilin. Toplantı başarıyla başladı, ilk günü başarıyla bitiriyoruz. Bunu şunun için söylüyorum: Özellikle genç arkadaşlar bu tip toplantıları Türkiye gibi bir yerde sıfır bütçeyle gerçekleştirmenin büyük çilelere mal olduğunu bilsinler. İleride kendileri benzeri bir görev üstlendikleri vakit hatırlasınlar. Hiç de kolay işler değildir. Bir küçük duyuruyu da ben şahsen yapmak istiyorum. Bazı üniversitelerde Genel Kamu Hukuku dersinin zorunlu, bazılarında seçmeli, bazılarında ise hiç olmadığını görüyoruz. Bu ders herhangi bir kamu hukukçusunun ilgisiz kalamayacağı kadar önemli bir derstir. Çok özetle söylemek gerekirse Genel Kamu Hukuku devleti pozitif hukuktan bağımsız olarak münhasıran devlet kavramını tarihi gelişimi içerisinde inceleyen kamu hukukunun alt dalıdır. Dolayısıyla hiçbir kamu hukukçusunun ilgisiz kalmaması gerekir. Bu konu ile ilgili geçen hafta Galatasaray Üniversitesi'nde Sayın Dekan Necmi Yüzbaşıoğlu'nun büyük ilgisiyle bir Çalıştay gerçekleştirdik. Bu Çalıştayda Oktay Uygun, Fazıl Sağlam ve Yasemin Özdek hocalarımız da katkılarda bulundular. Bu konuya dikkatinizi çekmek istiyorum. Bu çalıştay ile ilgili bilgi almak isteyenler, katılmak isteyenler veya herhangi bir şekilde bu konuyla ilgilendiğini kayda geçirmek isteyenler Kahan Onur ile temas kursunlar. İlginizi rica ederim, beklerim. Sayın Yasemin Işıktaç buyurun.

**YARGI ETİĞİ İLKELERİ BAĞLAMINDA
YARGILAMADAKİ BİLGİSEL ADALETSİZLİK
(PROF. DR. GÜLRİZ UYGUR YORUMU)
Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç**

Türk Dil Kurumu Türkçe sözlüğünde “hak ve hukuka uygunluk, hakkı gözetme, doğruluk, herkese kendine düşeni verme, kendi hakkı olanı verme” şeklinde tanımlanan adaletin içeriğinin nasıl doldurulabileceği hukuk felsefesinin başlıca sorunudur. Uygur, bize bir başka perspektiften hareket edip adaletsizliği belirleyerek adaletin içeriğinin saptanmasında yeni imkânlar bulup bulamayacağımızı sorgulatmaktadır. Uygur, genel bir başlık olan adaletsizlik sorununu ise özellikle bir meslek etiği alanı olarak yargı etiği ilkeleri bağlamında ve bu bağlamı da daraltarak bilgisel adaletsizlik konusu ile sınırlandıracağını eklemiştir. Çerçeve bu şekilde çizilmiş olmakla birlikte adaletin daima bir karşılaşma, yani karşı karşıya gelme hâli olduğu hesaba katıldığında sorunun iki perspektifli olacağı her adalet çatışmasında görülür. Bu iki boyut en az iki tarafın varlığına işaret etmektedir. Taraflardan birisi devlet, kurumlar, sosyal organizasyonlar vb. olabileceği gibi kişiler arasında da adalet sorunları çıkabilir. Yargı etiği anlamında bilgisel adaletsizlik konusu da genel adalet sorunu çerçevesinde ele alınabilir.

Adalet egemense adaletsizlik akla gelmez. Çünkü hukuk, aldığımız nefes gibi, bir atmosfer olarak etrafımızı kaplar. Çoğu zaman biz nefes aldığımızın farkına bile varmayız; ancak ne zaman ki havada bir noksanlık olur, o zaman yokluğunu hissederiz. Hukuk da böyle olmalıdır. Adaletin egemenliği, aynı zamanda, barış ve güvenliğin de teminatıdır. Bu çalışmada odaklanılmış bulunan adaletsizlik sorunu bir farkındalık sorunudur¹. Öyleyse, içinde bulunulan durumu kavramama yahut adalet talebinde bulunmama-bulunamama seçenekleriyle birlikte ele alınmalıdır. “Adetsizliğin farkına varılması gerekir.” Farkına varmak, görmek demektir; yani sadece bakılmayacak aynı zamanda görülecektir. Görmek, anlamakla çok daha sıkı bir bağlantı içindedir. Ayrıca adaletten yoksun olan insan ve durumu hakkında bilgi sahibi olmak da gerekir; bu da görmektir. Çalışmada işaret edilen görememe hâli, yargıcın bilgisizliği ya da hatalı, ön yargılı bilmeleriyle ilgilidir. Adaletin istenen, talep edilen bir ideal olduğu

¹ Gülriz Uygur, **Hukukta Adaletsizliği Görmek**, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu 2013, s.28 vd.

aşikârdır. Ancak adaletsizlik, bir durum olarak, tam da içinde bulunduğumuz hâle ilişkindir. Judith Shkiart bize “adaletsizlik neresidir?” derken² tüm insan atmosferini de tanımlamaktadır. Çünkü adaletsizlik, sadece adaletin olmaması değil, ondan daha fazlasıdır; insanlıkta bir sınır aşımıdır³. Bu sınır bazen de yapmayarak aşılabılır. Shkiart’ın pasif adaletsizlik dediği durum budur. Pasif adaletsizlik duyarlılığın yokluğudur. Pasif adaletsizlikte kuralların yerine getirilmesi durumu söz konusudur; ancak adalet askıdadır.

Adaletsizlikle ilgilenme konusunda, daha açıkçası umursama konusunda belirli bir ahlâkî duyarlılığı kim gösterebilir; bunun için saygı, dürüstlük ve etik duyarlılığın bir başlangıç koşulu olarak belirlendiğine işaret edelim⁴. Fricker bilgisel adaletsizliği, tanıklığa ilişkin adaletsizlik ve hermenötik adaletsizlik olarak ayırmaktadır⁵. Tanığın sözlerine itibar edilmemesi hâli olarak adaletsizlikte belirli tanıkların seslerini duyuramamaları veya sözlerinin bariyerlere çarparak yargılama sürecinde değersizleştirilmesi söz konusu olur. Hermenötik adaletsizlik ise bazı yorumlama biçimlerinin ve deneyimlerin yargılama dışına itilmesi, itibarsızlaştırmasıdır. Özellikle bu tür adaletsizlik cinsel kimliklerle yakından ilişkidir⁶. Öyleyse, “adaletsizlikleri görebilmek” için hangi noktaları öncelikle belirlemek gerekir: Kölelik düzeni, her türlü ayrımcılık, ekonomik ve sosyal eşitsizlikler, yoksulluk ve yoksunluk hâlleri, nepotizm (kayırmacılık) önemli başlıklar olarak sayılabilir.

Bir başka değerlendirme başlığı olarak “Adaletsizlik hâllerinin bütünüyle ortadan kaldırılmasını, normatif çerçevesiyle ve sadece hukuk gerçekleştirebilir mi?” sorusudur. Bu sorunun cevabını “Hayır” olarak verebiliriz. Özellikle günümüzde, yani büyük anlatılara olan inancın zayıfladığı postmodern koşullarda hukuku yönlendirecek ve ona anlam kazandıracak bir etik bulma çabasına duyulan ihtiyaç da düşünüldüğünde sorunun geniş cevabı, geçerli olan etik anlayışının yaratılması biçimini almıştır.

² Judith Shkiart “Giving injustice its Due”, *The Yale Law Journal*, Cilt 98, Sayı 6, 1989, s.1136

³ Uygur, **Hukukta Adaletsizliği Görmek**, s.85 vd.

⁴ Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010, s.17 vd.

⁵ Miranda Fricker, “Silence and Institutional Prejudice”, **Out From the Shadows: Analytical Feminist Contributions to Traditional Philosophy**, ed. Sharon Crosnow, Anita Superson, New York, Oxford University Press, 2012, s.289.

⁶ Fricker, “Silence and Institutional Prejudice”, s.287 vd.

Ancak hassasiyeti sadece sùjeler düzeyinde bıraktığımızda ve tüm referansı kişinin diğer kişilere karşı hissettiği ve gereğini yaptığı sorumluluk duygusuna yüklediğimizde bu belirsizlik bir başka metodolojik sorunu ortaya çıkaracaktır. Burada sübjektif hassasiyetle anlatılmak istenen bir yandan da Uygur'un sözlü sunumunda da bahsetmiş olduğu “başkasının derdi ile dertlenmek” yani “başkalık etiği” olarak isimlendirilen noktaya ulaşmış oluruz. Jack M. Balkin, haklı olarak, ötekiyle sonsuz biçimde ilgilenmek anlamında sorumluluğun sınırsız tanımlanmasının pratik olmayacağını vurguluyor⁷. Ayrıca başkalık etiği ancak kategorilerle yürütülebilir. Sağıamlılığın temini açısından da hukukî güvencelerle desteklenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. İnsan hakları, haklara ilişkin geri dönölmezlik ve daraltma yasakları kazanımlar olarak hukukun da üstünde yer almalıdır.

Hâkimin karar verirken bağlı olduğu etik çerçeve hukuk içinde, örneğin Bengalor yargı etiği ilkeleri ile belirlenmiştir. Ancak yargıç kararına atıf, hukuka ve vicdani kanaate de bağlı olma ile koşullanarak güçlendirilmiştir. Bir kişi olarak “hâkim”in bir edim olarak “karara” giderken yaptığının doğru ya da yanlış oluşu ile değerli ya da değersiz oluşu kadar, somut olayda başka bir şeye değil de buna hükmetmiş olmasının nedenleri de açıklanabilmelidir⁸. Hâkimin gerekeni yapmamış olması, bir bilgisizlik nedeniyle ya da önyargıları sebebiyle gerçeği görmemesinden kaynaklanıyorsa bu da tarafsızlığın yokluğu anlamındadır, adaletsizliktir. Yani tarafsızlıkla ilgili beklenti hâkimin kendisine karşı da bir sorgulamayı gerektirir. Uygur tam bu noktayı, aile içi şiddet ve cinsel suçlar kapsamında iki dava açısından irdelemiştir; 18 Ekim 2016 tarihli G.U. kararı ve 9 Haziran 2009 tarihli Opuz Kararı. Bu konu ana makalede tartışıldığı için burada sadece değiniyoruz. Sonuç olarak Uygur'un çalışması, karar aşamasındaki ön yargıların ve bilgisizlik hâllerinin başlıca adaletsizlik nedenlerinden biri olarak altının çizilebileceğini bize göstermiş olmaktadır.

Prof. Dr. Rona Aybay (Oturum Başkanı) - Yasemin Işıktaç hocamıza teşekkür ederim. Sözünü ettiği, ötekine karşı sorumluluklarımızla ilgili verdiği örnek benim bir anımı canlandırdı. Verdiği örnek metroda yatan bir evsizi gören kişinin, dersine yetişmek için ilgilenemeyip yoluna devam etmesi örneği idi. Ben benzeri örneği AİHM önünde yaşadım. Birkaç yıl

⁷ Jack M. Balkin, “Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice”, **Michigan Law Review**, Cilt 92, 1994

⁸ Ionna Kuçuradi, **Etik**, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2011, s.157 vd. *YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

İrkçilik ve Hoşgörüsüzlük Karşıtı Avrupa Komisyonu üyesi olarak görev yapmıştım. AİHM ile aynı binada çalışan bir komisyondur bu. AİHM’de davası olan bir Alman başvuru kadının mahkemenin merdivenlerde diz çöküp, ellerini kavuşturup sanki kilisede İsa tasvirinin karşısında dua eder gibi davrandığını duymuştım. Sabah Danimarkalı iyi bir hukukçu olan ve sanırım iyi bir aile babası olan bir arkadaşıla aynı otobüsle geldik. İndik, ben kadını öyle görünce çok heyecanlandım, duygulandım. Benim bir şey demeye kalmadan arkadaşım, senin ilgilenmene gerek yok, güvenlikçiler ilgilenir nasıl olsa dedi. Şimdi ben çok kötü oldum. Kendi heyecanıma mı yanayım, onun duygusuzluğuna mı bilmiyorum. Yasemin Işıktaç’ın sözleri bende bu anıyı uyandırdı, onu paylaşmak istedim. Şimdi ikinci konuşmacımız Dr. Nazime Beysan Kıbrıs’tan geldi. Buyurun. Ama konuşabilmeniz için mikrofonu da uzatmam gerekir. Gördüğünüz gibi sadece söz vermek yetmiyor. Bir hakkı tanımak yetmiyor, onun maddi koşullarını da sağlamak gerekiyor.

Dr. Nazime Beysan (Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Son oturumun son konuşmacısıyım. Burada olduğum için mutluyum. Daha önce bir kere Kıbrıs’taki toplantıya katılma fırsatım olmuştu. Oktay Hocama ve Sultan Hocama teşekkür ederim. Bildiri özetleri web sitesine koyulana kadar heyecanla bekledim. Gerçi hocalarımı biliyordum. Sevtap hocamı, Gülriz hocamı biliyordum. Az çok ne ile karşılaşacağımı biliyordum ama yine de heyecanla bekledim. Bildiriler koyulunca her ikisini de okudum ve bu bildirileri nasıl birleştireceğimi düşündüm. İkisinin ortak noktasının adaletsizliği görmek olduğunu düşündüm. Bütün sunumlarda zaten adaletsizlik vurgusu söz konusuydu. Gülriz hocam söylemişti şunu: “ Biz adaletsizliğin yeniden üretilmesinin neresindeyiz.” Hocamın orada kastettiği şey kişi olarak neresindeyiz. Ben bunu şöyle aldım, böyle bir toplantıda tartışılması gereken bir nokta var. Günümüzün koşullarını düşündüğümüzde bu yüzyılın en büyük problemi adaletsizlik. Ülkenin koşulları meydanda ben şimdi farklı ülkeden geldim ama buradaydım. Bize yansıyan tarafları var, onu ayrı değerlendirmek mümkün. Biz derken hukuk eğitimi böyle bir toplantıda tartışılmazsa olmaz. Biz derken buradaki hocalarımı tenzih ediyorum ama hukuk akademisyenleri. Acaba bunların yaşanmasında bizim payımız var mı? Ne yapabiliriz. Adaletsizlikle mücadele etmenin çeşitli yolları vardır. Bir akademisyenim. Hukukçu yetiştiriyorum, yetiştirmeye çalışıyorum. Günümüzde hukuk eğitimi ve öğretimi deniyor. Öğretim konuya eğitim ise özneye yönelik bir şey. Ama hukuk fakültelerinin genelinde yapılan baktığımızda yapılanın öğretim

olduğunu görüyoruz. Bilmiyorum katılır mısınız? Benim gözlemim bu yönde. Daha çok kurallara dayalı bir anlayış hakim hukuk fakültelerinde. Sabah İonana hocam bahsetmişti. Maddelerin öğretilmesinden ziyade niçin sorusunun cevabını da öğretmek gerekiyor. Ama günümüzdeki hukuk eğitimi bundan biraz farklı, teknik bakılıyor. Hukukçu gibi düşünmek deniyor. Hukukçu gibi düşünmek de somut vakadaki olayları tespit etmek, hukuk kurallarıyla ilişkilendirmek, hukuk dilinde ifade edip hukuki çözümü bulmak. Öğrenciler kuralları amaçlarından kopuk olarak anlamaya başlıyorlar. Bu kural niçin var? Hangi değeri koruyor? Kayıt döneminde öğrenciler çok heyecanlı oluyor. Neden hukuk seçtiklerini soruyorum. Bu kadar meraklı ve heyecanlı olanlar adaleti sağlamak, haksızlıklara karşı mücadele etmek diye yanıtlar veriyorlar. 4. sınıflara da derse giriyorum ve onlara hukukun amacı nedir diye soruyorum. İpucu veriyorum ama akıllarına adalet gelmiyor. Kurallara dayalı öğretim yapmak böyle sonuçlanıyor. Etik eğitimi çok önemli. Hukukçu kimliğinin etik değerlerden bağımsız olmayacağı düşüncesi daha o sıralarda kazandırılmalı. İnsanları normlara uydurmaya zorlayamazsınız ama etik bir farkındalıkla insanın değerini harcayan, insan onuruyla bağdaşmayan, adaletsizliğin olduğu yerleri görebilmenin olanağını sunabilirsiniz. Bu nasıl yapılabilir? Etik nasıl hukuk eğitiminin içine sokulabilir? Pozitif hukuk derslerinde bu mümkün müdür? Ağırlıklı olarak kanun maddelerinin aktarımı yapılıyor o maddelerin de her birinin koruduğu etik değerler var. Ahlak kelimesini kullanmıyorum burada etik. Etik de insanın değerinin bilgisiyle ilgili. İnsanın değerini harcayan problemleri görebilmek ancak böyle bir bilgiyle olanaklı. Bu pozitif hukuk derslerinde de yapılabilir, istenirse o bakış dersin içine sokulabilir. İnsan hakları dersi de sadece AİHS sözleşmelerinin maddeleri olmamalı, o maddelerin altında yatan korumayı hedeflediği etik değerlerle aktarılsa somut örnekler üzerinde tartışılırsa o da etkili olabilir. Onun dışında etik farkındalık kazandırmak için kullanılacak, genç insanların ilgisini çekecek olan şey sanattır. Sanatla harmanlanabilir. Bu hukuk ve edebiyat veya hukuk ve sinema olabilir. Böyle bir eğilim görüyorum, çok güzel dersler var bununla ilgili. Öğrencilerin daha fazla somut olayla adaletsizliğin nasıl bir şey olduğunu görebilmeleri mümkün oluyor. Meslek etiği dersleri olabilir. Mesela bizim fakültede zorunlu ders haline getirildi meslek etiği dersi. 4.sınıflar bu dersi görüyorlar. Ama tabii bu ders kurallara bağlı yapılacak ders değil. Etik bakış açısıyla temellendirilmiş bir ders olmalı. Birtakım kurallar, ilkeler veya Avukatlık Kanunu'ndaki maddelerle dolu olmamalı. Aksi durumda etiksiz meslek etiği oluyor. Hukuk kliniklerini de ekleyebilirim. Öğrenciler önyargıları, ayrımcılıkları ve

adaletsizliği yaratan meselelerin nasıl kendileriyle ilgili olduğunu, kendileri dışında olmadığını görüyorlar. Gözleri etikle açmak diye bir şey vardır ya bunu hukuk klinikleri çok başarılı bir şekilde yapabiliyor. Bugün tartışılır mı bilmiyorum ama hukuk eğitimi de bu başlık altında mutlaka tartışılmalı. Rahatsız olduğumuz, şikâyet ettiğimiz adaletsizliklerin temelinde hukuk eğitimi var. Hukuk öğrenimi yapılıyor daha çok. Eğitimde davranış ve tutum değişikliği, belirli yetilerle donatma ve onları geliştirme. Bunun üzerinde düşünmek gerekiyor diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Rona Aybay (Oturum Başkanı) - Uyarıya ihtiyaç kalmadan bitirdiniz.

Dr. Nazime Beysan (Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Var mıydı sürem?

Prof. Dr. Rona Aybay (Oturum Başkanı) - Bitmişti ama çok güzel anlatıyordunuz, kesmeye kıyamadım. Eğitimle ilgili şunu söyleyeyim. Benim üzerine tez yazdığım Robert Owen hem sosyalist hem de eğitim bilimin öncülerinden. O da, hep her şeyin başı sonu eğitimdir der. Yalnız onu eleştiren biri de diyor ki, eğiticiyi kim eğitecek? Çok teşekkür ediyoruz. Kıbrıs'tan sizi yorduk ama boşuna yormamışız. Çok güzel katkınız oldu. Teşekkürler. Sorular, yorumlar ve eleştiriler için zamanımız var. Şu anda önceki oturumdan kalan bir katkı için ilk sözü Doç. Dr. Sevtap Metin'e veriyorum. Sevtap Hanım yargıç eliyle hukuksuzluk üzerine bir açıklama eklemek istiyor.

Doç. Dr. Sevtap Metin (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Altan Hocam ortak bildiriği gayet güzel sundu ama bende birkaç şey söylemek istediğimi Oktay Hocaya söyleyince böyle bir fırsat doğdu. Çok da sabrınızı zorlamak istemiyorum. Radbruch formülü ile ilgili olarak birkaç noktaya dikkat çekmek istedim. Bir kere üstüne basarak vurgulamak istiyorum ki bu formül olağanüstü dönemlerin ardından yani olağanüstü hukuksuz dönemlerin ardından, bunlarla hukuk ve ceza yargısı yoluyla hesaplaşma amacıyla geliştirilmiş bir formül. O yüzden de bir maymuncuk değil. Olağan rejimlerde, olağan bir hukuk devletinde Radbruch formülüne başvurma gündeme gelen bir şey olmaz. Zaten bunu Radbruch'un kendisi de vurguluyor. Hukuk güvenliği ile ilgili sıkıntının; hukuki kesinlikle Radbruch formülünün geriliminin o da farkında. Bir diğer deyişle, pozitif hukuk ile pozitif üstü hukukun geriliminin farkında. Formülü için bu olağanüstü

rejimin tasfiyesinde Alman halkının bir kereye mahsus çılgınlığının bir uygulaması olur diyor. Nazi rejimi dönemi hukuk uygulamaları, hukuk felsefesi ve doğal hukuk-pozitif hukuk tartışmaları ayrıca hukuk metodolojisi açısından zengin örneklerle dolu. Mahkemelerin hukuku nasıl yorum yoluyla çarpıttıklarını, Nazi dönemi hukuk pratiklerinde görmek mümkün. Bunların ayrıntıları var ama burada zaman kısıtı nedeniyle girmek mümkün olmayacak.

Nazi döneminin bize Radbruch formülü ve onun bu olağanüstü rejimlerle ceza hukuku yoluyla hesaplaşma yöntemi olması dışında düşündüğü bir şey daha var. Niye Nazi dönemimde yargıçlar “teslim oldu.” Bu insanlık hukuk tarihinde Nazi dönemine özgü istisnai bir durum muydu, bir daha gerçekleşmez mi? Buna dikkat etmemizin de önünü açıyor Radbruch formülü. Weimar döneminin yani görece iyi bir hukuk devletinin nasıl Nazi döneminde bu hale geldiğini bunun her daim olabileceğini, buna uyanık olmamız gerektiğini gösteriyor bize. Yargıçlar önemli. Niye teslim oldular, direnmediler? Direnebilirler miydi? Radbruch bunun tartışmasını da yapar. Nürnberg’de yargılanan yargıçların duruşmalarındaki tutumlarını izlediğimizde; “pozitif hukuku uyguladık”, “yasa bunu emrediyordu”, “eğer biz bu kürsüyü işgal etmesek başkası işgal edecekti”, “biz, sizin kötü dediğiniz kararları daha büyük kötülükleri önlemek adına yaptık”, “yerimizde başka bir hâkim olsaydı daha insanlık dışı kararlar verecekti”, “ben bu kararı vermeseydim kendim ve ailem tehlikeye girecekti” gibi savunmalara ve ıztırar haline müracaat ettiklerini görürüz. Ama bunların hiçbiri geçerli savunmalar değildir. Radbruch’un sözü var: “Bir yargıcın mottosu, kendi yaşamı dâhil ne pahasına olursa olsun görevi adalete doğru yönelmektir”. Çünkü orası, insanların haksızlık rejimlerde sığınacağı son kale. Eğer yargıç bu görevini yapmazsa, bu baskıya direnme mecburen vatandaşlara düşecek bir şey haline gelir. Ama yargıçlar direnmediler, direnemediler. Bir haksızlık rejimi ve bir diktatörlük, bütün maddi hukuk düzenini birden değiştirmiyor. Yargıyı kullanarak kendisine hizmet ettirebiliyor ve yine yargıyı kullanarak bu haksızlık rejimini yaygınlaştırdığını görüyoruz. Bunun için de Nazi Almanya’sı örneğinde olduğu gibi; emeklilik yaşını düşürterek yargıçları görevden uzaklaştırma, Alman Yargıçlar Federasyonunun tasfiyesi ve Nasyonal Sosyalist Hukukçular Federasyonunun içinde eritilmesi, özel yetkili mahkemelerin kurulması türünden uygulamalar dikkat çekicidir. Bu bakımdan öğrenilecek ve bizi uyanık tutması gereken çok şey var Nazi döneminde.

Bir de 6.maddeye değinmek istiyorum Altan Hocamın bahsettiği AİHS’nin 6.maddesi. Bugün doğal hukuk ve pozitif hukukun 6.maddede

birleştigi bir şey var. Ne doğal hukuk eski doğal hukuk ne de hukuki pozitivizm eski klasik anlamda hukuki pozitivizm. Bizim bugün hukuk ile ahlakın ilişkisi ya da adalet deyince anladığımız temel insan hakları. Radbruch'un da söylediği aşırı adaletsizlik, niceliksel olarak tahammül edilemez noktaya ulaşmış adaletsizlik yani ağır insan hakları ihlalleri, yargıcı da sorumluluktan kurtaramayacak. Pozitif hukukun bu kararları vermesi gerektirdiğini söylemesi onu sorumluluktan kurtaramayacak. Günümüzde artık uluslararası yargı önünde. 2. madde pozitifleştirilmiştir. Geriye yürümezlik kuralı, en önemli ceza hukuku ilkesi. Bununla birlikte suçların cezaların geriye yürümezliği ve zamanaşımı kuralı, temel insan haklarının ağır ihlallerinde işlemiyor. Bunu Nürnberg'de doktrinden veya doğal hukuktan çıkarabiliydik, öyle de oldu. Ama bu artık AİHS'de pozitif hukuk olarak var, geçerli ve yürürlükte. Temel ağır insan hakları ihlallerinde hukukun ahlakla ilişkisinin kesilmesi düşüncesinde değilim. Ama örneğin YSK'nın saat dörtte aldığı kararda doğal hukukçu argümanları işlettiğini görüyoruz. Hukuki güvenliği, belirliliği ve öngörülebilirliği bu kadar ağır ihlal eden bir karar, pozitif hukukun aşılabileceğini düşünmüyorum. Adalet de hukuk güvenliği de son derece önemli ve denge içerisinde yürütülmesi gerekiyor. Bizim bugün adaletsizlikten anladığımız, temel aşırı inan hakları ihlalleridir. Bunları söylemek istedim.

Ayrıca bir şımarıklık yapacağım. Özür dilerim. Bugün hukuk felsefesi anabilim dalının konuşmalarına ayrıldığı için ben de sözlerimi bitirmeden evvel aramızdan geçici olarak ayrılan sevgili meslektaşlarım, bir an önce aramıza dönemlerini dört gözle beklediğimiz yol arkadaşlarımız Barkın Asal, Ertuğrul Uzun, Kasım Akbaş, İrem Akı ve Ceren Akçabay'a. Şu an aklıma gelmeyen arkadaşlarım hafızama ve yaşlılığıma versinler. Özür diliyorum. Hepsine selam ve sevgilerimi gönderiyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Rona Aybay (Oturum Başkanı) - Sayın Doç. Dr. Sevtap Metin'e çok teşekkür ediyoruz katkıları için. Şimdi soru ve katkı aşamasındayız. Şimdi bir avukat arkadaşımızdan soru kâğıdı geldi. Kenarında söz almak istemiyorum işareti vardı. Onu Gülriz hocaya ilettik. Yarın son oturumda sizin değindiğiniz konuya veya sorduğunuz soruya cevap verecekler. Ama söz almak istiyorsanız siz bilirsiniz. Kenarına işaret koyduğunuz için sizi kürsüye davet etmedik ama arzu ediyorsanız buyurun. Bu arada bir kıdemli avukat meslektaşımızın da sorusu var. Beni mutlu etti demek ki bu konular uygulamacı avukat arkadaşımızın ilgisini çekiyor. Dileriz bu ilgi diğer avukat arkadaşlarımıza yansır ve onları da burada görürüz.

Av. Elif Er (Avukat) - İsmim Elif Er. Öncelikle bu toplantıya kabul edildiğim için teşekkür ederim. Benim sorum cinsel suçlara ilişkin olarak Yargıtay'ın belirlediği kriter. Son yıllarda uygulama içerisinde maalesef benim de sanık müdafî olarak kullandığım bir kriter. O da şu ki, mağdurun namusunu ve iffetini ortaya koyacak şekilde başkasını iftira atmasını gerektirecek herhangi bir sebebin olup olmadığı, bu hayatın olağan akışına aykırı mı değil mi şeklinde bir kriter. Uygulamada sanık müdafî iseniz bu iyi bir tevsi-i tahkikat talebidir. Bunu talep edersiniz ardından heyet bu doğrultuda bir ara karar kurar. Kolluk da sanki görevli kişi imiş gibi araştırma yapar ve bunu tutanak altına alır. Ardından bu tutanak eğer aleyhe gelmiş ise mağdur açısından sanık müdafînin elini kuvvetlendirir bazen ise sanık açısından beraate gider. Aynı rıza kavramında olduğu gibi. Ya da keşif yapıldığında, olay yerine gidildiğinde mağdurun bağırma imkânı var mıydı, neden o zaman sessiz kaldı şeklinde sorulara muhatap olması gibi. Bu noktada hep düşünmüşümdür, sanki onların cinsel saldırıya rızaları baştan varmış gibi gösterilir. Bazen ücret konusunda anlaşamadılar diyerek savunmalar dahi yaparız. İddia ve savunma açısından bir tez ortaya çıkar ama benim gözlemlediğim hâkimler açısından maalesef ki mağdura o noktadan itibaren itibar edilmeyeceği noktada. Gülriz hocam ve diğer hocalarım bu konuda açıklamalar yaparken bunun bilgisel adaletsizlik ve ayrımcılığa yol açan ön yargı bağlamında ne olduğunu eski bir araştırma görevlisi, bir yıldır da avukat olarak merak ettim o yüzden sormak istedim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Rona Aybay (Oturum Başkanı) - Buyurun hocam

Prof. Dr. Gülriz Uygur (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Arkadaşımızın sorduğu soru çok güzel bir soru. Belirttiği şey en önemli bilgisel adaletsizlik örneklerinden birisidir. Güvenilir tanık olarak yargılamada yer almak için ne gerekmektedir? Namuslu iffetli olmak kavramını vurgulaması bakımından önemlidir yani burada işlenen suçla neyin ihlal edildiğinin görülmemesi problemi var. Kadınlar arasında da farklılıklar var. En güvenilir kadın kimdir, seks işçisidir. Hocamın sabah verdiği iffetli iffetsiz kararı hala var. Dolayısıyla bir seks işçisi kadının ifadesine güvenilirmez. Diğeri de ne yapacak iffetli ve namuslu olacak. Yargılamada tanık olarak güvenilirlik hiçbir şekilde gerçekliği olmayan bir varsayıma dayanarak ortaya konmaktadır. Harper Lee'nin *Bülbülü Öldürmek* romanında olduğu gibi. Dolayısıyla verilen bu örnek bilgisel

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

adaletsizliğin en başta geleni. Verdiğiniz örnek için teşekkür ederim. Hocam eğitimle ilgili bir soru vardı, cevaplayabilir miyim?

Prof. Dr. Rona Aybay (Oturum Başkanı) - Buyurun hocam

Prof. Dr. Gülriz Uygur (Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Yasemin hocam sordu. Eğer ki kadınların sayısı hukuk mesleğinde artarsa ne olur diye. Ben de tam da hukuk mesleğinde kadınlarla ilgili makale yazmıştım. Tam da yerine geldi. Şimdi mesela 2017 verilerini vermişim. 2017 de hâkimlerin %58.46'sı erkek iken kadın oranı %41.54. Savcılarda ise kadın oranı %9.23'e düşmektedir. Bir doktora öğrencisi arkadaşım vardı. 'Hukuk Mesleğinde Kadın' diye bir tez yazdı, kitap oldu. Hukukçularla görüştü. Çok güzel bir kitap oldu. Oradaki katılanlardan birisi şunu söylüyor. "Toplumsal cinsiyet eşitliği bakış açısını vermiyorsunuz – tam Nazime hocanın verdiği örnek gibi- sonra da şahane avukatlar, hâkimler bekliyorsunuz". Bu örneği insan haklarına ve etik farkındalığa uygularsak, bu bakış açılarının hukuk öğrencilerinde olmadığını görülmektedir. Dört yıllık eğitimi boyunca adalete ilişkin yeterli bilgi ve eğitim verilmeden öğrenciler yetiştiriyorsunuz ve sonra da adalete uygun davranan hâkimler, savcılar bekliyorsunuz. Burada problem çok derin. Hocanın belirttiği bu rollerin değişmesi mümkün olur mu? Orada katılanlardan birisinin söylediği şey kadınlar hukuk mesleğine girince erkekleştiği idi. Eteğinin boyundan nasıl konuşması gerektiğine kadar erkeklik standartlarına tabi oluyor. Kadınlık bakış açısını bilmiyor, mesleğe girince de erkeklik rollerine bürünüyor. Dolayısıyla bu bakış açısı altında nasıl bir farklılık belirleyebiliriz. Zor bir şey. Bir de şunu belirtmek istiyorum. Önyargı meselesini toplumsal cinsiyetle ilgili verdim ama bu bütün ayrımcılıklarla ilgili. Siyahîlerle, engellilerle, yaşlılarla, LGBTİ'lerle, çocuklarla ilgili, sosyal yönden statüsü farklı olanlarla ilgili. Bütün bunların hepsinde bilgisel adaletsizlikle karşılaşabiliriz. Erkeklerle ilgili olarak da erkekler arasında da farklılıklar var. Sadece kadınlar bakımından değil erkekler bakımından da güvenilir tanık kimdir meselesi var. Çünkü kabul edilebilir bir erkeklik standardı var. Ona uymayan erkekler var. Onlar da o güvenilir tanık olmuyor. Seks işçisi kadın, engelli kadın, yoksul kadın gibi kesişimsellik ilişkisi çerçevesinde ayrımcılığın farklı şekilde doğması var. Dolayısıyla problem karışık. Bütün bunları kapsar şekilde düşünmemiz lazım.

Prof. Dr. Rona Aybay (Oturum Başkanı) - Şimdi Necmi Yüzbaşıoğlu'nun bir katkısı olacak.

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Çok teşekkür ediyorum bu platformu yaratan, yaşatan Fazıl Sağlam ve Oktay Uygun'a. Bizi bir araya getiriyor ve güncel konuları tartışma fırsatı buluyoruz. Biraz Türkiye'ye bakalım. Muhtemelen 20-30 sene sonra tartışılacak ama bugün ne düşünüyoruz bunlar hakkında diye merak ediyorum. 12 Eylül dönemi aktörlerini Kenan Evren'leri yargıladık. 12 Eylül darbesini gerçekleştirenlerin cezai sorumluluğunu kaldıran anayasayı halkoylamasında %92 çoğunlukla kabul ettik. oyladık. 30 yıl sonra bu kişileri yargıladık, hapis cezaları verdik. Bu olanlar doğrudur demiyorum. Hukuk açısından bakıyorum sadece. 28 Şubat dedik. O dönemde mevcut anayasaya göre o dönemin MGK'sı -yetkili asker kişiler arada siviller de katıldı, 24 kişi zannediyorum geçenlerde müebbet hapis aldı- birtakım kararlar aldı. Bunları yargıladık. Daha yakın tarihte askerleri yargıladık. Ergenekon dedik, balyoz dedik, casusluk dedik. Bir süreç de böyle yürüdü. 2008-2014 yılları arasında. Burada da mağduriyetler oldu. Daha sonra 15 Temmuz oldu. PDY dedik. Bu davalar kumpas dedik. Ondan sonra da PDY diye bu yargıçları yargılıyoruz. İlginç bir süreç yok mu? Nürnberg mahkemelerini yıllar sonra burada tartışıyoruz. Ama önümüzde arka arkaya gelen çok ciddi şeyler var. 12 Eylül ve 28 Şubat ve olağanüstü dönem. Şimdi bunlar yargıç eliyle hukuksuzluk mudur? Hukuk felsefeci arkadaşlarım ne düşünürler? Pozitif hukuk nerede kalmıştır? Pozitif olmayan hukukun neresindedir? Suç ve cezaların geriye yürümezliği ne olmuştur bu süreçlerde? Radbruch formülüyle bunlar nasıl izah edilir? Bugünlerde bunları tartışmak aydınlatmak kolay değil. Ama eminim ki 20-30 sene sonra Türkiye'nin önünde ciddi sorunlar var hukuk ve adalet adına. Not düşmek istedim. Cevap alırsam mutlu olurum.

Prof. Dr. Rona Aybay (Oturum Başkanı) - Profesör Yüzbaşıoğlu'na çok teşekkürler.

Av. Engin Cinmen (Avukat) - Kusura bakmayın çok seferiyim bu dönemlerde. Onun için kravatsız çıkıyorum huzurlarınıza. Özür dilerim. Şimdi Bülbül'ü Öldürmek romanında bir Atticus vardı. Ben bu mesleğe Atticus'u örnek alarak başladım. Atticus olmasaydı öyle bir sonuç alınmayacaktı. Aman avukatları unutmayalım. Hukukun garantisidir avukatlar. Çok ciddi bir mücadele içindedir. Bunun için de çok şeyden vazgeçtiler. Cezaevinde o kadar avukat var ki oradan bir baro çıkar. Necmi hocamın bıraktığı yerden birkaç bir şey söyleyeyim. Yargıç eliyle

hukuksuzluk şudur. Yargıç eliyle kasten hukuksuzluk. Kasten. Bizim tarihimize baktığımızda bu kadar zenginliği belki Nürnberg’de bile bulamazsınız. Hepimizin bildiği olayları söylüyorum. Bilinmeyen çok fazla olay var. 12 Eylül’de Erdal Eren yaşı büyültülerek idam edildi. Yargıçların adı sanı belli. 2007’de başlayan oradan 15 Temmuz darbe girişimine kadar gelen – hala devam ediyor bu- çok ciddi yargıç eliyle hukuksuzluk yaşanıyor. Bunlarla ilgili herhangi bir soruşturma gördünüz mü? Bununla ilgili bizim hukukumuzda ne var? Görevi suiistimal var, görevi kötüye kullanma var. İki tane Ağır Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararını ben uygulamıyorum dedi. Çok net yani bu. Anayasanın 153. maddesi açık. Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı herkesi bağlar diyor. Nürnberg’e gideriz ama Türkiye’de çok ciddi suçlar var. Bunları çıkartmak akademiye düşüyor bence. Siyaset bunlara izin vermiyor. O dosyalar zabıtlar ortada. Hocalar bunları gündemlerine alır mı diye merak ediyorum. Bilgisel adaletsizlikle ilgili bir hususu söylemek istiyorum. Kadın cinayetleri özellikle. Kadın örgütleri o davaların peşine düşerlerse o davanın Atticus’u medyayı bir şekilde devreye sokarlarsa hiç de adaletsiz bir sonuca varılmıyor. Yargı o kadar zayıf ki, ya HSK’den korkuyor ya da medyadan korkuyor.

Prof. Dr. Rona Aybay (Oturum Başkanı) Şimdi araştırma görevlisi Serhat Özkan’ın iki sorusu var. Anladığım kadarıyla önce Gülriz Uygur’a sonra Nazime Beysan’a sorunuz var. Doğru mu? Buyurun.

Arş. Gör. Serhat ÖZKAN (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Değerli konuklar. Hepinizi sevgiyle selamlıyorum. Gülriz hoca cinsiyet eşitsizliği, Nahide Opuz kararı üzerinden bir sunum yaptı. Benim derdim daha çok bununla ilgili olacak. Toplumda süregelen bu eşitsizlik çok köklü ve yaygın. Doğu-batı, kuzey-güney hiç fark etmeksizin ataerki her yerde. Kadın-erkek ikiliği üzerine kurulu cinsiyetçi rejim o kadar köklü ki en ilerici-özgürlükçü, insan hakları hukukunu bilen insanların zihni, hayatı kavrayışı da bu siyah-beyaz ikilikler üzerinden oluyor. Bu kimlikleri, yani bence aslında kimliğin kendisini eleştirmeliyiz. Kadınlar hukuk yaşamına girdikleri zaman erkek gibi oluyorlar dersek erkeklerin saldırgan, rekabetçi, ağırbaşlı olduğunu kabullenmiş oluruz ki bu da geleneksel rolleri veri olarak kabul ettiğimiz anlamına geliyor. Bu ve bunun gibi hak ihlallerine neden olan şeylerle mücadele etmek için böyle sadece kapalı salon toplantıları değil, açık alanlarda kamusal alanda politik ve örgütlü mücadeleye katılmak gerekiyor. O zaman benim böyle bir sorunum var, bunu görün, duyun demiş

oluyoruz derdimize temas etmeyen insanlara. Mevcut durumdan çıkar sağlayan insanlar hak ihlallerini fark etmiyor. Türk olmak ve erkek olmak ezen bir kimlikten olmak mesela Kürt olmanın veya kadın olmanın ne olduğunu görmeyi güçleştiriyor. Üniversitede siz hocalar bizi bu kimliklerden, kültürel kodlardan sıyırmak bağımsız düşünce geliştirmemize yardımcı olmak zorundasınız. Bunun için Nazime hoca demişti ki klasik teknik hukuk eğitiminin yanında hukuk ve edebiyat hukuk ve sinema gibi dersler koyulmalı, hukukçunun entelektüel donanımını geliştiren, zihnini açan hukukun yan alanlarına ilişkin şeyler okutulmalı. Ama buna bu dönemde olanak yok. Kamu hukukunun paramparça olduğu, üniversiteleri sermayenin şekillendirdiği bir dönemde yaşıyoruz. Artık iş para kazanmaya, daha çok para kazanmaya, çok uluslu şirketlerde avukat olmaya döndü. Hukuk eğitimi de insana para kazandıracak bilgilerin aktarılması olarak görülüyor. Nazime hocaya sormak istiyorum. Özellikle özel üniversiteler toplumsal cinsiyet, heteroseksizm eleştirisi ve alternatif politikalar, hukuk ve edebiyat, hukuk ve sinema gibi dersleri nasıl açabilir? Gülriz hocama da şunu sormak istiyorum. Ataerkil düzenden erkekler her zaman çıkar mı sağlıyor, ataerki erkeklere de bedel ödetmiyor mu? Para kazanmak zorunda olmak, güçlü olmak ve askere gitmek zorunda olmak gibi yükümlülükler var. İktidar olmak sürekli iktidarda kalmayı da gerektiriyor. Evet, mesela erkeği kutsayan düzende başım, gözüm, böbreğim hasta diyebiliyoruz ama penisim hasta diyemiyoruz. Konuşulamayan bir iktidar olma ya da olamama iktidarsızlık meselesi var. Bu eril politikalara saldırmalıyız çünkü doğal bir temeli yok. Onun haricinde erkeği her an arzulayan, arzulaması gereken, cinselliğe her an ve her yerde hazır olması gereken varlık olarak sunmak isteyen o dediğiniz verili erkeklik tanımı değil mi? Erkekler arasında bir dünya farklılıklar var dendi. Hocam “farklılıklar“ var diyor ama “farklı” egemenin koyduğu bir sıfat. ‘Farklı olmak’ sıkıntılı bir kelime gibi geliyor bana.

Bir şey daha söyleyeceğim. Militarizm ve milliyetçilik de bu cinsiyetçilikle çok bağlantılı. Toplumun ordu aracılığıyla militarizasyonuna karşı da mücadele etmek gerekir. Bunu penisli bedenler üzerinden yapıyorlar. Ordu penisli bedenlere -erkeğe değil- içerisini kendisinin doldurduğu yapay bir erkekliği giydiriyor, o askeri bütünün içerisinde eritiyor, kişiliğini öldürüyor, aynılaştırıp tektipleştiriyor. Bunu da bir sürü uydurulmuş kahramanlık, savaş-dövüş masallarıyla yapıyor. Bu o modern siyasal ideolojilerden faşizmin özelliklerinde anlatılan şeye benziyor. Mesela son zamanlarda, iktidar partisi tekelindeki medyayla televizyon dizileriyle şiddet pompalıyor, erkekleri savaşçı özellikleriyle ön plana

çıkartıyor. Bence zorunlu askerliğin, asker millet-erkek millet mitinin kadına karşı şiddette etkisi var. Buna karşı vicdani ret mücadelesini yürütmek zorundayız. Militarizm eleştirisi önemli. Yani orduyu önemsedim için değil, ordu aracılığıyla bütün toplum militarize edildiği için. Sevtap Metin hoca çok güzel bir şey yaptı. Atılan barış akademisyenlerini andı. Ben de anacağım. Çünkü mezun olduğum yerden altı hocam atıldı. Kıvılcım Turanlı, Ertuğrul Uzun, Kasım Akbaş, Meral Gürbüz, İlker Gökhan Şen, Uğur Kara. Hepsinden ders almışlığım var. Onları da sevgiyle ve saygıyla anmış olayım. Söyleyeceklerim bunlar. Dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Prof. Dr. Rona Aybay (Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Çok teşekkürler. Soruları yönelttiğiniz hocalar yarınki genel değerlendirmede yanıt verecekler. Kartı veriyorum. Şimdi Kahan Onur Aslan adalet kavramının subjektifliği ile ilgili bir değerlendirme yapacak.

Arş. Gör. Kahan Onur Arslan (Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Kahan Onur Arslan. Pamukkale Üniversitesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı. Öncelikle kıymetli ve seviyeli bir akademik toplantıyı gerçekleştiren Oktay Uygun, Fazıl Sağlam ve Sultan Üzeltürk hocalarım başta olmak üzere katkı sağlayan herkese şükranlarımı bildirmek istiyorum. Değerli hocalarımız ve katılımcıları da saygıyla selamlıyorum. Üzerinde uzlaşılmamış bir kavram olduğu hususunda uzlaşmış adalet kavramı ile ilgili kendimce birkaç söz söylemek istedim. Sanırım çağın gençliğinin kronik ve bulaşıcı bir hastalığına ben de yakalandım. Çok iyimser olamıyorum.

Çok dillendiren bir varsayım vardı. Sabah Ülker hocanın tebliğinde de geçti bu varsayım. Biz iyi ve adil bir toplum istiyoruz. Burada bazı sorular geldi aklıma. Dwrokin'in örneğinde olduğu gibi, istiridye kabukları haset testini geçinceye kadar tekrar dağıtılacaksa eğer, bence bu yeniden dağıtma sonsuza kadar sürecek gibi geliyor. Burada kimilerine göre realist kimilerine göre pesimist bir yaklaşıma sahibim. İnsanlar gerçekten iyi ve adil bir toplum istiyorlar mı? Yöneten gerçekten iyi ve adil bir toplum istiyor mu? İnsan kim? Bu soruyu Yasemin hoca sormuştu Kuçaradi hocaya. Yöneten kim? Demos mu, populus mu başka bir şey mi? Mesela şöyle bir örnekle somutlaştırmaya çalışayım. Ben her şeyin en iyisini en fazlasını hak ediyorsam yani bunu hak ettiğimi düşünüyorsam bence adil olan her şeyin en iyisine ve en fazlasına hâkim olmam diye düşünüyorum. Bunun için haset testini geçmek gibi bir derdim zaten yok benim. İnsanların büyük bir

çoğunluğunun benim gibi düşünmesi durumunda, ki ben öyle olduğunu düşünüyorum, insanların sahip olduklarına bakmadan sadece taleplerine odaklanmak gibi bir sonuç ortaya çıkıyor. Sahip oldukları derken, nicel anlamda sahip oldukları değil, nitel anlamda sahip olduklarını kastettiğimi belirteyim. Bu herkesin talebine odaklanması sonucu her birey bakımından taleplerin karşılandığı çoğa ve iyiye sahip oldukları sürece adil bir sonuç olduğu, iyi bir sonuç çıktığı noktasında yine bir sonuca ulaşıyor. Bireyin adalet anlayışı, toplumun adalet anlayışı, uluslar arası toplumun adalet anlayışı, otoriter-totaliter-despotik iktidarların adalet anlayışları, hepsi ama hepsi aslında uygun. Ama hangi adalete uygun? Herkesin kendi kafasındaki adalete uygun. Asıl söyleyeceklerimin özet cümlesi bu olabilir: Adalet objektif değil oldukça subjektif bir kavram.

Kısaca şöyle tamamlayayım. Toplumsal adalet bireysel bakımdan sanki milyon kez mutasyona uğramış adalet anlayışı üzerine kurulmaya çalışılan, dolayısıyla ulaşılabilirlik ihtimali neredeyse sıfır olan bir ütöpik düşünce gibi geliyor bana. Ortaya bir soru sorup sözlerimi sonlandırmak istiyorum. Tanımlanamayan bir şey sağlanabilir mi? Teşekkür ederim dinlediğiniz için.

Prof. Dr. Rona Aybay (Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Değerli meslektaşlar, benim elimde şu an herhangi bir istem içeren kart yok. Söz almak isteyen varsa lütfen. Söz mü almak istiyorsunuz, lütfen buyurun.

Dr. Veysel Dinler (Hitit Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi) - Veysel Dinler. Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi bölümü. Değerli katılımcılar; hepinize iyi günler. Ben önce Yeditepe Üniversitesi'ne, Oktay hocama ve Sultan hocama teşekkür ile başlamak istiyorum. Kamu Hukukçuları Platformu (KHP) toplantılarının çok yararlı olduğunu düşünüyorum.

Durali'nin Adaleti

Dworkin ve Rawls'un beyin yakan örneklerinden daha gerçekçi bir örnekten söz etmek istiyorum. Bir hikâye ile başlayacağım. Yıllar önce komiser muaviniyken bir karakolda çalışıyorum. Bir yazıcım vardı, Durali. Durali'nin dağıtıcı adaletinden söz edeceğim. Karakola müşteki olarak gelenler Durali'nin yazmanlığında gerekli şikâyette bulunduktan sonra müteşekkir olurlar ve bir poşet ceviz bırakırlar. Karakoldan çıkarken nöbetçi polis memuruna “Bir poşet ceviz bıraktık afiyetle yiyin” derler. Nöbetçi bir bekliyor ceviz gelecek, iki bekliyor ceviz gelecek, cevizler gelmeyince içerideki memurlara sorar durumu. Memurlar anlarlar ki, karakoldan

çıkanlar Durali'ye ceviz vermiş ve bunun üzerine Durali'ye giderler. Durali ilk başta ceviz olmadığını söyler ama fazla da direnemez. Durali cevizleri sakladığı dolaptan çıkarmak zorunda kalır. Sonra der ki:

— Ama baştan söyleyeyim. Bu haram bir ceviz.

Memurlar hep birden

— Yok, biz haramdan anlamayız, ceviz istiyoruz, yiyeceğiz.

Sonra Durali çıkartır cevizleri ve sorar:

— Peki, Allah'ın adaleti ile mi dağıtmamı istersiniz, yoksa Durali'nin adaletine mi güvenirsiniz?

— Sen üçkağıtçı adamın tekisin, tabi ki Allah'ın adaleti ile dağıt, senin adaletine neden güvenelim!

Durali sonra polis memurlarını diziyor karşısına ikişer üçer ceviz verdikten, bazısına hiç ceviz vermeden tüm poşeti kendisi alır.

— Durali bu ne biçim adalet? Allah'ın adaleti böyle mi olur?

Durali de der ki;

— Senin evin, araban var. Senin yazlığın var, ama benim hiçbir şeyim yok. Allah'ın adaleti böyle. Siz bana baştan güvenseydiniz ben teker teker sayar, dağıtırdım.

Dağıtıcı adaletle ilgili iyi bir örnek oldu sanırım.

Sanık haklarının yararı

Durali ile ilgili başka bir hikâye daha var. Eski ceza muhakemesi kanunu dönemi. 1992 yılı değişiklikleri ve polislerin “Kahrolsun insan hakları!” diye slogan attığı bir dönem. CMUK'ta sanık haklarını düzenleyen maddelerde değişiklik olmuştu. Ben de sanık haklarını düzenleyen 135. maddeyi bilgisayardan çıkardım ve Durali'ye dedim ki:

— Bunu lütfen çerçeveletip duvara as ki; ifade verecek olan şüpheliler haklarını görsünler.

Durali kâğıda baktı ve “Ben bunu asmam” dedi.

— Niçin asmazsın Durali?

— Ya yakınlarına haber verirse?

— Zaten yakınlarına haber vermiyor musunuz?

— Veriyoruz da neyse o önemli değil. Ama ya avukat çağırırsa?

— Avukat çağırırsa çağırırın, sanki senin cebinden mi ödeniyor?

— Doğru, ama ya susma hakkını kullanırsa!

— Bak Durali, ortalama kaç dakikada ifade alıyorsun?

— 25-30 dakika.

— Ya susma hakkını kullanırsa?

- 5 dakikada kimlik tespiti biter aşağı yukarı.
- Peki bu senin kârına mı, zararına mı?
- Kârıma, öyle ya...

Kuralları ancak yararımıza olduğunda uyguluyoruz. Adalet talebimiz de böyle bir şey.

Geçtiğimiz dönem vermiş olduğum insan hakları dersinde son derste öğrenci arkadaşlara, İnsan Hakları dersinden ne öğrendiklerini tek tek sordum. Gelen cevaplar genelde “Hiçbir koşulda işkence yapılmaması gerektiğini öğrendim, eskiden ölüm cezasına sıcak bakıyordum ama artık ölüm cezasına karşıyım” şeklinde oldu. Birkaç yıldır daha çok insan hakları odaklı çalışıyorum. İnsan haklarının kuramsal yönünü uzun uzun anlatmaya hem fırsat olmuyor hem de sıkılıyorlar. Daha pratiğe dönük anlatım işe yarıyor diye düşünüyorum. Hukuk felsefesi ve etik eğitimi konusunda da aynı durum geçerli olabilir.

Son bir soru sorarak ayrılmak istiyorum. Hepimiz giderek otoriterleşen, despotikleşen yönetimden rahatsızız. Özellikle de Nazi Almanya’sını örnek göstererek bu rahatsızlığımızı dile getiriyoruz ama despotik rejimler asgari bir adalet gereksinimi duymaz mı? Yani toplumun öyle veya böyle baskı altında sürdürülebilmesi adına asgari bir adalet ve demokrasi veya asgari bir bilim-hukuk ihtiyacı yok mudur diye tüm hocalarıma soruyorum.

Hepinize iyi akşamlar.

Prof. Dr. Rona Aybay (Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Efendim günü komiser Duralı’nın Veysel Dinler arkadaşımız aracılığıyla bize ulaşan adalet konusundaki derin fikirlerinden istifade ederek kapatıyoruz. Başka söz almak isteyen yoksa kapatıyoruz. İyi akşamlar.

Hukukun Üstünlüğü İlkesi
Bildirilerin Sunumu

Oturum Başkanı
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu, Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği

Bildiri
Dr. İlker Gökhan Şen

Bildiri
Dr.Öğr. Üyesi Erkan Duymaz, İstanbul Üniversitesi SBF

HUKUK VE ÜSTÜNLÜĞÜ: TARİHİ İZLER VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK IŞIĞINDA BİR KAVRAMSAL ÇERÇEVE DENEMESİ

Dr. Iur. İlker Gökhan Şen

Giriş

Siyasi iktidar ile bireyin karşı karşıya geldiği noktada en fazla dile getirilen kavram “hukuk” olsa gerek. Hukukun üstünlüğü düşüncesi devlet iktidarının sahip olduğu örgütlü ve sınırsız gücün hukuk yoluyla sınırlandırılması fikri ile birlikte gelişmiştir. Bu nedenle hukukun üstünlüğü kavramının gelişim sürecini modern devletteki demokrasi, insan hakları ve özgürlük mücadelelerinden ayrı düşünmek zordur.

Hukukun üstünlüğü terimi İngiliz hukuk terminolojisindeki en yaygın kullanımı ile *Rule of Law* kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır. Aslında “*Rule of Law*” kavramı “hukukun hükümlerliliği şeklinde de çevrilebilir. Ayrıca Türkçe’deki ifadenin tam karşılığı olan *Supremacy of Law* (Hukukun Üstünlüğü) ile *Reign of Law* ile birlikte eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. İngilizcede “*rule of law*” ifadesi yerine “*legal state*” kavramı da kullanılıyor.¹ Türkçe’de de aynı bağlamda -ve çoklukla aralarındaki farkın ne olduğu konusunda açık bir ayırım olmaksızın “hukukun üstünlüğü” ve -“hukuk devleti” kavramı da kullanılmaktadır. Bu sadece bir çeviri veya kavram tercihi olmayıp Anglo-Amerikan ve Kara Avrupası hukuk sistemlerindeki farklılıklara da işaret etmektedir. Bu sunumun temel amacı bu farklılıkları da dikkate alarak hukukun üstünlüğü kavramını analitik bir yaklaşımla incelemektir.

1. Hukuk ve Siyasi İktidar

Siyasi iktidar ile hukuk arasındaki ilişki ikili bir karaktere sahiptir. Hukuk siyasal iktidarı meşrulaştırmaya yarayan bir araç olmasının yanında aynı zamanda meşruluğun bizzat bir nesnesi haline de gelebilmektedir. İlk olarak, ve aslında en önemlisi, hukuki açıdan bakıldığında siyasi iktidarın meşruluğu, iktidarın hukuk kurallarına uygun bir şekilde elde edilip edilmediği sorusuna bağlı olarak şekillenir. (*de jure/de facto*) Bu durumda, siyasal iktidarın eylemlerinin “hukuka uygun” olduğu ya da iktidarın hukuktan kaynaklandığına dair iddiası meşruluğunun ilk koşulu olarak ortaya çıkar.² İkinci, mesele, yasa koyucuların tercihlerinin maddi olarak

¹ Berman, (1991) s.44-46.

² Beetham, (1991), s.4.

meşru olup olmadığı meselesidir. Kısaca siyasi iktidarın oluşumu ve işleyişinde hukuk ve meşruluk karşılıklı olarak etkileşim halinde olan iki unsurdur.

Sosyolojik açıdan bakıldığında, siyasi iktidarın meşruluğu, devlet idaresinin gerçekleştirilmesi amacıyla “gerçekleştirilen kuralların yasalara uygun olması ve bu kurallar altında otoriteye sahip olanların emir verme hakkının bulunduğu dair var olan bir inanca dayanır.”³ Öte yandan, yasallık ve meşruluk arasındaki ilişki de normatif bir bakış açısıyla da ele alınabilir. “Siyasi iktidarın hukuk çerçevesinde ele geçirilmesi ve/veya kullanılması insanların fikirlerinden bağımsız bir olgudur: bunun hukuk kurallarına uygunluğunun tespit edilmesi gerekir.”⁴

Hobbes ise Leviathan'da siyaset ve hukuku bir tür araç olarak görür. O da (devletin) kendi kendini korumasıdır. Hobbes'a göre hukuk (kanun?) emirlerden meydana gelen bir olgudur. Pfordten'in aktardığına göre Austin, pozitivist hukuk tanımını yaparken Hobbes'dan esinlenmiştir. Kelsen'le birlikte en sistematik ifadesini bulan pozitivist hukuk anlayışının temel unsurlarından birisi olan “yaptırım” unsuru, Austin ve daha sonra da 19. ve 20. yüzyıl başları Alman hukukçuları tarafından geliştirilmiştir.⁵ Bu tanımlardaki temel özellik, hukukun herhangi bir amaca yönelmemiş olmasıdır. Hukukçu da herhangi bir amaçla ilgilenmez, sadece hukuk adı verilen makinenin işleyiş kurallarını tespit eder ve bu kurallara göre işleyip işlemediğini gözlemler.

Bu soru aslında bir başka soruyu beraberinde getirmektedir: Acaba “hukuk” teriminden ne anlamalıyız? Bu soru pozitivistlerle doğal hukuk yaklaşımını benimseyen düşünürler arasındaki ezeli tartışmanın temel konusunu teşkil etmektedir. Acaba hukuk pozitivistlerin ileri sürdüğü gibi, kendisinden daha yüksek olan bir norma uygun bir şekil ve usule uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan kurallar bütünü müdür?; yoksa doğal hukukçuların ileri sürdüğü gibi yazısız kurallar, teamüller veya anayasa üstü değerler hukukun bir parçasını oluşturmakta mıdır? Bu tartışmanın daha çok doktrin düzeyinde olup her iki tarafta yer alan karşıt görüşlerin pratik anlamda nihai ve kesin bir reçete sunmadığını da belirtmek gerekir. Öte yandan bu tartışmalara kısaca bir göz atmak, meşruluk ve hukukilik

³ Weber, (1978), s. 215.

⁴ Beetham, (1991), s. 12.

⁵ “Thomas Hobbes, Leviathan (1991), chap. 17, 1. Cambridge University Press, Cambridge.” Aktaran: Pfordten 2014, s.17 Örneğin Jhering hukuku “devlet tarafından geçerli olarak gerçekleştirilen zorlama” olarak tanımlar. “Rudolf v. Jhering, *Der Zweck im Recht* (3rd ed. 1893), vol. 1, at 320.” Aktaran: Pfordten (2014), s.17

arasındaki ilişkinin anlaşılmasında yardımcı olabilir. Bu soruyu iki farklı, ama birbiriyle bağlantılı perspektifle ele alabiliriz. Bunlardan ilki hukuk ve ahlak arasındaki ilişkidir. İkinci olarak ise hukuk devleti (*rechtsstaat*) ve hukukun üstünlüğü (*rule of law*) olarak çevrilebilecek iki kavramın karşılaştırmasıdır.

2. Hukuk ve Ahlak İlişkisi

Hukuk ve üstünlüğü başlığı kapsamında öncelikle sormamız gereken “hukuk nedir?” ya da “ne olmalıdır?” sorusu “ahlak ve hukuk” ilişkisine işaret eder. Bu çerçevede *de jure* ve *de facto* siyasi iktidar dikotomisini çözdükten sonra; iktidarın *de jure* olması halinde de iktidar tarafından üretilen “iyi ve eşitlikçi hukuk kuralları nedir?” sorusunun yanıtını aramak gerekir.

Hukuk teorisindeki meşruiyet hakkındaki tartışmaların konusunu teşkil eden sorun ve önermeler, büyük ölçüde, hukuk normlarının geçerliliğine ilişkin doğal hukuk ve pozitivist yaklaşım çerçevesinde şekillenmiştir. Bu tartışma ahlak ve adalet kavramlarıyla da yakından ilgilidir. Bu açıdan, doğal hukukçulara göre, hukuk normları kimi yüksek ahlak ve/veya adalet standartlarını karşıladıkları ölçüde geçerlidir. Diğer yandan pozitivistler, ahlakı, hukukun kapsamı dışında bir hukuk-ötesi bir kavram olarak görürler.⁶

Doğal hukukçulara göre hukuk zaten doğanın içkin bir parçasıdır ve en temel tanımıyla yasa yapım faaliyeti, bir normun doğadan çıkarım yapılmak suretiyle yürürlüğe konmasıdır. Aquinum’lu Thomas’a göre, kanun yapımı “mantığın vaz’ edilmesi”dir (*ordinance of reason*), yani hukukun kaynağı insan aklıdır. Doğal hukuk teorisi için önemli olan, hukuk normlarının geçerli olabilmesi için kimi ahlaki standartlara uygun olmasının gerektiğidir. Aquinum’lu Thomas bu çerçevede bir hukuk normunun insan aklına-mantığına aykırı bir içeriğin olması durumunda yetkili devlet organları tarafından çıkarılmış olsa bile geçersiz olduğu görüşünü savunmuştur.⁷ Bu görüş çerçevesinde hukukun üstünlüğü ideal olarak insan doğasından kaynaklanır ve insan da doğası gereği adaleti arar.⁸ Plato ve Aristo’ya göre de siyaset ve hukukun amacı iyiye(adalet) yönelmektir. Aristo toplumun ortaklaşa çıkarımını temel amaç olarak belirlemiştir.⁹ Keyfiliğin önlenmesi ile tamamen insana ait bir durum olan adalet beklentisi aslında *rechtsstaat* ile

⁶ Beaud, (1997), s.132; Dyzenhaus, (1997), s.6-7; Marmor, (2002) s.102-124.

⁷ Murphy, (2007), s. 38-45.

⁸ Sellers (2014), s.4.

⁹ Pfordten (2014), s.18.

rule of law'ın bulunduğu ortak paydalardan birisini teşkil eder. Hukuk devletinin amacı “özgürlük” olarak da adlandırılan aşkın bir toplumsal değere bağlılığı içerir. Çünkü burada devlet iktidarını kimi kişi veya çıkar gruplarının ele geçirmesi engellenecektir.¹⁰

Doğal hukukçuların aksine, Kelsen, Austin, Hart ve Raz, gibi pozitivist kuramcılar; hukuk kurallarının ahlaki değerlere uyup uymaması meselesini bir kenara bırakırlar. Bu düşünürlere göre, hukuk sosyal bir olgudur ve hukukun varlığıyla onun maddi içeriğinin ahlaki değerler açısından saygı duyulmasının gerekip gerekmediği ayrı ayrı ele alınması gereken iki konudur. Bu şekilde, Austin'e göre, “Yasanın varlığını tespit etmek ayrıdır; onun iyi veya kötü olduğunu söylemek ayrı bir şeydir.”¹¹ Kelsen'e göre, hukuki ve ahlaki normlar iki ayrı araştırma alanına aittir.¹² Pozitivizm betimsel bir yaklaşımı benimsemekte ve tek amacı hukukun ve hukuk düzenlerinin nasıl işlediğini anlamaktır.¹³

Bu noktada “adalet” olgusu da akla gelmektedir. Kelsen'e göre adalet, kanunların içeriğine ilişkin herhangi bir değer yargısında bulunmaksızın pozitif hukukun eksiksiz ve düzgün (*conscientious*) bir şekilde uygulanmasından ibarettir.¹⁴ Burada karşılaştığımız temel soru da siyasi iktidarın mevcut hukuk kurallarına uygun bir şekilde faaliyet göstermesinin meşru olarak tanımlanması için yeterli olup olmadığıdır.

Bu betimleyici yaklaşımı ve “ayrılabilirlik tezi”ni destekleyen, pozitivistlerin görüşlerinde ortak olan şey, yasal normların ahlaki değerlere uymak zorunda olmaması ve hukukun “tamamen ahlaki kavramlardan arındırılmış” olması gerektiğidir. Ayrıca, yasal normların ahlaki değerlere uyması gerekmemektedir ve ahlaki değerler de zorunlu olarak yasal normları oluşturmaz.¹⁵

Ancak bu şekilde ahlakın hukuktan dışlanması, pozitivistlerin bir tür ahlaki nihilizmini savunduğu şekilde düşünülmemelidir. Başka bir deyişle, pozitivistlerin hukuka ahlak perspektifi dışından yaklaşımları, onların ahlaka aykırı bir hukuk sistemini (örneğin, *apartheid rejimi*) ahlaksız bir kanunu veya hukuki sistemi destekleme ya da görmezden geldiği anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda Kelsen, saf hukuk teorisinin hukuk

¹⁰ Sellers (2014), p.6.

¹¹ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* [1832], Wilfrid E. Rumble ed., (Cambridge University Press, 1995) s.157.

¹² Kelsen, ([1967] 2002) s. 59-69; Kelsen, 1999, s. 5.

¹³ Himma, (2002), s. 126; Kelsen, [1967]2002, s. 68.

¹⁴ Kelsen, (1999) , s. 14

¹⁵ Himma, (2002), s. 136.

normlarının “adil” olması gerektiği fikrini reddetmediğinin altını çizmektedir. Ancak yazara göre bir kanunun ahlâki açıdan incelenmesine çalışmak “ideolojik” olma riskini taşıyacaktır.¹⁶ Hart, bir adım daha ileri giderek bir hukuk sisteminin ahlak kuralları ya da adaletin temel ilkeleriyle bir seviyeye kadar uyumlu olması gerektiğini ya da bir hukuk kuralına uyulması için ahlaki bir zorunluluk olduğu yönünde toplumda yaygın olan bir inancın bulunmasının gerektiğini kabul eder.¹⁷ Kısacası, çağdaş pozitivistler, hukukun değerlendirilmesinde yasaların bazı ahlaki standartlara uygun olması gerektiği fikrini reddetmezler. Ancak doğal hukuk yaklaşımını savunanlardan ayrıldıkları nokta, ahlaki hukukun geçerliliği için bir koşul olarak görmemeleridir.¹⁸

Çağdaş pozitivistlerin ahlak ve adaletin hukuktaki yeri ile ilgili tartışmalarında, Hart ile sırasıyla Fuller ve Dworkin arasındaki anayasal yoruma ilişkin tartışmalara da kulak vermek gerekir. Hart'ın pozitivist yaklaşımına göre hukuk kuralları bir “çekirdek” (*core*) ve bir de çekirdeğin etrafını çevreleyen bir dış hale (*penumbra*)’den oluşmaktadır. Hukukun özü kesin ve “belirli” dir. Buna karşın hale kısmı belirsiz ve müphemdir(muğlaktır). Kimi yasalar, çekirdeğin belirginliği sayesinde başkaca bir akıl yürütmeye gerek kalmaksızın otomatik olarak uygulanır. Böylece ahlaki argümanlara yer kalmaz. Çekirdeğin aksine hale kısmında belirsizlik vardır. Bu durumda, yargıçlar, hukuk alanını terk ederek kendi öznel değerleri olan ahlak kurallarına başvurmak zorunda kalırlar. Dworkin, bu görüşü, yargıçların yasaları yorumlayacağı her durumda, her zaman bir "doğru cevabın" 'zaten yasalarda içkin olduğunu' iddia ederek karşı çıkmaktadır. (Aslında burada amaçsal yorum ve sistematik yorum arasındaki farklılığa dikkat çekmek gerekir) Dworkin Hart'ın aksine kimi “zor davaların” çözümü “hukuk ilkelerine dayanan” yargı kararlarında bulunmaktadır.¹⁹

Fuller ise belirli işlemlerin hukuk kuralı olarak kabul edilebilmesi için kimi koşulları sağlaması gerektiğini ileri sürmüştür.²⁰ Buna göre bir işlemin hukuk kuralı sayılabilmesi için;

1. Her şeyden önce bir “kural” içermeli

¹⁶Kelsen, ([1967]2002), s. 106.

¹⁷ Leslie Green, “Legal Positivism”, 2003, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/#3>, Erişim tarihi 15.10.2018.

¹⁸Kelsen, [1967]2002, s. 68; Dyzenhaus, (1997), s. 10.

¹⁹ Bu tartışmanın bir özeti için: Dyzenhaus, (1997), s. 10.

²⁰ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, [(1964)1969], ss. 33-39

2. Kamunun bilgisine açık olmalı
3. Geleceğe yönelik olmalı
4. Anlaşılır olmalı
5. İç tutarlılığa sahip olmalı
6. Uygulanması mümkün olmalı
7. Vatandaşların davranışlarını belirleyebilmeleri için yeteri derece istikrarlı olmalı
8. Şart ve içerikleriyle uyumlu bir şekilde yürütülmeli.

Hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiyi algılamalarına göre, hukuki pozitivistler, “kapsayıcı” ve “dışlayıcı” olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Dışlayıcı pozitivistler, hukukun ahlaki değerlere asgari düzeyde bile bir gönderme yapılmasına yol açmadan tanımlanması ve anlaşılması gerektiğini düşünmektedir. Bu yaklaşıma göre, 'hukukun (herhangi bir) ahlaki düzeni tarafından gerekçelendirilmesi" nin hiçbir anlamı yoktur.²¹ Bu bağlamda Kelsen meşruiyet kavramını salt bir yasallıkla sınırlamaktadır. Kelsen'in “meşruiyet ilkesine” göre, hukuki normların meşruluğu, anayasada öngörülen kurallara uygun olarak-ya da daha genel anlamda-“hukuk düzeninin” belirlediği kurallara göre oluşturulmalarına dayanır. Kelsen'e göre hukuk düzeni bir anayasanın bir grup normun 'birliğini' oluşturduğu bu yasal düzende; bir hukuk normunun geçerliliği, kendisinden “daha yüksek” olan hukuk normuna uygunluğuna göre ölçülür.²² Kelsen'in burada en yüksek norm olarak, "temel norm" olgusuna da dikkat çekmek gerekir. Temel norm aynı hukuk düzenine tabi olan tüm normların geçerliliğini sağlayan ortak kaynaktır.

Benzer bir şekilde, örneğin anayasa değişiklikleri yalnızca anayasada belirtilen kurallara göre yapıldığı ölçüde meşrudur. Bu tür meşruluğun karşısında ise (Kelsen'e göre) devrimler vardır. Devrimler şiddet içerebileceği gibi barışçıl yolla da olabilir. Ancak her iki durumda da Kelsenci açıdan devrimler, anayasanın değiştirilmesinde gayrı-meşru yöntemlerdir.²³

Bu tespit Fransızların asli kurucu iktidarın hukuki olmadığına dair doktrin görüşüyle paraleldir. Genel tanımıyla kurucu iktidar, ‘anayasayı yapma ve değiştirme iktidarındır.’²⁴Asli kurucu iktidar, yeni bir anayasayı

²¹Kelsen,([1967]2002), s. 68; Marmor, (2002), s.105.

²² Kelsen, ([1967]2002), s. 195.

²³ Kelsen, ([1967]2002), s. 209.

²⁴Gözler, (1998), s.10-11.

yapan iktidar iken, tali kurucu iktidar mevcut anayasada o anayasanın ön gördüğü usuller uyarınca değişiklikler yapma iktidarı olarak tanımlanabilir. Bir toplumda sil baştan yeni bir anayasanın yapılması; darbeler, devrimler, savaşlar, kimi ülkelerin dağılması kimi ülkelerin ise bağımsızlıklarına kavuşması gibi, dünya haritasında ve siyasi yapılarda köklü değişikliklerin meydana geldiği, çalkantılı dönemlerde gündeme gelir.²⁵ Bu nedenle adı geçen süreçte kurucu iktidarlar herhangi bir hukuk kuralı ile bağlı olmayıp fiili bir durum yaratırlar.

Bunun karşısında kapsayıcı pozitivistler, mevcut yasal normları ahlaki gerekçelerle eleştirmekten kaçınmazlar. Bu yaklaşım doğal hukuk anlayışına biraz daha yakındır. Buna göre bir hukukun meşruluğu ayrı bir şey geçerli olup olmaması ayrı bir şeydir. Bu çerçevede meşru hukuk ahlaki açıdan düzgün bir içeriğe sahip olan hukuktur.

Kısaca kapsayıcı pozitivistlerin gözünden doğal hukuk anlayışının belirsizliği karşısında şu söylenebilir: Hukuk mutlaka herhangi bir etik veya ahlaki amaca yönelmek zorunda değildir. Ancak toplumsal bir olgu olarak kabul edebilmek için "hukuk" olarak adlandırılan kimi devlet işlemlerinin adaleti sağlamak zorunda olması gerekir.

3. Rechtstaat/ Rule of Law

Hukuk(kanun)'un devlet iktidarını meşrulaştırılmasındaki rolüyle ilgili tartışmalar Anglo-Amerikan "rule of law" kavramı ile Kıta Avrupa'sı "Rechtsstaat-Etat de droit" karşılığında gelişen kavramsal tartışmalar ile iç içe geçmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bu ikili ayırım tarihsel bir olgudur. Bugün gelinen noktada iki kavram (eş anlamda olmasa da) birbirine yakın anlamlar çerçevesinde kullanılmaktadır. "Bugünün *Rechtsstaat*'ı anayasal demokrasi ile birbirinden ayrılmaz bir şekilde iç içe geçmiştir."²⁶

3.1.Dicey'in Tanımı

Dicey'in kavramsallaştırdığı hukukun üstünlüğü, en üstün yasa yapıcı organ tarafından bile (İngiltere özelinde parlamentonun üstünlüğü ilkesinin sonucunda parlamento çoğunluğu) kimi temel adalet ilkesine aykırı kararlar alınamamasıdır. Dicey, bu ilkelerin maddi (somut) içeriğinin İngiliz hukuk ve siyasal kültüründe yüzyıllar boyunca çok sağlam temeller üzerinde yükseldiği için görelilik iddiasına yer bırakmayacağını belirtmektedir. Bu

²⁵Gözler, (1999), s.16-17.

²⁶ Rosenfeld, (2001), s.1328.

durum, yazısız İngiliz Anayasasının evrimsel gelişimi ve her bir davada bir temel taşı gibi ilkelerin eklemlendiği içtihat hukuku sayesinde gerçekleşmiştir. Bu anlamda, İngiltere'deki devlet iktidarının sınırlandırılması, her bir kurala (ve duruma) ilişkin temel esasların mahkeme kararları tarafından belirlendiği “tüme varım” yöntemiyle gerçekleşmiştir. Bunun karşısında, Kıta Avrupası'nın “tündengelim” yöntemiyle temel hak ve özgürlüklerin belirtilmesi, bir takım belirsizliklere yol açar ve siyasi iktidarın kötüye kullanılmasına yol açabilir.²⁷

Dicey'e göre, *Rule of Law*, adaletin bazı temel ilkelerinin en yüksek yasa koyucu otorite tarafından bile ihlal edilememesidir. Bu ilkeler somut ifadelerini Magna Carta, Haklar Bildirgesi (*Petition of Rights*), İnsan Hakları Bildirgesi (*Bill of Rights*) ve *Habeas Corpus Act* belgeleri ile tarih boyunca gelişim ve evrimi sürdüren gelenek hukukunun bileşimi olan yazısız İngiliz Anayasası'nda bulur. İngiltere'de parlamento, en üstün siyasi otorite konumundadır. Yasaların kaynağı olan parlamento, aynı zamanda yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen organdır. Bu özelliği her ne kadar İngiliz parlamentosun sınırsız bir iktidara sahip olduğu düşüncesini doğursa da, “adaletin temel ilkeleri” siyasi otoritenin kesinlikle ihlal etmesinin düşünülmediği alanlar olarak toplumda oybirliği ile kabul edilmiştir. Adil yargılanma hakkı, kanun önünde eşitlik, yaşama hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, toplanma ve ifade özgürlüğü gibi özgürlükler, bu anlayış sonucunda ortaya çıkan ve devletin en yüksek otoritesinin dahi dokunamayacağı hak ve özgürlüklere örnek gösterilebilir. Sonuçta yüzyılların getirdiği gelenek ve birikim İngiliz hukuk sisteminde yasama organının müdahale edemeyeceği alanları-başka bir deyişle-iktidarın anayasal sınırlarını şüpheye yer vermeyecek bir şekilde oluşturmuştur.²⁸

3.2.ABD Bağlamında Hukukun Üstünlüğü

ABD ise İngiltere'den bir adım daha ileri giderek siyasi otoritenin ihlal edemeyeceği temel kuralları tek bir yazılı anayasada belirtmiş ve uygulamada bu kuralların düzgün bir şekilde işleyebilmesi için kurumsal önlemler mahiyetinde bir “dengeleyici ve denetleyici” (*Checks and Balances*) sistemi geliştirmiştir. Güçlü bir Anayasa yargısı geleneğinin de yardımıyla, zengin bir içtihat birikimi oluşturmuştur.

²⁷ Dicey, [1902] 2005, s. 190-199.

²⁸ Berman, (1991), 44-45.

3.3.Kıta Avrupası

Kıta Avrupası'nın hukuk sistemine egemen olan hukuk devleti anlayışı ise temellerini pozitivist hukuk teorilerinden almaktadır. Bu yaklaşıma göre hukuk, usulüne göre yürürlüğe konmuş ve yaptırım gücü olan kanunların oluşturduğu bir bütündür. Bu yaklaşımın tarihsel gelişiminde her ne kadar doğal hukuktan kaynaklanan haklara atıfta bulunulmuş olsa da, bu haklar yasa koyucuyu sınırlayıcı rol oynamamıştır²⁹

Bu farklılığın temelinde, *Rechtstaat* anlayışının hukukun devlet idaresindeki rolünü bir rasyonelleştirme aracı olmasıyla sınırlandırmış olması yatmaktadır. Bu anlayışta temel amaç devlet faaliyetlerini yasal bir çerçeveye oturtarak öngörülebilir ve belirli bir disiplinle işleyen bir yapıya ulaştırmasıdır. “*Rechtstaat* devlet hukukunun içeriğiyle veya amacıyla ilgilenmiyordu, ancak yalnızca devletin (eylemlerini ve varlığını) gerçekleştirmesine temel teşkil etmesi amacıyla kullandığı yöntemlerle ilgiliydi.”³⁰ Bu yaklaşım, Alman pozitivist anlayışının, devletin tek hukuk kaynağı olmasının ve hukukun devletin öz-örgütlenmesi olarak kabul edilmesinin doğal bir sonucudur. Bu anlamda, hukukun meşruluğu (ya da hukukun meşrulaştırdığı devlet eylemleri); keyfiliğin önlenmesi amacıyla usule ilişkin temel kuralları belirleyerek “rasyonalite” ve “öngörülebilirlik” sunmasına dayanmaktadır.³¹ Aynı doğrultuda Weber de hukuk devletini “kanuna dayalı devlet” (*legislative state*) olarak görmekteydi. Burada da toplumun idare edilmesinde rasyonellik vurgusu vardır.³²

Modern çağ hukukçu ve filozoflarının devlete ilişkin ortak bir görüşü de gerek devletin, gerekse onun adına hareket eden hükümetin özgün bir hukuki kişiliğinin (tüzel kişilik) bulunmasıdır. Bu husus bugün farklı hukuk dallarında farklı kavramlarla açıklanır. Uluslararası hukukta bir devletin “uluslararası bir kişilik” olarak kabul edilmesi, anayasa hukukunda anayasanın bizzat devleti kurması, idare hukukunda ise devletin en büyük kamu tüzel kişisi olması gibi kavramsallaştırmalar bu anlayışın somut görüntüleridir. Bu aslında zor kullanma tekeli başta olmak üzere devletin somut ve üç boyutlu görünümünün soyut ve anlam dünyasındaki kurgusuyla ilgilidir. Bu olgu Orta Çağ'da “kralın sahip olduğu iki ayrı vücut” kavramıyla açıklanır: doğal vücut ve hukuki vücut. Biri fani, diğeri ise ebedi

²⁹ Berman (1991), s.44-46.

³⁰ Rosenfeld M. ,(2001), s. 1345.

³¹ Berman (1991), s.44-46.

³² Palombella, (2014), s.132.

olan bu vücutlar, tahtın devamlılığı ilkesinin tarihsel klişe vecizi olan “kral öldü, yaşasın kral” ifadesinde de dile getirilmektedir.³³

*Hukuki kişilik*³⁴: Devlet tarihsel süreç sonucunda devlete ait tüm yetki ve görevlerin atfedildiği bir hukuki kişiliğe dönüşür. Hukuki pozitivizmin en son geldiği noktada ise (Kelsenci anlamda) devlet hukukun bir kişiliğe bürünmüş halidir. Bu noktada artık, “hukuk (kanun) kralı yaratır”.³⁵

3.3.1. *Rechtsstaat* (19. Yüzyıl)

Rechtsstaat kavramı Alman hukuk düşününe 19. Yüzyılın başlarında girmiştir. Alman hukuk devleti anlayışı bu haliyle, devleti, hukukun tek ve en üstün kaynağı olarak görür. Bu anlayışa göre devletten önce ve devletin dışında var olan ve devletin değiştiremeyeceği bir hukuk alanından bahsedilemez. Devlet bütün kanunları istediği gibi yapar ve bunlara uygun olarak işlemlerini yerine getirir. *Rechtsstaat* söz konusu olduğunda “hukukun hükümlerliğinden” (*rule of law*) değil hukuk yoluyla hükümlerlikten (*rule by law*) bahsedilir. Bu anlayışta artık doğal hukuktan kaynaklanan haklara yer yoktur. Hukukun tek kaynağı, üstün siyasi otoritenin kararlarıdır. Bu anlayışla asıl ulaşılmak istenen amaç, yöneticilerin ülkeyi keyfi bir şekilde yönetmesini engellemek ve devlet işleyişini önceden kurallara bağlayarak disiplin altına almaktır. *Rechtsstaat*'ta hukukun kaynağı sadece yasama işlemidir. Burada gelenek ve teamüller yer bulmaz.³⁶

Ancak şu hususu da belirtmek gerekir: Hukuk devleti kavramını Almanya'da ilk kullandığı kaydedilen yazar Robert von Mohl, İngiltere'deki hukukun üstünlüğü kavramından ilham almıştı ve *rechtsstaat* terimini aslında yerel bir anlam vermeksizin İngiltere'deki “*rule of law*” kavramının Almanca çevirisi olarak kullanmıştı. İngiltere'nin bu konuda öncü olduğunu düşünen Mohl, ABD Anayasasını gözlemledikten sonra yazılı bir anayasada hakların anayasal korumaya alınmasını hukuk devletinin temel bir sacayağı olarak görmüştü.³⁷

Ancak bu başlangıca rağmen gerek Mohl'un çağdaşları gerekse sonraki nesil, hukuku devlet faaliyetlerini önceden form ve kurala bağlayan bir sistem olarak görmüşlerdir. Kara Avrupa'sı hukuk sistemlerinde hukuk

³³ Kantorowicz, ([1957] 2016), s. 412.

³⁴ Bu kavram "tüzel kişilik" olarak da adlandırılabilir ancak sanki içeriği medeni ve idare hukukundaki dar anlamına sıkıştırıyor.

³⁵ Kirste (2014), s. 41.

³⁶ Berman (1991), s.44-46.

³⁷ Kirste, (2014), s.32.

devletinin odaklandığı hususlar kurumsal bir yapının oluşturulması ve siyasi iktidarın aktivitelerinin kurallara bağlanması şeklindedir.

3.3.2. Jellinek'in katkısı

Jellinek devletin kendi kendine sınırlaması varsayımına dayanır. Aslında özgürlüğün teminat altına alınması gibi aynı amaca yönelmekle birlikte, Jellinek'in devletin kendi kendine sınırlama kuramına atıfta bulunmuş olması dikkat çekicidir. Yazara göre devletin temel ödevi (varoluş nedeni) devlet faaliyetiyle özel yaşama ait olan bireysel alanı farklılaştırmaktan ibaretti. Jellinek'in yaklaşımına göre din ve vicdan özgürlüğü, basın özgürlüğü ve toplantı özgürlükleri bireylerin özel yaşantısının bir parçası sayılmaktadır.

Jellinek'e göre özgürlük başka bir özne tarafından yaratılmamıştır sadece mevcut bir özgürlüğün varlığı tanınmaktadır. Bu tanıma işlemi de devletin kendi kendini sınırlamasıyla gerçekleşir. Kendi kendini sınırlama da bireyin sınırlarıyla devletin sınırları arasındaki alanı ve devletin hareket alanını belirler. Jellinek'e göre doğal hukuk anlayışındaki en temel hata, özgürlük bilincinin devletten önce mevcut olan üstün bir güç tarafından kurulmuş olması ve devleti de yaratırken bir taraftan onu sınırlamış olduğu iddiasıdır-ki Jellinek'in bu yaklaşımı, sosyal sözleşme kuramlarıyla da uyumsuzluk halindedir.³⁸ Jellinek'in bu açıklamadan muradı, temel hak ve özgürlüklerin devlet öncesi kurguda de var olduğu ve bunların kimi anayasal belgeler tarafından sonsuza kadar korunacağını ilan edilmesinin tarihsel gerçeklikle uyumadığıdır. Yazar bu çerçevede *Magna Carta* ve *Bill of Rights* gibi belgeleri, "hukuk adı altında tamamen anlamsız " metinler olarak eleştirir.

3.3.3. Fransa (Etat de droit)

Etat de droit kavramı, Fransız doktrinine "*Rechtstaat*"ın doğrudan Fransızca çevirisi olarak girmiştir. Öyle ki; Carré de Malberg kavramın Fransızcasını kullanmadan önce Almanca kavramı kullanma ihtiyacı duymuştur.³⁹

Öte yandan canlı bir sivil toplum ve devrim tarihi olan Fransa'nın özgün koşulları, anılan kavrama toplumsal boyutuyla zengin bir katkı sağlamıştır. Fransa'da Monark'ın ve aristokratların keyfi yönetimine başkaldırı ile gerçekleşen Fransız devrimi "insan ve vatandaş hakları" kavramına

³⁸ Chapter IX: *THE RIGHTS OF MAN AND THE TEUTONIC CONCEPTION OF RIGHT* , <http://oll.libertyfund.org/title/1176/104835/1940505> Erişim tarihi 115.10.2018

³⁹ Troper, (2001),s.267.

dayanmaktadır. 1791 Anayasası, bireylerin doğal haklarından bahsetse de bu hakları garanti altına alacak bir yargısal korunma mekanizması kuramamıştır. Fransa'da da hukukun yegane kaynağı yasama organıdır. Devlet Fransız anlayışında da kendisinden daha üstün bir hukukla bağlı olmayıp, sadece kamuoyuna karşı sorumludur. Bu açıdan Fransız hukuk devleti (*Etat de droit*) yaklaşımı *rechtsaat* olgusuna daha yakındır. Ancak Fransa'da kamuoyunun devletin hukuk yaratma faaliyetlerinde sınırlaması seçmenlik sıfatının da ötesine giderek “toplumun devlet üzerindeki kontrolü” şeklinde anlaşılmaktadır.

Bu doğrultuda Leon Duguit, devletin meşruiyetini “halkın egemenliği” kavramı yerine “halk dayanışmasına” dayandırmaktadır. Çünkü egemenlik olgusu sınırlı iktidar kavramı ile çelişecek ve bireysel özgürlükler bu nedenle bireysel özgürlükler kolaylıkla ihlal edilebilecektir. Bu bağlamda devlet varoluş nedenini kamu hizmetinde bulur. Kamu hukuku da devletin zor kullanma usullerini değil, topluma götürülecek olan hizmetin düzenlenmesi ve idaresini belirleyecektir.⁴⁰ Öte yandan Fransız kamu hizmeti anlayışı devletin keyfi olarak insan haklarına müdahale etmesini yeterli olarak engellemediği için eleştirilmiştir. Fransız yaklaşımının Alman yaklaşımından tek farkı hukuki pozitivizmin yerine sosyolojik pozitivizmi getirmesidir. Kısaca bir takım küçük farklılıklar bir yana bırakılırsa, Alman *Rechtsstaat* anlayışına getirilen eleştirilerden büyük ölçüde nasibini almıştır.⁴¹

Alman *rechtsaat* anlayışında devletin hukukun tek kaynağı olarak görülmesi ve doğal hukuk nosyonundan yoksun olması, birinci dünya savaşı sonrası totaliter rejimlerin temel nedenlerinden bir tanesi olarak görülmektedir.⁴² Nazi hukukçularına göre hukuk devletin asgari anlamı olan yasallık ilkesi, sadece olağan durumlarda geçerli olabilecektir. Olağanüstü hallerde tedbir mahiyetinde yasallık ilkesinden sapmak mümkündür.⁴³

3.3.4. Biçimsel/maddi hukuk devleti

Hukuk devletinin anlamı Alman öğretisine göre ikiye ayrılır: *Biçimsel hukuk* devleti: “içeriği ne olursa olsun kendi koyduğu yasalara uyan devlet” olarak tanımlanabilir. Bu anlayışa göre devlet koyacağı kuralların içeriğinde tamamen serbesttir. *Maddi hukuk* devletinde ise yasallık ilkesi, hukuk

⁴⁰ Kriegel, (1992)

⁴¹ Kriegel, (1992)

⁴² Kriegel (1992)

⁴³ Sancar, (2000), s.88-94.

devletin asgari şartı olmakla birlikte yeterli değildir. Bu yaklaşımda temel amaç, özgürlüklerin devlet iktidarına karşı korunmasıdır.⁴⁴

Hukukun üstünlüğü en orijinal ve en doğal anlamıyla saf toplumsal iyiliğe işaret eder. Bu bağlamda "*rechtsstaat*" mevzuatçılığı (*legalism*) bu temel amaca ancak kısmi ve sınırlı bir katkıda bulunabilir.⁴⁵

Alman pozitivistizminin savunduğu anlamıyla hukuk devletin temelini şekil(form) oluşturur. Hukukun normlardan ibaret bir sistem olduğu hatırlanırsa her bir bireysel hukuk normunun geçerlilik ve yürürlük şartı bir diğer normdur. Bu normlar diğer normların hazırlanmasında usule ilişkin çerçeveyi oluştururlar. Bir despotun veya bir tiranın vermiş olduğu emir de bir norm içerebilir. Bu tür bir emrin hukuk normundan temel farkı hukuk normunun "organize bir prosedür" çerçevesinde gerçekleşmesidir. Bu prosedür(usul) de bir norm tarafından belirlendiği için keyfîlik önlenmiş olur.⁴⁶

II.Dünya savaşından sonra insan haklarının uluslararası hukuk düzeninde korunması ve belirli bir tanıma ulaşması sonucunda hukuk devletin hem biçimsel hem maddi yönlerini içeren bütünsel hukuk devletine ulaşılmasıyla *rechtstaat* ve *rule of law* kavramları ortak bir paydada buluşmuşlardır. Hem hukukun üstünlüğü (*rule of law*) hem de hukuka uygun işleyen devlet (*legal state*) temel amacı insan onurunun korunması ve devlet iktidarının meşrulaştırılması amacına yönelmektedir.⁴⁷

Bu noktada yine kavramsal bir ayrıntıya işaret etmek gerekir. İngilizce'deki hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ifadesi aslında Latince bir kavram olan "*imperium legum*" teriminin bir karşılığı olarak İngiliz hukuk düşüncesindeki ifadesidir. Bu kavram da "insanların değil hukuk kurallarının saltanatı"nın varlığına ya da gerekliliğine işaret eden bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. *Imperium legum* aynı şekilde siyasi sistemdeki hiç bir kişi veya aktörün keyfi iradesinin olmaması anlamına da gelmektedir.⁴⁸ Bu anlayış çerçevesinde hukukun üstünlüğünün temelinde toplum için en iyi olan siyasi karar ve/veya faaliyetlere ulaşma amacı yatmaktadır. Bir kişinin, grup veya zümrenin toplumun geri kalanı üzerinde isteklerini zorla dayatması "hukuk" şekliyle bile olsa hukukun üstünlüğüne aykırılık teşkil etmektedir.

⁴⁴ Sancar, (2000), s.88-94.

⁴⁵ Sellers, (2014), s.4.

⁴⁶ Kirste, (2014), s.35.

⁴⁷ Sellers, (2014), s.6.

⁴⁸ Sellers, (2014), s.4.

4.Hukukun üstünlüğü ve özgürlük mücadelesi

İngiltere'deki evrimsel gelişim bir yana bırakılırsa, hukukun üstünlüğü ilkesinin özgürlük ve cumhuriyetçi yönetimin hedeflendiği ve baskıcı ve despot yönetimlere karşı yürütülen mücadelelerin sonunda geliştiğini hatırlatmak gerekir. Bu çerçevede hukukun üstünlüğünün özgürlükle yakından ilişki halinde olduğu hatta kardeş kavramlar olduğunu da söylemek mümkündür. Imperium legum'dan bahsedebilmek için toplumda bir kişi veya sınırlı bir kişinin değil, toplumun genelinin iyiliğine yönelik bir içeriğe sahip olması gerekir.⁴⁹ Bu görüş her ne kadar, hukuk-ahlak ilişkisindeki doğal hukukçu yaklaşımın bir tekrarı gibi görünse de; aslında daha kapsamlı bir toplumsal ve siyasi bir rejim idealinin sınırlarını belirleme amacı taşır. Ayrıca sadece teknik anlamıyla bile "hukuki belirlilik ilkesi" özgürlüklerin korunmasında ilk adımdır. Çünkü burada bir insan davranışının hukuk dünyasında ne gibi sonuçlar yaratacağı artık belirlidir.

Hukukun üstünlüğü kavramını demokrasi ve özgürlük gibi kardeş kavramlardan ayrı düşünmek zordur. Çünkü bu ilkenin tarihsel geçmişinde kaba güçle devlet iktidarına sahip olan siyasi iktidarın keyfi idaresini korumak(ve genişletmek) istemesi karşısında ona karşı direnen yönetilenlerin mücadelesi ile şekillenmiştir.

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları Dicey'in söylediği gibi artık birbirleriyle zıt kavramlar değildir. Her iki kavramın ortaklaşa yöneldiği amaç aslında hukuk yoluyla özgürlüğün korunmasına işaret etmektedir. Her iki kavramın da demokrasiyle ilişkisi açıktır.⁵⁰

Çağdaş otoriter sistemlerde de görülebildiği gibi baskıcı yönetimler (tiranlar) vatandaşların özel hayatlarında bir esenliğe ulaşmasını engellemez-hatta yardımcı da olabilir. Otoriter yönetimlerde çok iyi işleyen bir tüketiciyi koruma sistemi olabilir. Özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar etkin ve adil bir şekilde çözüme ulaştıran yargısal bir yapı da bulunabilir. Hatta ceza hukuku alanında jüri yargılaması gibi unsurlarla adil yargılama hakkına yönelik ve daha insani bir ceza muhakemesi hukukuna yönelik yapıcı unsurlar da eklenmiş olabilir. Otoriter yönetimlerin bu tür adalet hizmetlerinin etkinliklerine bakarak hukuk üstünlüğü ilkesine katkıda bulduklarını düşünmek en iyi ihtimalle naif bir çıkarsama olacaktır.

Çünkü otoriter sistemler hukuku bazen araçsal olarak kullanarak/bazen de hukuk devletinin asgari şartlarını bile ihlal ederek, vatandaşın

⁴⁹ Sellers, (2014), s.7.

⁵⁰ Kirste, (2014), s.29.

kamusallığını yok eder. Özel hayatta ya da özel hukuk ilişkilerinde bir istikrar ve mutluluk varmış gibi görünse de, kamusal hayatta mutluluk yoktur.⁵¹ Bu nedenle, özel yaşama ilişkin kamusal içeriği olmayan hususlarda kanunun mahkemelerin düzgün işlemesi ancak tiranların hukuk yoluyla iktidarlarını perçinlemeleri anlamına gelir.

Otoriter yönetimlerin hukuka olan yaklaşımı konusunda aydınlatıcı bir gözlem Fraenkel'den gelmektedir. Fraenkel Nazi Almanya'sını tanımlamak için "ikili devlet" (*dual state*) kavramını kullanmıştır.⁵² Buna göre, Nazi Almanyası birbiriyle paralel ve çoğu zaman da karşıtlık içinde faaliyet gösteren, ancak bir şekilde birbirini tamamlayan iki tür siyasi aygıtın oluşmaktaydı. Bunlardan ilki bir "siyasi birlik" olarak siyasi alanda faaliyet gösteren devlet aygıtına, diğeri ise günlük hayatın gereksinimlerini yerine getiren idari aygıtı tekabül etmektedir. Siyasi alanda faaliyet gösteren devlet türü, Fraenkel tarafından Almanca'da *Massnahmen*, İngilizce'de ise *prerogative* devlet olarak tanımlanmıştır.⁵³ Bu kavramları Türkçe'ye aktarmak zor olmakla beraber, çağdaş uygulamaları da anlatabilmek için "iş-bitirici" devlet olarak çevirmek mümkündür. İkinci devlet türü ise normatif devlettir (*normative state*). Bu alanda devlet hukuk devletinin genel ilkelerine uygun bir şekilde hukuk kuralları koyar ve faaliyetlerinde uyduğu kurallara ve yargı kararlarına uyar. Normatif devlet alanı kapitalist ekonominin istikrarlı bir şekilde işleyebilmesi için gerekli olan ortamı yaratmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle Nazi Almanyasında girişim özgürlüğü, borçlar hukukunun temel ilkeleri, rekabet hukuku, bankacılık ve faize ilişkin hususlar ve mülkiyet hakkı. Tabii ki mülkiyet hakkı başta olmak üzere özel hukuk alanındaki istikrarlı normatif devlet alanına dahil olabilmek için temel şart Yahudi olmamaktı. Daha geniş bir tanımla ise, Nazi rejiminin kişi veya grupları "devlet düşmanı" olarak tanımlaması, normatif devletin sağladığı koruma ve ayrıcalıklardan mahrum kalmak anlamına gelmekteydi.

İş-bitirici devletin faaliyet alanı siyasete ilişkin konulardır. Hiç şüphesiz neyin siyasetin konusu olacağını siyasi lider belirleyecektir. Bu nedenle, normatif devlet alanında bulunan hiçbir kimse veya konu, iş-bitirici devletin müdahale alanından bağımsız değildir. Normatif devlete tabi olanlar sadece normatif devletin kendisine sağladığı görece istikrar ve korumadan faydalanırlar ve iş-bitirici devletin etkinlik alanına girmek için siyasi

⁵¹ Kirste, (2014), s.37.

⁵² Fraenkel, ([1941] 2017), s. 3 ve 65.

⁵³ "Prerogative" kelimesi yine bizzat Fraenkel tarafından "Massnahmen" kavramının İngilizce karşılığı olarak saptanmıştır (Meirenreich, 2017, s.xi. *YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

olandan gönüllü olarak uzak dururlar. Gerçekten de Nazi dönemi ikili devlet yapısına geçiş sürecinde Reichstag yangını sonrasında ilan edilen olağan üstü hal yönetimi belirleyici olmuştur.⁵⁴ Bu dönemin getirdiği korku ve belirsizlik ortamında siyasi alanda hukuk kuralları işlememeye başlamış ve yargıçlar da bu konuda denetim yetki ve sorumluluklarını gönüllü olarak ihmal etmişlerdir.⁵⁵

Politikaya ait meselelerde hukuk kurallarının ve hukukun temel ilkelerinin sınırlayıcı bir rol oynamaması, görünürde siyasi olmadığı sürece özel hukuk ilişkilerinde bir belirlilik ve istikrar sağlıyor gibi görünse de, dönemin siyasi iktidarının normatif devlet ile iş bitirici devlet arasındaki sınırları belirleyen yegane aktör olduğunu hatırladığımızda tüm hayata dair bir korku ortamının bulunduğu sonucuna ulaşılabilir. Başka bir deyişle iş-bitirici devlet, istediği zaman normatif devletin alanına girebilmiştir. Bu ikili yapı, Nazi rejiminin kurulması ve devamında konsolidasyon sürecinde kullanışlı bir araç olarak bir taraftan kapitalist aktörlerin rejimle işbirliği yapmasını sağlamış; diğer yandan da, Alman kamuoyunun ve yargı organının Nazi rejiminin gerçekleştirdiği insanlık suçlarını görmezden gelmesine yol açmıştır.

Bu açıdan düşünüldüğünde hukuki pozitivistin betimleyici ve değerlerden arındırılmış bir hukuk algısı karşısına; hukukun-ve nihayetinde hukuk devletinin-nihai amacının siyasi iktidarın sınırlandırılması olduğu hatırlatılabilir.⁵⁶ Belirtmek gerekir ki bir çok yazar çağdaş otoriter sistemleri anlatmak için bu ikili devlet kavramına başvurmuştur. Bu hususta sıklıkla gösterilen örnek Singapur'dur.⁵⁷ Singapur, Dünya Adalet Projesi (World Justice Project-WJP) hukukun üstünlüğü indeksine⁵⁸ göre 113 ülke arasında

⁵⁴ Bunun için bkz: <https://www.britannica.com/event/Reichstag-fire> Erişim tarihi 19.10.2018.

⁵⁵ Fraenkel, ([1941] 2017), s. 14.

⁵⁶ Krygier (2014), s.55.

⁵⁷ Rajah, (2012), s. 42.

⁵⁸ <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2017%E2%80%932018> Erişim tarihi 10.03.2018. Anılan proje bir ülkenin "rule of law" kalitesini ölçerken şu "faktör"leri kriter almaktadır:

1. Siyasi iktidarın sınırlandırılması
2. Yolsuzluğun olmaması
3. Düzen ve Güvenlik
4. Temel Haklar
5. İdarenin Şeffaflığı
6. Düzenleyici işlemlerin uygulanması
7. Adliye mahkemelerinin işleyişi

13. sıradadır. Ne var ki aynı ülke Freedom House verilerine göre ise kısmen özgür statüsündedir. Aynı doğrultuda, Freedom House verilerine göre özgür olmayan ülke statüsünde bulunan Birleşik Arap Emirlikleri, WJP endeksine göre, 32. sıradadır. Bu konum aralarında kimi Avrupa Birliği ülkelerinin de bulunduğu istikrarlı demokrasi olarak tanımlanana bir çok ülkenin önündedir.⁵⁹ Bu karşılaştırmadan anlaşılacağı üzere, WJP indeksinin belirlediği şekliyle; bir ülkenin otoriter bir rejimle yönetilmesi, hukukun üstünlüğü (*rule of law*) açısından gelişmiş kabul edilmesine engel değildir.

Sonuç Yerine: Rule of Law: Yeni Anlamı ve Pratik Sonuçlar

Demokratik ve insan haklarına dayalı bir yönetimden bahsedebilmek için *rule of law*'m, İngiltere'deki anlamını da aşarak çeşitli kavramların altlandığı bir üst kavram olarak ele almak gerekir.⁶⁰ *Rule of law* kavramını siyasi iktidarın keyfililiğinin önlenmesi ve davranışlarını bir düzen ve kurala bağlı olması sorunu olarak gören kimi yorumlar da hukukun üstünlüğü kavramının çok boyutluluğunun dair izler taşımaktadır. Bu çerçevede anılan ilkeye aykırı olarak faaliyet gösteren siyasi rejimlerde yaşayan kişilerin özgürlükleri sürekli bir şekilde tehlike altındadır. İkinci olarak toplumda belirsizliğin yarattığı bir korku ortamı hakimdir. Bireysel ve toplumsal eylemlerin yaratacağı sonuçlarda da belirsizlik hakim olduğu için de, vatandaşların kendi aralarındaki ve devletle olan ilişkilerinde istikrarlı bir ilişki ve toplumsal bir eşgüdüm bulunmamaktadır. Buradan da demokratik toplumlar için olmazsa olmaz koşullar olan toplumsallaşmanın ve sivil toplumun da önemli bir yara aldığını söylememiz gerekir. Son olarak bir kişi ve grubun kapris ve/veya ani kararına tabi olan kişi veya kişilerin haysiyetlerine saldırı söz konusudur.⁶¹

BM Genel Sekreterinin 2004 yılında yapmış olduğu *rule of law* tanımı da oldukça kapsayıcı bir içeriğe sahiptir⁶²:

Hukukun üstünlüğü (*Rule of Law*) Birleşmiş Milletler Örgütünün misyonunun tam kalbinde yer alan bir kavramdır. Anılan bu kavram, devletin kendisi de dahil olmak üzere kamu, özel ve tüzel kişiler arasındaki ilişkilerde; kamuya açık olarak yürürlüğe konulan, eşit şekilde uygulanan,

8. Ceza muhakemesi

9. Gayr-ı resmi (alternatif, devlet dışı) adalet hizmetleri

⁵⁹ Kimi istikrarlı demokrasilerin sıralaması şu şekildedir: Hindistan: 62 Yunanistan:39, Bulgaristan: 55, Hırvatistan: 35

⁶⁰ Sharandin ve Kravchenko, (2014), s.146.

⁶¹ Krygier (2014), s.50.

⁶² http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2004/616, paragraf 6. Erişim tarihi 10.10.2018.

bağımsız bir yargı organı tarafından uyuşmazlıkların karara bağlanmasında kullanılan ve uluslararası insan hakları normlarına uygun olan ve tüm paydaşların yasalara karşı sorumlu olduğu bir tür yönetim ilke ve standartlarına işaret eder. Ayrıca, *Rule of Law*, hukukun üstünlüğü (*supremacy of law*) ilkelerine, kanun önünde eşitliğe, yasalar önünde hesap verebilirliğe, yasanın adaletli uygulanmasında, kuvvetler ayrılığı, karar alma sürecine katılım, hukuki belirlilik, ve (devlet organlarının) keyfi hareketlerine karşı uyulmasını güvence altına almak için tedbirler gerektirir.

Bu tanımda dikkati çeken husus, *rule of law* kavramının insan hakları, katılımcı demokrasi ve adalet unsurlarını içeren ideal bir demokratik düzeni tarif etmek için kullanılırken “*supremacy of law*” kavramını da *rule of law* tarifine atılan dar anlamda bir hukukun üstünlüğü (pozitivist anlamda hukuk devleti) kavramını tarif etmek için kullanılıyor olduğudur. *Rule of law* kavramının semantik açıdan bu genişleme eğilimini Venedik Komisyonu *rule of law* “kontrol listesi”nde gözlemlemek mümkündür.⁶³

- 1) Yasalara uygunluk ve bu yasaların yürürlüğe konulması süreçlerinin şeffaf ve demokratik olması
- 2) Hukuki belirlilik
- 3) Siyasi iktidarın keyfi hareket etmemesi
- 4) İdari eylemlerin yargısal denetimi başta olmak üzere, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından sağlanan adalet hizmetlerine erişim
- 5) İnsan haklarına saygı
- 6) Ayrımcılık yasağı ve bireylerin eşitlik ilkesine uygun muamele görmesi.

En son olarak belirtmek gerekir ki siyasi alandan ve siyasi olandan izole edilmiş bir hukuk devleti/hukukun üstünlüğü anlayışı, otoriter rejimler açısından tehlikeli bir meşrulaştırma aracına dönüşme riskini bünyesinde taşımaktadır.

KAYNAKÇA

Beaud, Olivier. «Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum Européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel.» Le Référendum Européen içinde, düzenleyen A. Auer ve J. F. Flauss, 125-180. Brüksel, 1997.

Beetham, David. *Legitimation of Power*. London: Macmillan, 1991.

⁶³ [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e) Erişim tarihi 10.03.2018

- Berman, Harold J. «The Rule of Law and the Law-Based State(Rechtsstaat) With Special Reference to Soviet Union.» "Toward the Rule of Law in Russia?" içinde, düzenleyen Donald D.Barry. New York: M.E.Sharpe, 1991.
- Dicey, A.V. Introduction to the Law of the Constitution. Adamant Media Corporation, [1902] 2005.
- Fraenkel, Ernst. The Dual State. Londra: Oxford University Press, [1941]2017
- Fuller Lon L. The Morality of Law. New Haven: Yale University Press, [1964], 1969.
- Himma, Kenneth Einar. «Inclusive Legal Positivism.» The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law içinde, düzenleyen Jules Coleman ve Scott Shapiro, 125-165. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Kantorowicz, Ernst H. The King's Two Bodies A Study in Mediaeval Political Theology Princeton: Princeton University Press, [1957], 2016
- Kelsen, Hans. General Theory of Law and State. Translated by Anders Wedberg. Union, N.J: Lawbook Exchange, 1999.
- Kelsen, Hans. Pure Theory of Law. Translated by Max Knight. Union, N.J: Lawbook Exchange, [1967]2002.
- Kirste, Stephan. «Philosophical Foundations of the Principle of the Legal State.» The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat) içinde, 29-45. Heidelberg [e.t.c.]: Springer, 2014.
- Kriegel, Blandine Barret. «Etat de droit.» Dictionnaire Constitutionnel içinde, düzenleyen Olivier Duhamel ve Yves Mény. Paris: PUF, 1992.
- Krygier, Martin. «Rule of Law (and Rechtsstaat).» The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat) içinde, 45-61. Heidelberg [e.t.c.]: Springer, 2014.
- Marmor, Andrei. «Exclusive Legal Positivism.» The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law içinde, düzenleyen Jules Coleman, Scott Shapiro ve Kenneth Einar Himma, 104-124. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Meirhenrich, Jens. "An Ethnography of Nazi Law: The Intellectual Foundations of Ernst Fraenkel's Theory of Dictatorship." *Dual State* İçinde xxiii-xxvii, Londra: Oxford University Press, 2017
- Murphy, Mark C. Philosophy of Law: Fundamentals. Blackwell Publishing, 2007.
- Palombella, Gianluigi. «The Measure of Law: The Non-instrumental Legal Side from the State to the Global Setting (and from Hamdan to Al
- YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

- Jedda).» The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat) içinde, 129-144. Heidelberg: Springer, 2014.
- Pfordten, Dietmar von der. «On the Foundations of the Rule of Law and the Principle.» The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat) içinde, 15-29. Heidelberg [e.t.c.]: Springer, 2014.
- Rosenfeld, Michel. «Michel The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy.» Southern California Law Review 74 (2001): 1307-1352.
- Sancar, Mithat. Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti. İstanbul: İletişim, 2000.
- Sellers, Mortimer N. S. «What Is the Rule of Law and Why Is It So Important?» The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat) içinde, 3-15. Heidelberg [e.t.c.]: Springer, 2014.
- Sharandin, Yury A., ve Dmitry V. Kravchenko. «Rule of Law, Legal State and Other International Legal Doctrines: Linguistic Aspects of Their Convergence and Differentiation.» The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat) içinde, 145-155. Heidelberg [e.t.c.]: Springer, 2014.
- Troper, Michel La théorie du droit, le droit,l'état. Paris: PUF, 2001.

AVRUPA İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ

Dr. Öğretim Üyesi Erkan Duymaz

Giriş

I. Hukukun Üstünlüğünün Göz Alıcı Yükselişi

A. Hukukun üstünlüğü ve hukuk sistemine güven

B. Hukukun üstünlüğü ve Sözleşme'nin yorumu

II. Hukukun Üstünlüğünün Göreceliği

A. "Bütünsel hakkaniyet" yaklaşımı ve hukukun üstünlüğünün gerileyişi

B. Mahkemenin iş yükü karşısında hukukun üstünlüğü

III. Demokratik Toplum ve Hukukun Üstünlüğü

A. Demokratik toplumun tamamlayıcısı olarak hukukun üstünlüğü

B. Politik alanın sınırlayıcısı olarak hukukun üstünlüğü

Sonuç yerine: *Hukukun üstünlüğü ve Mahkemenin meşruluğu*

Giriş

Hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramlarının kullanımı günümüzde sıradanlaşmış durumdadır. Köken olarak hukukçular tarafından üretilen ve yine uzun yıllar yalnızca hukukçuların kullanımında olan bu kavramlar 1980'li yıllardan itibaren hukuk dünyasının sınırları dışına çıkarak politik bir söylemin unsuru haline gelmiştir.¹ Öyle ki bugün siyasi yelpazenin hangi kanadında bulursa bulunsun her siyasi oluşum hukukun üstünlüğünü savunmakta, talep etmekte ve hukukun üstünlüğüne aykırı olduğunu düşündüğü eylem ve işlemlerden yakınmaktadır. Doğu blokunun çöküşünden sonra ortaya çıkan yeni siyasal rejimlerin hukukun üstünlüğüne ve/veya hukuk devletine bağlılıklarını bildirmesi ve bu bağlılığı çoğu kez anayasalarına işlemeleri, aslen batılı olan ve tarihsel olarak liberalizm ile özdeşleşen bu kavramların başka coğrafyalara geçişini de sağlamıştır. Hukukun üstünlüğüne saygının günümüzde oldukça ender rastlanan bir konsensüs oluşturduğunu savunmak hiç de abartılı olmayacaktır.²

¹ Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, 4e éd., Paris, 2003, s. 9.

² Michel MIAILLE, "L'État de droit: technologie et/ou idéal?", *NAQD* 1992(2), No. 3, s. 16.

Hukukun üstünlüğü düşüncesinin kökenleri rahatlıkla antik Yunan'a kadar götürülebilir.³ Bununla birlikte bu fikrin hukukçular tarafından sistemli bir ilke veya teori haline getirilip kendisine birtakım hukuki sonuçlar bağlanması çok daha yakın bir geçmişte mümkün olmuştur. 19. yüzyılın sonlarında İngiliz anayasa hukuku literatüründe şekillenen *rule of law*; aynı yüzyılın başlarında Alman hukukçuları tarafından bir devlet teorisi olarak sunulan *Rechtsstaat*; bunun etkisiyle 20. yüzyıl başlarında Fransız anayasa hukukuna giren *État de droit* kavramları göz ardı edilemeyecek farklı anlamlar içerse de kamu gücünün hukuka tabi olması, hukuk çerçevesinde hareket etmesi ortak paydası etrafında şekillenerek pozitif hukukta kullanılan kavramlar olmuşlardır. Bu üç farklı kavramın ortak noktaları ve farkları üzerine çok şey söylemek mümkündür.⁴ Ne var ki bu çalışmanın sınırlarını fazlasıyla zorlayacak bu uğraş yerine her terimin kendisini diğerlerinden ayıran temel özelliği üzerinde kısaca durmakla yetinilecektir.

İlk kez İngiliz anayasa hukukçusu Dicey tarafından sistemleştirilen *rule of law* kavramı, kamu gücünün belirli kurallara tabi kılınmak suretiyle sınırlandırılmasını ifade etmekte ve bu amaca ulaşmak için daha çok usule ilişkin, şekli güvenceleri ön plana çıkarmaktadır.⁵ Bu güvenceleri etkili bir şekilde koruyup kollayacak olan yargıçlardır. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulanacağı birincil yer mahkemelerdir. Bununla birlikte, hukukun üstünlüğü ilkesi, parlamentonun yasa yaparken açıklık ve öngörülebilirlik gibi bazı kurallara bağlı kalmasını da gerekli kılmaktadır. Ancak bu ilkenin parlamentonun üstünlüğü ilkesi gereği yasa koyucu üzerinde üstün bir güç oluşturması söz konusu değildir.⁶

Alman *Rechtsstaat* terimi ise bir devlet biçimini, hukukla kurulan ve hukuka tabi olan bir devlet şeklini ifade etmektedir. Robert von Mohl'un

³ Berke ÖZENÇ, *Hukuk Devleti. Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim, İstanbul, 2014, s. 22.

⁴ Bu konuda bkz. Martin LOUGHLIN, *Kamu Hukukunun Temelleri*, (çev. Dilşad Çiğdem SEVER – Kıvılcım TURANLI), Dipnot yayınları, Ankara, 2017, s. 267 vd.; Micheld ROSENFELD, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, Vol. 74, 2001, s. 1318 vd.;

Elena FERIOLI, "Rule of Law and Constitutional Democracy", *The Turkish Yearbook of International Relations*, Vol. 46 (2015), s. 96 vd.

⁵ Bkz., Martin KRYGIER, "Rule of Law", *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*

(Ed. Michel Rosenfeld and András Sajó), Oxford University Press, 2012, s. 221.

⁶ Venedik Komisyonu, CDL-AD(2011)003rev (*Report on the rule of law/Rapport sur la prééminence du droit*), s. 3.

başlıca teorisyeni sayıldığı *Rechtsstaat* kavramı, yürütmeye sınırsız veya keyfi yetkiler tanıyan mutlakiyetçi devletin ya da polis devletinin karşısında yer alan, bireysel hak ve özgürlükleri kamu gücünün keyfi müdahalelerine karşı güvence altına alan bir devlet yapılanmasına işaret etmektedir.⁷ İngiliz hukukun üstünlüğü kavramından farklı olarak “*Rechtsstaat*” mahkemelerde değil yazılı anayasalarda ortaya çıkmış bir ilke olarak yasa koyucuyu da hukuka tabi olma yükümlülüğü altına sokmaktadır.

Nihayet Fransız *État de droit* kavramı, yasaların üstünlüğü ilkesine dayanan ve idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi ile özdeşleşen “yasa devleti” (*État legal*) anlayışının yerine geçerek anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin yasamaya karşı da korunduğu bir devlet modeline işaret etmektedir. Gerçekten de hukuk devleti ilkesi, 20. yüzyılın başlarında pozitivist hukukçu Carré de Malberg tarafından yasaların anayasa uygunluğu denetimi ile özdeşleştirilmiştir.⁸ Aynı şekilde, Léon Duguit de hukuk devleti kavramını açıklarken yasa koyucunun katı anayasalar tarafından güvence altına alınan bireysel haklara saygı göstermek zorunda olduğunu ifade etmiştir. Ancak bu zorunluluk Duguit’ye göre anayasaların veya haklar bildirelerinin bağlayıcılığından ziyade doğal haklar öğretisinden kaynağını almaktadır.⁹

Hukukun üstünlüğünün 20. yüzyılda hem baskın bir politik söylem hem de hukuki bir ilke olarak yükselişe geçmesi ve birçok yeni anayasada yer alması karşısında uluslararası hukuk kayıtsız kalmamıştır. Gerçekten de ikinci dünya savaşı sonrası insan haklarının uluslararası alanda korunması alanında ortaya çıkan birçok belge ve kurumun temel bir değer veya ilke olarak hukukun üstünlüğüne veya hukuk devletine yollama yaptığını görmekteyiz.

Avrupa Konseyi (AK) Statüsü, Başlangıç kısmında, hukukun üstünlüğünü, bireysel ve politik özgürlüklerle birlikte, gerçek demokrasilerin dayandığı unsurlardan biri olarak tanımlamış ve bu unsurların kaynağı olarak da halkların ortak mirasını oluşturan manevi ve ahlaki değerlere gönderme yapmıştır. Statü, ayrıca, AK üyesi her devletin hukukun üstünlüğü ilkesini kabul etmiş sayılacağını; bunun insan haklarının korunması ilkesi ile birlikte Konsey’e üyeliğin bir koşulu olduğunu; bu ilkeye saygı gösterilmediği takdirde devletin üyeliğinin askıya

⁷ Bkz. Karl DOEHRING, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, (çev. Ahmet MUMCU), İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 119; Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, (trad. Lilyane DEROCHÉ), Presses Universitaires de France, 1993, s. 268.

⁸ Louis FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 13e éd., Dalloz, Paris, 2010, s. 25.

⁹ Léon DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 3e éd., Fontemoing, Paris, 1918, s. 31.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

alınabileceğini veya üyelikten çıkarılabileceğini belirtmiştir.¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS; Sözleşme) de benzer şekilde hukukun üstünlüğü ilkesine Başlangıç kısmında yer vermektedir. Buna göre, Sözleşme'yi imzalayarak “*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde yer alan bazı hakların ortak bir güvenceye bağlanması yolunda*” bir araya gelen devletler “*siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü bakımından ortak bir mirası paylaşan*” ve “*aynı inancı taşıyan*” Avrupa devletleridir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ise hukukun üstünlüğü yerine “hukuk rejimi” deyimine yollama yapmıştır.¹¹ Buna karşın, Avrupa Birliği (AB) metinlerine baktığımızda “hukuk devleti” kavramının tercih edildiğini görmekteyiz. Örneğin AB Temel Haklar Şartı, AB’nin “*demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri üzerine kurulu olduğunu*” Başlangıç kısmında vurgulamıştır.¹² Bu vurgu Avrupa Birliği Sözleşmesi’nde daha da belirgindir. Nitekim üye devletler Başlangıç kısmında özgürlük, demokrasi, insan haklarına saygı ve hukuk devleti ilkelerine bağlılıklarını bildirmiş ve Birliğin kurucu temel değerleri arasında hukuk devleti ilkesine de yer vermişleridir.¹³ Avrupa Konseyi ile aynı doğrultuda, AB de bu ilkelere bağlılığı üyelik için gerekli bir koşul olarak kabul etmiş; bu ilkelerin ihlalini ise yaptırıma tabi tutmuştur.¹⁴

Bu aşamada terminolojiye dair bir ön tartışma kaçınılmaz görünmektedir. Büyük ölçüde aynı değerler üzerine kurulu iki örgütün hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti şeklinde iki farklı kavrama atıf yapması, haklı olarak, bu iki kavramın ulusal üstü düzeyde nasıl farklılaştığı sorusunu beraberinde getirmektedir. Bu çalışmanın kapsamı dışında kalan AB hukukunu bir kenara koyduğumuzda dahi sorun çözülmemektedir zira AK bünyesinde üretilen belgelerde ve AİHM içtihadında da her iki kavramın kullanıldığı görülmektedir. Daha doğrusu İngilizce metinlerde *rule of law* ifadesi sabit kalırken Fransızca metinlerde bazen hukukun üstünlüğü bazen hukuk

¹⁰ Madde 3, 4, 5 ve 8. İngilizce metinde *rule of law*, Fransızca metinde *prééminence du droit*.

¹¹ Bildirge’nin Başlangıç kısmı “*İnsanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının esaslı bir zaruret olmasına*” ifadesini içermektedir. Metnin orijinal İngilizce versiyonunda ise *rule of law* terimi kullanılmıştır. Türkçe’ye çeviride Fransızca metinde yer alan “*régime de droit*” ifadesi esas alınmıştır.

¹² İngilizce metinde *rule of law*, Fransızca metinde

¹³ AB Sözleşmesi md. 2’ye göre Birliğin kurucu değerleri şunlardır: “*insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukuk devleti ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dahil olmak üzere insan haklarına saygı*”.

¹⁴ AB Sözleşmesi md. 7 ve md. 49.

devleti ifadesi geçmektedir. Bu metinler incelendiğinde AK organlarının söz konusu iki kavram arasındaki teorik farkları göz ardı etmemekle birlikte bu kavramları birbirinin yerine kullandığı anlaşılmaktadır.¹⁵ Bununla birlikte asıl zorluk AİHM kararları söz konusu olduğunda açığa çıkmaktadır. Bunun nedenlerinden biri Mahkemenin birçok kararının iki dilde yayımlanması ve iki versiyon arasında farklılıklar bulunabilmesidir. Hukukun üstünlüğü teriminin kullanımının hukuk devletine göre çok daha yaygın olduğu bir gerçektir. Ancak hukuk devleti terimi de azımsanmayacak sayıda kararda geçmektedir. Ne var ki Mahkemenin bazı kararlarında iki kavramı da aynı anlamda kullandığı gözlemlenmektedir.¹⁶ Buna ek olarak, karar çevirilerinde hukuk devleti – hukukun üstünlüğü ayrımı konusunda ne derece titiz davranıldığı ve karar yazım aşamalarında değişik formasyonların ve raportör hukukçuların uzun yıllardır doktrinde devan eden kavramsal tartışmalara ne kadar aşına olduğu bilinmemektedir.¹⁷

¹⁵ AK'nin anayasal konulardaki danışma organı olarak faaliyet gösteren Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), kaleme aldığı Hukukun Üstünlüğü Raporu'nda *rule of law*, *Rechtsstaat* ve kavramları arasındaki farklılıklara değinmiş ve bu kavramların ortak içerimlerini hukukun üstünlüğü terimi altında incelemiştir. CDL-AD(2011)003rev (*Report on the rule of law/Rapport sur la prééminence du droit*). Bu raporda sıralanan hukukun üstünlüğü ilkesinin kriterlerini tamamlamak amacıyla beş yıl sonra aynı konuyu tekrar ele alan Komisyon bu kez Hukuk Devletinin Kriterleri Listesi adında bir başka rapor hazırlamış ve önceki raporunda hukukun üstünlüğünün gerekleri olarak tanımladığı kriterleri hukuk devletinin kriterleri şeklinde sıralamıştır. CDL-AD(2016)007 (*Rule of Law Checklist droit*). AK Bakanlar Komitesi ise 2008 yılında kabul ettiği Avrupa Konseyi ve Hukukun Üstünlüğü adlı bir çalışmada hukukun üstünlüğünün yanında hukuk devleti kavramını da herhangi bir ayırım yapmadan kullanmıştır. CM(2008)170 (*The Council of Europe and the Rule of Law – An overview/Le Conseil de l'Europe et la prééminence du droit – Un aperçu*).

¹⁶ Örneğin, AİHM, Büyük Daire, *Streletz, Kessler and Krenz/Almanya*, 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, 22.03.2001, par. 82. Mahkeme bu kararında hukuk devleti ve demokrasinin Sözleşme'nin köşe taşı oluşturduğu unsurlar olduğunu ve Sözleşme'nin Başlangıç kısmında bunun ifade edildiğini belirtmiştir. Ancak Başlangıç kısmı hukuk devletine değil açıkça hukukun üstünlüğüne atıf yapmaktadır.

¹⁷ Örneğin, *Refah Partisi ve diğerleri* kararında Anayasa md. 68/4'de yer alan “siyasi partilerin tüzük ve programları ve eylemleri (...) hukuk devleti ilkelerine (...) aykırı olamaz” düzenlemesi AİHM kararında “hukukun üstünlüğü” ilkesine aykırı olamaz şeklinde çevrilmiştir. AİHM, Büyük Daire, *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 41340/98, 13.02.2003, par. 45. AİHM, bir başka kararında, Kesinleşmiş yargı kararlarının icra edilmemesinin “hukukun üstünlüğü ve hukuki ilişkilerin güvenliği üzerine kurulu hukuk devletine” aykırı olacağını belirtmiş; ancak kararın İngilizce versiyonunda, bu durumun “hukukun üstünlüğü ve hukuki güvenlik ilkelerine” aykırı olacağı ifadesi yer almış; hukuk YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Mahkeme de bugüne kadar ne söz konusu kavramların ayrı ayrı hangi anlamlarda kullanıldığı ne de aralarındaki ilişki bakımından net bir şey söylemiştir.

Bütün bir belirsizliğe rağmen, erkler ayrılığı, hukuk sisteminin meşruiyeti, demokratik geçiş süreçleri gibi devlet organizasyonuna ve siyasal rejimlere ilişkin konularda hukuk devleti kavramının; usule ilişkin güvenceler ve yasallık ilkesi gibi doğrudan hak ve özgürlükleri ilgilendiren konularda hukukun üstünlüğü kavramının tercih edildiği yönünde bir genelleme yapmak mümkündür.¹⁸ Buna karşın, aksi yönde de örneklerin bulunduğu ve Mahkeme içtihadının bu bakımdan tam anlamıyla tutarlı olmadığı kaydedilmelidir. Ayrıca hukukun üstünlüğü ilkesinin salt teknik bir kullanımının olduğunu savunmak güçtür. Zira ileride değinileceği üzere bu ilke aynı zamanda Sözleşme sisteminin temel unsurlarından biri ve Sözleşme bütünüünün yorumunda dikkate alınan bir ilke olarak içtihadta yer bulmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramlarının değişik hukuk sistemlerinde sahip olduğu farklı anlamların ulusal üstü düzeyde eritildiğini ve her iki kavramla da aynı düşüncenin ifade edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla, hukukun üstünlüğü ilkesini konu alan bu çalışmada Mahkemenin hukuk devleti ilkesine atıf yaptığı kararlar da ayırım yapılmaksızın inceleme kapsamına alınacaktır.

Terminolojiye ilişkin bu tartışmadan sonra akla gelen bir diğer önemli sorun hukukun üstünlüğü ilkesinin hangi unsurları içerdiğidir. Bu sorunla Venedik Komisyonu yakından ilgilenmiş ve 2011 yılında kabul ettiği bir raporla hukukun üstünlüğü ilkesinin unsurlarını liste halinde sıralamıştır. Komisyonun ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerini ve Mahkeme içtihadını dikkate alarak belirlediği ve hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleri için ortak asgari unsurlar olarak kabul ettiği liste şu şekildedir: Yasallık; hukuki güvenlik; keyfilik yasağı; bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye erişim ve idari işlemlerin yargısal denetimi; insan haklarına saygı; yasa önünde eşitlik.¹⁹ Bu liste 2016 yılında gözden geçirilmiş ve her unsurun içerdiği spesifik gereklilikler oldukça detaylı bir şekilde

devleti referansı kaybolmuştur. AİHM, *Pini ve diğerleri/Romanya*, 78028/01; 78030/01, 22.06.2004, par. 187.

¹⁸ Davit MELKONYAN “Concept of the Rule of Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, Materials of conference devoted to 80 th of the Faculty of Law of the Yerevan State University, YSU Press, 2014, s. 341.

¹⁹ CDL-AD(2011)003rev (*Report on the rule of law/Rapport sur la prééminence du droit*).

açıklanmıştır.²⁰ Büyük ölçüde Mahkeme içtihadıyla örtüşen bu liste yalnızca şekli birtakım güvenceler içermemekte, aynı zamanda maddi bir hukukun üstünlüğü anlayışını da yansıtmaktadır.

Hukukun üstünlüğü ilkesi Mahkemenin yüzlerce kararında anılmaktadır.²¹ Kuşkusuz bu kararların tamamında hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli bir rol üstlendiği iddia edilemez. Öte yandan birçok kararda bu ilkeye yalnızca başvuruçular ve/veya savunmacı devletler atıf yapmaktadır. Bu nedenle, bu çalışmada, söz konusu ilkenin Mahkeme içtihadındaki bütün kullanımlarının ortaya konmasını sağlayacak tüketici bir karar incelemesi yapma yöntemi benimsenmemiştir. Bunun yerine, hukukun üstünlüğünün AİHM içtihadı içerisinde yüklendiği temel misyonları açığa çıkaracağı ve içtihadındaki ilerlemeleri ve geriye gidişleri en iyi şekilde yansıtacağı düşünülen kararlar üzerinde durulmuştur.

Bu çalışmada, öncelikle, hukukun üstünlüğü ilkesinin Mahkeme içtihadındaki yükselişi gösterilmeye çalışılacaktır (I). Hukuk sistemini meşrulaştırıcı misyonu ve Sözleşme'nin bütününe yorumuna yön veren fonksiyonu göz önüne alındığında hukukun üstünlüğü adeta Sözleşme kapsamında bağımsız olarak korunan bir değer, bir kurucu ilke şeklinde sunulmaktadır. Ne var ki Mahkemenin yakın dönemde uyguladığı içtihat politikası bu ilkedен taviz verilebilecek durumların pek de az olmadığını ortaya koymaktadır (II). Bunu göstermek için adil yargılanma hakkına ilişkin güncel gelişmeler değerlendirilecek ve bilhassa Mahkemenin artan iş yükü karşısında hukukun üstünlüğünün göreceli hale geldiği savunulacaktır. Son olarak, Sözleşme'nin bir diğer temel dayanağı olan demokratik toplum kavramının, sürekli birlikte anıldığı hukukun üstünlüğü ilkesi ile ne tür bir ilişki içerisinde olduğu tartışılacaktır (III).

²⁰ CDL-AD(2016)007 (*Rule of Law Checklist/*

).

²¹

la Cour e

, In

, Bruylant, 1997, s. 243. Bugün ise bu sayıyı yüzlerle hatta binlerle ifade etmek mümkündür. Mahkemenin resmi içtihat tarama motorundan elde edilen sonuçlara göre hukuk devleti terimi 289, hukukun üstünlüğü terimi 1061, her iki kavramı karşılayan “rule of law” terimi ise 2637 kararda geçmiştir. Bununla birlikte, bazı kararlarda hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü terimleri yalnızca bireysel oy yazılarında ve başvuruçuların ve/veya savunmacı devletlerin beyanlarında geçmektedir.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

I. Hukukun Üstünlüğünün Göz Alıcı Yükselişi

Hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerinin Strazburg Mahkemesi içtihadının gelişimindeki rolünün her geçen gün daha da belirginleştiği yadsınamaz bir gerçektir. Mahkeme, bu ilkelere, her şeyden önce hukuk sistemini meşrulaştırıcı bir misyon yüklemektedir. Başka bir deyişle, başta mahkemeler olmak üzere devlet organları hukukun üstünlüğünün gereklerini yerine getirdikleri ölçüde toplumun güvenini kazanacaklardır. İkinci olarak, hukukun üstünlüğü bir yorum aracı olarak Mahkeme tarafından kullanılmaktadır. İlk durumdan farklı olarak hukukun üstünlüğü referansı bu durumda Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yorumunda ve uygulanmasında somut bir etki yaratmaktadır.

A. Hukukun Üstünlüğü ve Hukuk Sistemine Güven

Bireyin tabi olduğu hukuk ve adalet sistemine güven duyması hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkesi ile yakından ilişkilidir. Söz konusu güven duygusu şüphesiz yalnızca subjektif bir düşünce veya kanaat olarak anlaşılmamalıdır. Bireyin, yasaların herkese eşit olarak uygulanacağı, yürürlükteki yasalara kamu makamları dahil herkesin uyacağı, bir uyuşmazlık ortaya çıktığı vakit bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin hukuksal bir çözüm üreteceği ve bu şekilde ortaya çıkan hükmün uygulanacağı yönündeki meşru beklentisi devletin kurumsal yapılanması ve işleyişi ile ilgili bir meseledir. AİHM bu güvenin tesis edilmesini hukuk devletinin temel unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, hukuk devleti ilkesinin bu bağlamda kullanılması başvuruların incelenmesi üzerinde gözle görülür bir etki yaratmamaktadır. Hukuk devleti referansı belirli bir hakkın kapsamını belirlemekten ziyade Mahkemenin idealize ettiği hukuk sisteminin ne şekilde yapılanması ve işlemesi gerektiğini göstermektedir. Bu sistem, ilk olarak, erkler ayrılığının, yargı bağımsızlığının ve yargının iyi işleyişinin sağlandığı ve maddi hukukun güvenli ve tutarlı olduğu bir sistemdir. Bu sistemde ayrıca, devlet organları, suçluları korumamakta, suçları etkili bir şekilde soruşturmakta ve sorumluları yargılamaktadır. Kısacası bu sistemde kişiler güven içinde yaşamakta ve dolayısıyla sisteme güven duymaktadır. İşte bu güven duygusu Mahkemeye göre hukuk devletinin temel bir unsuru olarak hukuk sisteminin meşruiyetini sağlayacaktır.

Hukuk sistemine olan güvenin sağlanması öncelikle bağımsız bir yargı ile mümkündür. Hukuk devleti ilkesi, yargı bağımsızlığına ve bu bağımsızlığı mümkün kılan erkler ayrılığına ilişkin başvurularda Mahkeme tarafından sabit bir referans olarak kullanılmaktadır. Mahkeme her ne kadar

devletin politik organları ile yargı organları arasındaki ilişkiler konusunda genel bir teori veya genel ilkeler ortaya koymasa da yargının işleyişinin her türlü dış müdahaleye karşı korunması gerektiğini ve erkler ayrılığının Sözleşme bakımından önemini birçok kez vurgulamıştır.²² Söz konusu dış müdahale yürütmeden gelebileceği gibi yasamadan da kaynaklanabilir. Örneğin, bir yargılamanın sonucunu doğrudan belirleyecek nitelikte bir yorum faaliyetinin mahkemeler tarafından değil de politik bir organ tarafından yapılmış olması adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır.²³ Benzer şekilde, genel yarara ilişkin zorlayıcı bir sebep bulunmaksızın yasama organının geriye yürüyecek bir kanun çıkarmak suretiyle devam eden bir özel hukuk yargılamasının sonucunu etkilemesi hukukun üstünlüğü ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırı olacaktır.²⁴

Hukuk sistemine olan güvenin daha belirgin bir biçimde ortaya çıktığı ve hukukun üstünlüğü ile ilişkilendirildiği davalar ise doğrudan yargı sisteminin işleyişini konu alan davalardır.²⁵ Bu davalarda yargı sisteminin öznelerine beslenen güvenin yanı sıra pozitif hukukun tutarlılığı ile güvenilirliğine olan inancın söz konusu olanlar da bulunmaktadır. Gerçekten de AİHM birçok kararında adaletin garantörü olan mahkemelerin üstlendiği misyonun bir hukuk devletinde son derece önemli olduğunu ve mahkemelerin her türlü faaliyetinin toplumun güvenine ihtiyaç duyduğunu vurgulamıştır.²⁶ AİHM öte yandan avukatları,²⁷ savcılarını,²⁸ yargıç ve

²² AİHM, Büyük Daire, *Stafford/Birleşik Krallık*, 28.05.2002, 46295/99, par. 78.

²³ AİHM, *Beaumartin/Fransa*, 15287/89, 24.11.1994, par. 38. Bu davada, bir uluslararası sözleşmenin yorumuyla ilgili bir sorun, yargılamanın sonucunu doğrudan belirleyecek nitelikte olmasına rağmen, Danıştay tarafından dış işleri bakanlığına havale edilmiştir.

²⁴ Örn., AİHM, *Raffineries grecques Stran and Stratis Andreadis/Yunanistan*, 13427/87, 09.12.1994, par. 49; AİHM, *Zielinski and Pradal & Gonzales*, 24846/94; 3416596; 34166/96, 28.10.1999, par. 57; AİHM, *Guadagno ve diğerleri/İtalya*, 61820/08, 01.07.2014, par. 28.

²⁵ Céline HUSSON-ROCHCONGAR, “La redéfinition permanente de l’Etat de droit par la Cour européenne des droits de l’homme”, *Civitas Europa* 2016/2 (N° 37), s. 193.

²⁶ Örn., AİHM, *De Haes et Gijssels/Belçika*, 19983/92, 24.02.1997, par. 37; AİHM, *Schöpfer/İsviçre*, 25405/94, 20.05.1998, par. 29; AİHM, *Rodriguez Ravelo/İspanya*, 48074/10, 12.01.2016, par. 40.

²⁷ AİHM, *Schöpfer/İsviçre*, 25405/94, 20.05.1998, par. 29. Mahkeme, avukatların yargı sistemi içerisinde oynadıkları kilit role değinmiş ve yargının iyi işleyişine ve dolayısıyla yargıya olan güvenin sağlanmasına katkı sunmalarının avukatlardan beklendiğini dile getirmiştir.

²⁸ AİHM, *Novosseletski/Ukrayna*, 47148/99, 22.02.2005, par. 111.

noterleri²⁹ ve icra görevlilerini³⁰ de hukuk devletinin esas unsurları olarak tanımlamış ve bu meslek gruplarının yargının iyi işleyişine katkı sunma yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak yargı sisteminin iyi işleyişinden sorumlu bütün önelere karşı halkın güveninin sağlanması, devletin yargısal fonksiyonunun meşruiyeti bakımından gereklidir.

Hukukun tutarlılığı ve güvenilirliği konusunda ise Avrupa Mahkemesi, pozitif hukuktaki bazı belirsizliklerin toplumun yargı sistemine olan güvenini azaltacağını vurgulamıştır. Bu vurgunun yapıldığı davalar bilhassa içtihat tutarsızlığının yol açtığı hak ihlalleri iddiası üzerine görülen davalardır. Örneğin Mahkemeye göre, ulusal mahkemelerin uygulamaları arasında bir uyum sağlayacak bir mekanizma olmaksızın önemli sosyal meselelere ilişkin bir alanda devam eden derin uyuşmazlıklar sürekli bir belirsizlik yaratacak ve bu durum hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan yargı sistemine güveni sekteye uğratacaktır.³¹ Benzer şekilde, kesin hüküm halini almış yargı kararlarının bağlayıcılığının sağlanmaması “*halkın yargı sistemine ve dolayısıyla hukuk devletine olan güvenini azaltacak bir hukuki güvensizlik ortamı*” yaratacaktır.³²

Toplumun güveninin hukuk devleti ile ilişkilendirildiği bir diğer durum devletin etkili soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmemesidir. Mahkemeye göre, kamu makamlarının öldürücü bir güç kullandığı veya işkence ve kötü muamele iddialarının gündeme geldiği durumlarda hızlı bir soruşturmanın yürütülmesi halkın güveninin ve hukuk devletine olan bağlılığının korunması bakımından son derece önemlidir.³³ Hızlı ve etkili bir soruşturma öte yandan yasa dışı eylemlerin devlet tarafından tolere edildiği veya bunların işlenmesine devlet organlarının ortak olduğu görünümünün ortaya çıkmasını da engelleyecektir. Görüldüğü gibi burada

²⁹ AİHM, *Döring/Almanya*, 37595/97, 09.11.1999 (kabul edilemezlik). Mahkeme bu kararında avukatlar, noterler ve yargıçlar için hukuk devletinin garantörü ifadesini kullanmıştır.

³⁰ AİHM, *Pini and Bertani and Manera and Atripaldi/Romanya*, 78028/01; 78028/01, 22.06.2004, par. 183.

³¹ AİHM, *Paduraru/Romanya*, 63252/00, 01.12.2005, par. 98.

³² AİHM, *Stere ve diğerleri/Romanya*, 25632/02, 23.02.2006, par. 53.

³³ Örn., AİHM, *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, 24746/94, 04.05.2001, par. 108; AİHM, *Yaşaroğlu/Türkiye*, 45900/99, 20.06.2006, par. 58; AİHM, *Hüseyin Esen/Türkiye*, 49048/99, 08.08.2006, par. 54; AİHM, *Okkalı/Türkiye*, 52067/99, 17.10.2006, par. 65; AİHM, *Büyük Daire, Šilih/Slovenya*, 71463/01, 09.04.2009, par. 195. Mahkeme bu son kararında tıbbi ihmaller sonucu meydana gelen ölüm olaylarında gündeme gelen soruşturma yükümlülüğü için de aynı ilkenin geçerli olacağını söylemiştir.

söz konusu olan yalnızca yargı ve adalet sistemine değil doğrudan devlet aygıtına karşı beslenen güvendir.

Mahkeme bu güveni daha da genişleterek “*vatandaşların devlete ve yasalara karşı meşru güveninin korunması gerekliliğini*” hukuk devletinin ayrılmaz bir unsuru şeklinde ifade etmiştir.³⁴ Bunun bir sonucu olarak, kamu makamları, yasalara aykırı uygulamaları düzeltmekle ve aksaklılara neden olan düzenlemeleri hukuk sisteminden çıkarmakla yükümlüdürler.³⁵

Özetle, Mahkeme, bu içtihadı ile özelde yargı sisteminin, genelde ise hukuk sisteminin iyi işleyişine ve devlete olan güvenle hukukun üstünlüğü arasında doğrudan bir bağ kurmaktadır. Aslında bu bağın kurulması pratikte önemli bir sonuç doğurmamaktadır. Nitekim mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin gözetilmemesinin adil yargılanma hakkının, etkili soruşturma yürütülmemesinin ise yaşam hakkının veya işkence yasağının ihlaline yol açacağı hukuk devleti kavramına başvurulmadan da ulaşılabilecek sonuçlardır. Mahkemenin, hukuk sistemine güvenin sağlanması gerektiği yönündeki ısrarlı söylemi, kanımızca, devletlerin bu alanlardaki yükümlülüklerinin pozitif hukukun ötesinde başka tezlerle güçlendirilmesi amacı taşımaktadır. Yukarıda verilen örneklerde bu amaca hizmet eden tez meşruldür. Etkili soruşturma yükümlülüğünü ele aldığımızda, bu yükümlülüğe, usule ilişkin bir pozitif yükümlülüğün ötesinde devlet faaliyetini meşrulaştırıcı bir anlam atfedilmesi bu alandaki devlet yükümlülüklerinin daha katı yorumlanmasına imkân tanıyabilecektir. Hiç kuşku yok ki, her halükârda devletin soruşturma yükümlülüğü bir özen yükümlülüğünün ötesine geçmeyecektir. Ancak bu yükümlülüğün meşruiyet kavramı ile ilişkilendirilmesi kamu makamlarından beklenen özeni yüksek tutacaktır. Zira devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi yalnızca Sözleşme’nin bir maddesini ihlal etmekle kalmayacak, aynı zamanda halkın devlete olan güvenini de sarsacaktır. Devlet yükümlülüklerinin güçlenmesi ise doğal olarak AİHM’nin daha sıkı bir denetim gerçekleştirmesine zemin hazırlayacaktır. Mahkemelerin bağımsızlığı meselesine de aynı mantıkla yaklaşmak mümkündür. Bağımsızlığını yitirmiş bir mahkeme sadece bundan şikayetçi olan başvuruçunun adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmakla kalmamakta, bu kişinin ve toplumun yargı sistemine olan inancını da zayıflatmaktadır. Dolayısıyla, mahkemelerin bağımsızlığının yahut daha genel olarak yargı sisteminin iyi işleyişinin güvence altına

³⁴ AİHM, Büyük Daire, *Broniowski/Polonya*, 31443/96, 22.06.2004, par. 184.

³⁵ *Ibid.*

alınması, adil yargılanma hakkından kaynaklanan şekli bir yükümlülüğün ötesinde yargı sisteminin meşruiyetinin sağlanması için gerekli bir ödevdir.

Sonuç olarak, hukukun üstünlüğünden kaynağını alan bu meşruluk tezi, AİHM'nin belirli bir davada sonuca ulaşmak için savunduğu tezlere eklenen ve bunları güçlendiren bir unsur olarak kabul edilmelidir. Bu sayede devlet yükümlülükleri daha katı yorumlanabilmekte ve Mahkemenin uyguladığı denetim daha sıkı olabilmektedir. Öte yandan, hukukun üstünlüğüne yüklenen bu meşrulaştırıcı fonksiyon, bu ilkeye Mahkeme içtihadında salt şekli birtakım sonuçlar bağlanmadığına, aksine büyük ölçüde maddi bir işlev atfedildiğine tanıklık etmektedir.

B. Hukukun Üstünlüğü ve Sözleşme'nin Yorumu

Hukukun üstünlüğü ilkesinin AİHM içtihadında üstlendiği bir diğer bir temel fonksiyon Sözleşme'nin yorumuna ilişkindir. Mahkeme, hukukun üstünlüğü ilkesinin Sözleşme'nin bütün maddelerine içkin olduğunu³⁶ ve Sözleşme'yi hukukun üstünlüğü ilkesi ışığında yorumladığını³⁷ defalarca dile getirmiştir. Aynı şekilde Mahkeme, adil yargılanma hakkının da Sözleşme'nin Başlangıç kısmında ilan edilen ve sözleşmecî devletlerin ortak mirasının bir bileşeni olan hukukun üstünlüğü ilkesi ışığında yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.³⁸

Hukukun üstünlüğü ilkesine yapılan bu vurgunun içi boş bir söylem olmadığı Mahkeme'nin önüne gelen henüz ilk başvuru olan *Lawless/İrlanda* başvurusunda ortaya çıkmıştır. Bu vakada, başvuru Sözleşme'nin 5., 6. ve 7. maddelerinin ihlal edildiğini öne sürmüş; savunmacı hükümet ise başvurucunun bir terör örgütü üyesi olduğunu ve Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik faaliyetlerde bulunduğunu gerekçe göstererek Sözleşme'nin 17. maddesi gereği başvurucunun Sözleşme'de tanınan hakları öne süremeyeceğini savunmuştur. Başvuruyu ilk aşamada inceleyen (eski) Komisyon bu tezi kabul etmemek için hukukun üstünlüğü ilkesine başvurmuştur. Komisyona göre başvuru terör eylemlerine katılmış olsa dahi Sözleşme'nin korumasından mahrum bırakılmamalıdır.³⁹ Aksi bir yorumda bulunmak

³⁶ Örn., AİHM, *Amuur/Fransa*, 19776/92, 25.06.1996, par. 50; AİHM, Büyük Daire, *Karácsony ve diğerleri/Macaristan*, 42461/13, 44357/13, 17.05.2016, par. 156.

³⁷ Örn., AİHM, *Sovtransavto Holding/Ukrayna*, 48553/99, 25.07.2002, par. 82.

³⁸ Örn., AİHM, Büyük Daire, *Brumarescu/Romanya*, 28342/95, 28.10.1999, par. 61.

³⁹ Komisyon bu noktada başvuru tarafından öne sürülen 5., 6. ve 7. maddedeki hakların Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi amacı ile kullanılmadığını; bu hak ve güvencelerin din ve vicdan, ifade, toplantı ve örgütlenme özgürlüklerinden nitelikleri

Komisyona göre savunmacı hükümetin terör eylemlerine iştirak etmiş kişilerin yargısız infaz edilmesine, bu kişilere işkence yapılmasına ve süresiz özgürlüğünden mahrum bırakılmasına başka bir deyişle Sözleşme'deki bütün güvencelerden mahrum bırakılmasına imkân tanıyacaktı. Bu tür bir yorum ise hukukun üstünlüğü ilkesine açıkça aykırı olacaktır.⁴⁰ AİHM, Komisyonun bu yorumunu benimsemiş ancak kararında açıkça hukukun üstünlüğü ilkesine yollama yapmamıştır.⁴¹

Mahkemenin hukukun üstünlüğü ilkesini doğrudan kullanarak Sözleşme'de tanınan güvenceleri geniş yorumlamasına verilebilecek belki de en güzel örnek *Golder* davasıdır.⁴² Bu başvuruda Mahkeme tarafından yanıtlanması gereken soru mahkemeye erişim hakkının Sözleşme'nin 6. maddesiyle korunan adil yargılanma hakkı kapsamına girip girmediğidir. Söz konusu maddede mahkemeye erişim hakkının açıkça düzenlenmemesini gerekçe gösteren hükümet dar bir yorum yapılması gerektiğini savunurken, Komisyon aksi yönde görüş bildirmiş ve Sözleşme'nin Başlangıç kısmının insan haklarının korunmasına ve hukukun üstünlüğüne atfı yaptığı bölümün bu kısmın en anlamlı veya belirleyici parçası olduğunu dile getirmiştir. Komisyonun bu yaklaşımını kayıtsız benimseyen Mahkeme söz konusu ifadenin Sözleşme'nin yorumu bakımından önemsiz basit bir hatırlatma olarak değerlendirilemeyeceğini açıklıkla ifade etmiştir.⁴³ Mahkeme bir adım daha ileri giderek taraf devletlerin Sözleşme'yi imzalayarak İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile tanınan birtakım hakların kolektif güvencesini sağlama yükümlülüğü altına girmelerinin dayanağını bu devletlerin hukukun üstünlüğüne olan samimi bağlılığıyla açıklamıştır. İnsan haklarının korunmasını hukukun üstünlüğüne bağlılığın bir sonucu olarak gören Mahkeme bir adım sonrasında, hukuk yargılamasında mahkemeye erişim imkânı olmaksızın hukukun üstünlüğünün tasavvur edilemeyeceğini belirtmiştir.⁴⁴ Hukukun üstünlüğü böylece Sözleşme'nin teleolojik yorumuna yön veren temel bir ilke kabul edilmiştir.

Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerin kapsamının geniş yorumlanmasında hukukun üstünlüğü ilkesinin oynadığı belirleyici role

gereği farklı olduğunun altını çizmiştir. AİHK, *Lawless/İrlanda*, 332/57, 19.12.1959 tarihli Rapor, par. 141.

⁴⁰ Bkz. Patrick WACHSMANN, *op. cit.*, s. 247.

⁴¹ AİHM, *Lawless/İrlanda (No. 3)*, 332/57, 01.07.1961, par. 6-7.

⁴² AİHM, *Golder/Birleşik Krallık*, 4451/70, 21.02.1975.

⁴³ Par. 34.

⁴⁴ *Ibid.*

ilişkin daha birçok örnek gösterilebilir.⁴⁵ Bu örneklerin hepsine değinmek kanımızca elzem görünmemektedir. Ancak hukukun üstünlüğünün bu fonksiyonunun kararın merkezine oturduğu Büyük Daire'nin 2016 yılında verdiği *Baka/Macaristan* kararına değinmemek bir eksiklik olacaktır.⁴⁶ Bu davanın konusu Macaristan Yüksek mahkemesi Başkanı başvuru Baka'nın görev süresi henüz dolmadan bir anayasa değişikliği ile başkanlık görevinden alınmasıdır. Anayasal bir düzenlemeyle gerçekleştirilen bu işleme karşı yargı yolunun kapalı olmasından yakınan başvuru mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini öne sürmektedir. Bilindiği üzere, Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, kamu görevlilerine ilişkin uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamı dışında kalabilmesi için iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir: Ulusal hukukun söz konusu kamu görevlileri sınıfı için yargı yolunu açıkça kapatması ve bunun devletin menfaatine ilişkin objektif gerekçelere dayanması.⁴⁷ Somut vakada asıl tartışma birinci koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği konusundadır zira başvuru mahkemesinin görevden alınması işlemi ile bu işlemin yargı yolu dışında bırakılması eş zamanlı olarak gerçekleşmiştir. Mahkeme bu noktada orijinal bir yorum yaparak görevden alınma işlemine karşı yargı yolunun kapalı olup olmadığı incelemesinde dikkate alınması gereken anın anayasa değişikliğinin yapıldığı an değil de bu değişikliğin öncesi olduğuna kanaat getirmiştir.⁴⁸ Başka bir ifadeyle, normal koşullarda yargı yolu açık olan bir işlemi kişinin görevine son veren bir başka düzenlemeyle eş zamanlı olarak yargı denetimi dışında bırakmak yukarıda anılan birinci koşulun sağlandığı şeklinde yorumlanamayacaktır. Mahkemenin bu yorumu benimserken başvurduğu ilke hukuk devleti ilkesi olmuştur. Nitekim Mahkemeye göre başvuru mahkemeye erişim hakkından mahrum bırakan düzenlemenin hukuk devleti ilkesine uygun olduğu şüphelidir.⁴⁹ Oysa mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldıran bir ulusal düzenlemenin İHAS madde 6/1 bakımından sonuç doğurması için bu düzenlemenin Başlangıç kısmında açıkça zikredilen hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olması gerekir.⁵⁰ Aksi bir yorum taraf devletlere yargı denetimi dışında kalan bir *ad hoc* işleme

⁴⁵ Bkz. Patrick WACHSMANN, *op. cit.*, s. 247 vd.

⁴⁶ AİHM, Büyük Daire, *Baka/Macaristan*, 20261/12, 23.06.2016.

⁴⁷ AİHM, Büyük Daire, *Vilho Eskelinen ve diğerleri/Finlandiya*, 63235/00, 19.04.2007, par. 62.

⁴⁸ Par. 116.

⁴⁹ Par. 121. Venedik Komisyonu da söz konusu düzenlemenin bir tek kişiyi hedef alması nedeniyle hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Bkz. par. 59.

⁵⁰ Par. 117.

devlet görevlilerine ilişkin bireysel işlemleri yargı denetimi dışında bırakma olanağı tanıyacağından suiistimallere kapı aralayacaktır.⁵¹

Bu üç kararın ortak noktası, devletlerin temel hak ve özgürlüklere müdahale ederken ihlal edemeyecekleri sınırların hukukun üstünlüğü aracılığıyla çizilmesidir. Bu sınır Sözleşme'nin etkili bir biçimde uygulanmasının engellenmesidir. Devletlerin, Sözleşme ile tanınan güvenceleri etkisiz kılacak bir yorum veya yasal/anayasal bir düzenleme yapmaları durumunda Sözleşme'nin bütününün yorumuna ışık tutan hukukun üstünlüğü ilkesi devreye girmektedir. Bu sınır *Lawless* kararında temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının amacı dışında yorumlanması, *Golder* kararında adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemenin dar, lafzi yorumunun benimsenmesi, *Baka* kararında ise mahkemeye erişim hakkının kişiye özel ve yargı denetimi dışında bir işlemle engellenmesidir. Her üç durumda da ilgili güvencelerin içi boşaltılmakta ve Sözleşme'nin amacıyla uyuşmayan sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Hukukun üstünlüğü bu bakımdan Sözleşme'nin amaçsal yorumuna katkı sunan yol gösterici bir ilke olarak ön plana çıkmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün Mahkemenin yorumsal faaliyetindeki bir başka önemli fonksiyonu yasallık ve hukuki güvenlik ilkelerine saygının ve de adil yargılanma hakkının unsurlarının etkili bir şekilde korunmasının sağlanmasında ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, hukukun üstünlüğü ilkesi söz konusu güvencelerin varlık nedeni olarak belirlemekte fakat yeni bir hak veya güvence yaratmaktan ziyade söz konusu güvencelerin içeriğini doldurarak mevcut içtihadı sağlamlaştırmaya katkı sunmaktadır. Ortak noktası kamu gücünün keyfi kullanımına karşı bireyi korumak olan bu içtihat hukukun üstünlüğüne en yaygın ve sistematik yollamanın yapıldığı içtihatır.

Mahkemenin benimsediği yasallık ilkesi hem şekli hem de maddi anlamda anlaşılmalıdır. Nitekim Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklere kamu gücü tarafından getirilen sınırlamaların sadece iç hukukta yasal bir dayanağının olması yeterli değildir; bu yasal dayanağın aynı zamanda erişilebilirlik ve öngörülebilirlik ölçütlerini de karşılaması gerekmektedir.⁵² Mahkemenin kendi ifadelerine göre, yürütmeye bırakılan takdir yetkisinin sınırsız olması durumunda, bu yetkiyi düzenleyen yasa hukukun üstünlüğüne aykırı olacaktır. Dolayısıyla bireye keyfiliğe karşı etkili bir

⁵¹ Par. 116.

⁵² Örn, AİHM, *Amuur/Fransa*, 1977/92, 25.06.1996, par. 50.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

koruma sağlanması için söz konusu takdir yetkisinin kapsamı ve kullanım koşulları yasalar tarafından yeterli netlikte belirlenmelidir.⁵³

Bireyi kamu gücünün keyfi kullanımına karşı koruma vurgusu sırasıyla kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile cezaların yasallığı ilkesini düzenleyen Sözleşme'nin 5. ve 7. maddelerine ilişkin kararlarda da hukukun üstünlüğü ilkesi ile bir arada yapılmaktadır. 5. madde kapsamında, hukukun üstünlüğü yalnızca kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan işlemin usul ve içerik bakımından yasalara uygun olmasını değil⁵⁴ aynı zamanda özgürlükten yoksun bırakma nedenlerinin dar yorumlanmasını da gerektirmektedir.⁵⁵ Mahkeme öte yandan 7. maddenin sağladığı güvencenin hukukun üstünlüğünün esas unsurlarından biri olduğunu kaydederek, bu maddenin keyfi kovuşturmalara, mahkumiyetlere ve cezalara karşı etkili bir koruma sağlayacak şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁶

Bunların dışında hukukun üstünlüğü ilkesi çok sayıda usul güvencesiyle özdeşleşmiş durumdadır. Her şeyden önce bu ilkenin bir gereği olarak hak ve özgürlüklere yürütmeden gelen her türlü müdahalenin bağımsız bir yargısal denetime tabi tutulması gerekmektedir. Başka denetim mekanizmaları öngörülse dahi en azından son kerte bağımsızlık, tarafsızlık ve usul güvenceleri bakımından en etkili korumayı sağlayacak olan yargısal denetim hukukun üstünlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak Mahkeme içtihadında ifade edilmiştir.⁵⁷ Öte yandan, Mahkeme Sözleşme'de merkezi bir öneme sahip olan adil yargılanma hakkının hukukun üstünlüğü ilkesinin bir yansıması olduğunu belirtmiştir.⁵⁸ Buradan hareketle mahkemeye erişim hakkının yanı sıra bu maddeyle tanınan birçok güvence

⁵³ AİHM, *Malone/Birleşik Krallık*, 8691/79, 02.08.1984, par. 68; AİHM, *Ben Faiza/Fransa*, 31446/12, 08.02.2018, par. 60.

⁵⁴ AİHM, *Winterwerp/Hollanda*, 6301/73, 24.10.1979, par. 39. Mahkeme bu kararında “hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik bir toplumda keyfi bir tutuklamanın asla ‘usulüne uygun’ sayılamayacağını” belirtmiştir. Mahkeme bir başka kararında ise “bir kişinin somut bir yasal düzenlemeye veya bir yargı kararına dayanmaksızın belirsiz ve öngörülemez bir süreliğine” tutuklu kalmasına olanak tanıyacak bir uygulamanın “başlı başına Sözleşme’de örtülü bir şekilde yer alan ve hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesine aykırı” olduğunu belirtmiştir. AİHM, *Baranowski/Polonya*, 28358/95, 28.03.2000, par. 56.

⁵⁵ AİHM, *Engels ve diğerleri/Hollanda*, 5100/71 (...), 08.06.1976, par. 69.

⁵⁶ AİHM, *S.W./Birleşik Krallık*, 20166/92, 22.11.1995, par. 34.

⁵⁷ AİHM, *Klass ve diğerleri/Almanya*, 06.09.1978, par. 55; AİHM, *Sissanis/Romanya*, 23468/02, 25.01.2007, par. 71.

⁵⁸ AİHM, *Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1)*, 6538/74, 26.04.1979, par. 55.

doğrudan hukukun üstünlüğü ilkesiyle desteklenmiştir. Suçsuzluk karinesi,⁵⁹ savunma hakları,⁶⁰ makul sürede yargılanma hakkı,⁶¹ kesinleşmiş yargı kararlarının icrasını isteme hakkı⁶² ve bu kararların kesinliğinin sağlanması,⁶³ mahkemelerin yasayla kurulmuş olması koşulu⁶⁴ gibi hak ve güvenceler hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilmiştir.

Hukukun üstünlüğü ilkesinin bu denli yaygın bir şekilde kullanılması ve bu ilkeye atfedilen önemin Mahkemece güçlü ve istikrarlı bir biçimde dile getirilmesi adeta hukukun üstünlüğünün bağımsız bir ilke olarak Sözleşme tarafından korunduğu izlenimini doğurmaktadır. Nitekim bu ilkenin açıkça ihlal edildiği kimi durumlarda Mahkeme ihlal edildiği öne sürülen hak veya güvenceden ziyade hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkesine vurgu yapmaktadır. Örneğin, serbest bırakılması yönünde bir mahkeme kararına rağmen serbest bırakılmayan bir kişinin başvurusunda Mahkeme bu tutukluluğun tamamen “*keyfi ve hukuk devletinin kurucu ilkelerine aykırı*” olduğunu vurgulamıştır.⁶⁵ İşkence sonucu elde edilen delillerin geçerliliği konusunda da Mahkeme hukuk devletine dayalı hiçbir hukuk sisteminin işkence sonucu elde edilen delillerin kullanılmasına müsaade etmeyeceğini belirttiikten sonra but tür delillerin bizzat hukuk devletinin korunması için reddedilmesi gerektiğini kaydetmiştir.⁶⁶ Yargı kararlarının uygulanmasının yasa koyucunun müdahalesiyle engellendiği ve idari organların inisiyatifine bırakıldığı bir davada da Mahkeme, bu durumun “*hukukun üstünlüğe ilkesine aykırı*” olduğunu ayrıca vurgulamıştır.⁶⁷ Nihayet, suç işlediği şüphesiyle tutulan kişilerin yasalara aykırı ve gizli bir şekilde sınır dışı edilmesi veya yabancı gizli servis elemanları tarafından teslim alınıp

⁵⁹ AİHM, *Salabiaku/Fransa*, 10519/83, 07.10.1988, par. 28,

⁶⁰ AİHM, *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue/Belçika*, 64772/01, 09.11.2006, par. 75.

⁶¹ AİHM, Büyük Daire, *Sürmeli/Almanya*, 75529/01, 08.06.2006, par. 104.

⁶² AİHM, *Hornsby/Yunanistan*, 19.03.1997, par. 40; AİHM, Büyük Daire, *Immobiliare Saffi/İtalya*, 28.07.1999, par. 63; AİHM, *Matheus/Fransa*, 62740/00, 31.03.2005, par. 70.

⁶³ AİHM, Büyük Daire, *Brumarescu/Romanya*, 28342/95, 28.10.1999, par. 61.

⁶⁴ AİHM, *Jorgic/Almanya*, 74613/01, 12.07.2007, par. 64. Mahkemeye göre “yasayla kurulmuş mahkeme” ifadesi Sözleşme’nin öngördüğü koruma sisteminin ayrılmaz bir unsuru olan hukuk devleti ilkesini yansıtmaktadır. AİHM, ayrıca, yasa koyucunun iradesine uygun bir biçimde kurulmamış olan bir organın demokratik bir toplumda davaları karara bağlamak için gerekli meşruiyetten yoksun olacağına altını çizmiştir. AİHM, *Lavents/Letonya*, 58442/00, 28.11.2002, par. 114.

⁶⁵ AİHM, Büyük Daire, *Assanidzé/Gürcistan*, 71503/01, 08.04.2004, par. 199.

⁶⁶ AİHM, *Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık*, 8139/09, 17.01.2012, par. 264.

⁶⁷ AİHM, Büyük Daire, *Immobiliare Saffi/İtalya*, 22774/93, 28.07.1999, par. 74.

sorgulanması durumunda da hukuk devleti ilkesi vurgusu ön plana çıkmaktadır. Mahkemeye göre bu tür uygulamalar hukuk devleti ilkesiyle tam bir tezat oluşturacak veya Sözleşme tarafından korunan değerlere ve hukuk devletine tamamen aykırı olacaktır.⁶⁸

Sonuç olarak, değinilen içtihadın ışığında, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerinin Sözleşme sisteminde merkezi bir öneme sahip olduğunu ve her surette saygı duyulması hatta korunması gereken ilkeler olduğunu söylemek abartılı olmayacaktır. İchtihadın geldiği noktada bu ilkeler yalnızca bir yorum aracı veya güvenceleri güçlendiren teknik birer kavram değil, bunların ötesinde Sözleşme tarafından korunan bağımsız bir değer, Sözleşme'ye taraf devletlerin sahip olmaya çalıştıkları bir ideal hukuk düzeni olarak görülmektedir.

II. Hukukun Üstünlüğünün Göreceliği

Bir önceki başlıkta çizilen tablo hukukun üstünlüğü ilkesinin Sözleşme sisteminin bütününe etkisi altına alan mutlak bir ilke olduğu izlenimini vermektedir. Ne var ki bu tablonun dışında kalan ve hukukun üstünlüğünün güç kaybettiği alanların olduğu da belirtilmelidir. Bu alanların ilki ceza yargılamalarında adil yargılanma hakkının bel kemiğini oluşturan sanık haklarıdır. İkincisi ise Mahkeme'nin, ikincilik ilkesine gönderme yaparak ulusal hukuk sistemlerine havale ettiği, yapısal sorunlardan kaynaklanan büyük çaplı insan hakları ihlalleridir.

A. “Bütünsel Hakkaniyet” Yaklaşımı ve Hukukun Üstünlüğünün Gerileyişi

“Bütünsel hakkaniyet” veya “global hakkaniyet”⁶⁹ kavramı AİHM'nin adil yargılanma hakkına ilişkin başvuruları incelerken başvurduğu temel kavramlardan veya ölçütlerden biridir. Buna göre bir yargılamanın adil olup olmadığına karar vermek için yargılama süreci bir bütün olarak ele alınmalıdır. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak yargılama sürecinin farklı aşamalarında ortaya çıkabilecek usul ihlalleri veya iç hukuka aykırı uygulamalar yargılamanın bütününe adil olmaktan çıkarmadıkça görmezden gelinebilecektir. Bu haliyle dahi hukukun üstünlüğü ilkesine uygunluğu tartışmalı olan bu yaklaşım son yıllarda savunma haklarının sınırlanmasına

⁶⁸ Örn., AİHM, *Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık*, 8139/09, 17.01.2012, par. 200; AİHM, *Nasr et Ghali/İtalya*, 44883/09, 23.02.2016, par. 244.

⁶⁹ *Global fairness/équité globale*.

neden olacak bir evrim içerisinde. Bu konuda üç örnek üzerinde durulabilir.

Bunlardan birincisi yasa dışı yöntemlerle elde edilen delillerin ceza davasında sanık aleyhine kullanılmasıdır. Mahkeme bu konuya ilişkin ilk kararından itibaren delillerin kabulü meselesinin bir iç hukuk sorunu olduğunu, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddenin bu konuda bir hüküm içermediğini söylemektedir.⁷⁰ Yasa dışı telefon dinlemelerinin ceza yargılamasında kanıt olarak kullanıldığı bu davada Mahkeme, yasa dışı yollarla elde edilmiş bir delilin ulusal mahkemeler tarafından kullanılmasının kendisi tarafından soyut bir biçimde reddedilemeyeceğini; kendi görevinin somut vakadaki yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığının tespitinden ibaret olduğunu belirtmiştir.⁷¹ Mahkeme ileri tarihli kararlarında ise söz konusu usul ihlallerinin Sözleşme bakımından bir hak ihlali doğurup doğurmadığını, doğuruyorsa ihlal edilen hakkın niteliğini dikkate alarak adil yargılanma hakkına ilişkin iddiaları karara bağlamıştır. Bu kapsamda, özel yaşamın korunması gibi koşullu bir hakkın ihlali otomatik olarak yargılanmayı adil olmaktan çıkarmazken,⁷² işkence ve kötü muamele yasağı gibi mutlak bir hakkın ihlali doğrudan adil yargılanma hakkının da ihlaline neden olabilmekteydi.⁷³ İkinci durumda, Mahkemeye göre, sanığın ifadesinin delil olarak kullanılmasının sanığın mahkûm olması üzerinde belirleyici bir etkisi olup olmadığından bağımsız bir şekilde yargılamanın bütünü adil olmaktan çıkmaktaydı. Söz konusu olan ifadenin kendisi değil de bu ifade sayesinde elde edilen maddi deliller olduğunda Mahkeme işkenceyle elde edilen ifadelere dayalı maddi delillerin hiçbir surette kullanılmayacağını söylemiş ancak işkence dışındaki insanlık dışı

⁷⁰ AİHM, *Schenk/İsviçre*, 10862/84, 12.07.1988, par. 46.

⁷¹ Sonuç olarak, Mahkeme, başvuruçunun iç hukuktaki yargılamada savunma haklarını eksiksiz bir şekilde kullanabildiğini ve yasa dışı dinlemelerin mahkemelerin dikkate aldığı tek delil olmadığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

⁷² AİHM, *Khan/Birleşik Krallık*, 35394/97, 12.05.2000, par. 36-40. Bu davada sanığın mahkumiyetine dayanak yapılan tek delil gizli dinlemeler sonucu elde edilen kayıtlar olmasına rağmen Mahkeme yargılamanın genelini adil olduğu gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine kanaat getirmiştir. Söz konusu gizli dinlemeler iç hukuk bakımından yasal olmakla birlikte Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yasal dayanaktan mahrum olduğu gerekçesiyle ihlal olarak değerlendirilmiştir. Aynı yönde bkz. AİHM, *P.G. and J.H./Birleşik Krallık*, 44787/98, 25.09.2001, par. 76-81; AİHM, *Büyük Daire, Bykov/Rusya*, 4378/02, 10.03.2009, par. 94-98.

⁷³ Örn., AİHM, *Örs ve diğerleri/Türkiye*, 46213, 20.06.2006, par. 60; AİHM, *Haroutyunian/Ermenistan*, 36549/03, 28.06.2007, par. 63; AİHM, *Göçmen/Türkiye*, 72000/01, 17.10.2006, par. 73-74.

veya zalimane bir muameleyle elde edilen maddi deliller için bir yorumda bulunmamıştı.⁷⁴ Bu soruyla *Gäfgen/Almanya* başvurusunda karşılaşılan Mahkeme işkence ile insanlık dışı muamele arasında bir ayırım yaparak, insanlık dışı bir muameleyle elde edilen ifadeye dayanılarak toplanan maddi delillerin otomatik olarak yargılama sürecini adil olmaktan çıkarmayacağını savunmuştur. Mahkeme, bu tür delillerin sanığın mahkûm olması üzerinde bir etki doğurmuş olmasını ölçüt olarak almış, somut vakada ise böyle bir etkinin oluşmadığına kanaat getirmiştir.⁷⁵ Başka bir ifadeyle, işkence yoluyla elde edilen deliller gündeme geldiğinde global hakkaniyet yaklaşımı uygulanmazken, bizzat Mahkeme tarafından insanlık dışı olarak nitelenen bir yöntemle elde edilen deliller tek başına yargılamanın genel hakkaniyetini sakatlamamıştır.⁷⁶

Benzer bir esnemenin yaşandığı bir diğer alan, kovuşturma öncesi dönemde şüphelinin avukat yardımından yararlanma hakkına ilişkin başvurulardır. Mahkeme bu konudaki genel prensipleri ortaya koyduğu *Salduz* kararında, adil yargılama hakkının yeterince somut ve etkili bir şekilde korunması için avukat yardımından yararlanma hakkının, prensip olarak, ilk polis sorgusundan itibaren tanınması gerektiğini ifade etmiştir.⁷⁷ Bununla birlikte somut vakanın kendine has koşulları ışığında avukat yardımından yararlanma hakkının kısıtlanmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler var olabilir. Ancak istisnai nitelikteki bu durumda dahi getirilebilecek sınırlama şüphelinin 6. maddede korunan haklarına zarar vermemelidir. Mahkeme buna örnek olarak avukat yardımından yararlanma imkânı olmayan bir şüphelinin polis ifadesi sırasında sarfettiği kendisini suçlayıcı ifadelerin mahkumiyetine dayanak olarak kullanılmasını göstermiştir. Mahkemeye göre, böyle bir durumda, “prensip olarak”, savunma hakkına telafisi mümkün olmayan bir müdahalede bulunduğu kabul edilmelidir.⁷⁸ Büyük Daire tarafından oy birliği ile ortaya konan bu ilkeler birçok kararda uygulanmıştır.⁷⁹ Sorgu sırasında avukata erişim

⁷⁴ AİHM, Büyük Daire, *Jalloh/Almanya*, 54810/00, 11.07.2006, par. 105-108.

⁷⁵ AİHM, Büyük Daire, *Gäfgen/Almanya*, 22978/05, 01.06.2010, par. 162-164.

⁷⁶ AİHM bu kararında, başvurucuya uygulanan sorgulama yönteminin insanlık dışı bir muamele oluşturduğuna kanaat getirerek Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

⁷⁷ AİHM, Büyük Daire, *Salduz/Türkiye*, 36391/02, 27.11.2008, par. 55.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Jérémie VAN MEERBEECK, “Le droit à l’assistance d’un avocat à l’aune de la jurisprudence *Salduz*: le pouvoir judiciaire entre Charybde et Scylla”, *Journal des Tribunaux*, No. 6398, 05.06.2010, s. 382.

imkanının haklı bir gerekçe olmaksızın kısıtlandığı durumlarda, Mahkeme, bu usul ihlalinin davanın sonucu üzerindeki etkisinden bağımsız olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁰ Hatta şüphelinin sorgu sırasında susma hakkını kullandığı durumlarda dahi avukat yardımından yararlanma imkânı bulunmadığı gerekçesiyle yargılamanın bütününe sakatlandığı yönünde kararlar çıkmıştır.⁸¹

Ne var ki bu içtihat da yakın zamanda Mahkeme tarafından gözden geçirilmiş ve kayda değer bir değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklik Londra’da 2005 yılında gerçekleştirilen terör saldırısı girişiminin şüphelilerinin sorgulanmasını ve yargılanmasını konu alan *İbrahim ve diğerleri* kararı ile gündeme gelmiştir.⁸² Bu vakada başvurulardan üçünün polis sorgusu sırasında avukata erişim hakkı mevzuata uygun olarak engellenmiş, bu sorgu sırasında verdikleri ifadeler aleyhlerine delil olarak kullanılmıştır. Kısacası Mahkemenin *Salduz* kararında adil yargılanma hakkının telafisi mümkün olmayacak şekilde zarar görmesine örnek olarak gösterdiği durum gerçekleşmiştir. Ne var ki AİHM, *Salduz* kararındakinden farklı bir yaklaşım sergilemiş ve bu durumda dahi yargılamanın bütününe adil olup olmadığına bakılması gerektiğini söylemiştir. Mahkeme bu yorumu yaparken *Salduz* kararında “prensip olarak” ifadesini kullandığını dolayısıyla avukata erişim hakkı olmadan alınan ifadelerin şüphelinin mahkumiyetine esas alınmasının otomatik olarak yargılamayı sakatlamayacağını belirtmiştir.⁸³

Aynı durum, bu konuda gösterilebilecek üçüncü örnek olan tanıkları sorgulama hakkı bakımından da geçerlidir. Savunma hakkının önemli bir unsuru olan bu güvence silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilmelidir. Bu konudaki temel ilkelerin ortaya konduğu karar

⁸⁰ AİHM, *Pishchalnikov/Rusya*, 7025/04, 24.09.2009, par. 81.

⁸¹ AİHM, *Dayanan/Türkiye*, 7377/03, 13.10.2009, par. 33.

⁸² AİHM, Büyük Daire, *İbrahim ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 50541/08; (...), 13.09.2016.

⁸³ Par 260. Mahkeme, öte yandan, avukata erişim hakkının kısıtlanmasını gerektirecek zorlayıcı bir neden olmaksızın bu hakkın engellenmesinin de otomatik olarak 6. maddenin ihlaline yol açmayacağını, her durumda global hakkaniyet yaklaşımıyla çözüme ulaşılacağını eklemiştir. Belirtmek gerekir ki *Salduz* kararı sonrası Mahkemenin her iki yönde de kararları vardır. Kimi kararlarda zorlayıcı sebeplerin yokluğu otomatik olarak adil yargılanma hakkının ihlalinin doğururken kimi kararlarda yargılama sürecinin bütünü göz önüne alınarak sonuca ulaşılmıştır. Yakın tarihli bir Büyük Daire kararı ikinci yaklaşımı benimsemiş ve zorlayıcı bir sebebin bulunmamasının tek başına yargılama sürecini sakatlamayacağını belirtmiştir. AİHM, Büyük Daire, *Simeonovi/Bulgaristan*, 21980/04, 12.05.2017.

Büyük Dairenin *Al-Khawaja and Tahery* kararırır.⁸⁴ Mahkeme bu kararında bilhassa başvuruunun mahkumiyetine dayanak teşkil eden tanıklığı yapan kişinin başvuruu tarafından sorgulanamamasının adil yargılanma hakkı bakımından etkilerini sistemleştirmeye çalışmıştır. Mahkeme öncelikle bütünsel hakkaniyet yaklaşımı gereği böyle bir olasılığın otomatik olarak 6. maddenin ihlalini doğurmayacağını belirtmiş, ardından, yapacağı incelemede kullanacağı kriterleri sıralamıştır: Tanığın duruşmada sorgulanamamasını haklı kılan ciddi bir gerekçenin var olup olmadığı; yapılan tanıklığın sanığın mahkumiyetinin “tek ya da belirleyici” dayanağı olması durumunda bu tanıklığın kabul edilmesinin sanık açısından yarattığı dezavantajın başka usul güvenceleriyle giderilip giderilmediği.⁸⁵ Bu karardan dört yıl sonra aynı hukuki sorunla karşılaşan Büyük Daire bu kriterlere bir açıklama getirme ihtiyacı duymuştur.⁸⁶ Mahkemeye göre tanığın sorgulanamamasını haklı kılan ciddi bir gerekçenin olmaması durumunda dahi diğer ölçütler değerlendirilecek; sorgulanamayan tanığın ifadeleri sanığın mahkumiyeti bakımından tek veya belirleyici unsur olsa dahi savunma haklarının genel olarak ne derece etkilendiği araştırılacaktır. Kısacası hiçbir ciddi gerekçe olmaksızın duruşmada sorgulanamayan bir tanığın ifadeleri sanığın mahkumiyetine tek dayanak olsa dahi yargılanma bir bütün olarak incelenecek ve bu eksikliği telafi eden unsurların yargılamada bulunması durumunda adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmedilecektir.

Böylece, Mahkemenin de açıkça altını çizdiği gibi, adil yargılanma hakkının sanığa sağladığı güvenceler (madde 6/3) kendi başlarına birer amaç değil yargılamanın bütününün adil olmasını amaçlayan “asgari güvenceler” olarak değerlendirilmektedir.⁸⁷ Ancak, kanımızca, bu güvencelerin asgari nitelikte olduğu söylendikten sonra bunların bağımsız bir güvence şeklinde anlaşılması gerektiğinin savunulması bir çelişki barındırmaktadır. Nitekim Sözleşme’nin 6. maddesi söz konusu güvenceleri “bir suç ile itham edilen herkesin” sahip olduğu haklar şeklinde ilan etmiştir. Öte yandan bu hakların hepsinin ortak amacı gerçeklerin açığa çıkarılması, şüphelilerin veya sanıkların baskı veya kötü muamele altında ifade vermeye ve kendilerini suçlamaya zorlanmamaları, silahların

⁸⁴ AİHM, Büyük Daire, *Al-Khawaja and Tahery/Birleşik Krallık*, 26766/05 ve 22228/06, 15.12.2011.

⁸⁵ Par. 128.

⁸⁶ AİHM, Büyük Daire, *Schatschaschwili/Almanya*, 9154/10, 15.12.2015, par. 110 vd.

⁸⁷ AİHM, Büyük Daire, *İbrahim ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 50541/08; (...), 13.09.2016, par. 251.

eşitliğinin sağlanması, kısacası yargı sisteminin adil ve doğru işleyişinin güven altına alınmasıdır.⁸⁸ Şüphesiz bu yaklaşımın arkasında, yargılanan kişinin haklarının yanında, tanıkların, mağdurların ve bunların yakınlarının menfaatleri ve daha genel olarak suçların etkin bir şekilde bastırılmasındaki kamu yararının gözetilmesi kaygısı yatmaktadır.⁸⁹ Daha kısa bir ifadeyle, yargılamanın hakkaniyetinin yalnızca şüpheli ve sanık açısından değil toplumun bütünü açısından sağlanması düşüncesi bu yaklaşımı desteklemektedir. Bununla birlikte, asgari olarak nitelendirilen bu hakların korunmasındaki kamu yararı suçların etkin bir şekilde bastırılmasındaki kamu yararından kanımızca daha az önemli değildir.

Bütünsel hakkaniyet yaklaşımına yöneltilebilecek bu genel eleştirilere ek olarak, bu yaklaşımın yukarıda verilen örnek kararlarla biraz daha esnetilmesinin hukukun üstünlüğü ilkesinin de esnemesi sonucunu doğuracağını belirtmek gerekir. Gerçekten de iç hukuk kurallarının açıkça ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılmasına Mahkemenin bazı koşullarda yeşil ışık yakması hukukun üstünlüğü ilkesini önemli ölçüde zayıflatmaktadır.⁹⁰ Dahası, insanlık dışı muamele yasağı gibi mutlak surette korunan bir kuralın ihlal edilmesi suretiyle elde edilen maddi delillerin sanığın aleyhine kullanılmasının yargılamanın bütününe hakkaniyetini bozmadığı yönündeki tespit son derece tartışmalı görünmektedir.⁹¹ Diğer yandan, zorlayıcı bir sebep bulunmaksızın avukat yardımından yararlanma hakkının veya tanıkları sorgulama hakkının engellenmesinin otomatik olarak adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmayacağını savunulması kamu makamlarının bu konulardaki keyfi tutumlarının bir karşılığı olmayabileceği anlamına gelmektedir. Oysa hukukun üstünlüğü ilkesinin varlık nedeninin kamu gücünün keyfi kullanımına karşı kişileri korumak olduğu bizzat Mahkeme tarafından da kabul edilmektedir. Nihayet, Mahkemenin adil yargılanmanın standartlarını bu şekilde düşürmesi hukukun üstünlüğü ilkesinin ulusal hukuk sistemlerinde de zayıflamasına neden olacaktır. *Salduz* kararının

⁸⁸ *Ibid.*, par. 255

⁸⁹ AİHM, Büyük Daire, *Gäfgen/Almanya*, 22978/05, 01.06.2010, par. 175.

⁹⁰ Bkz. Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power, kısmi karşı oy yazısı (*Gäfgen/Almanya*), par. 3. Aynı yönde bkz. Yargıç Loucaides, kısmi karşı oy yazısı (*Khan/Birleşik Krallık*); Yargıç Tulkens, kısmi karşı oy yazısı (*P.G. and J.H./Birleşik Krallık*).

⁹¹ Mahkemenin, başvuruçunun maruz kaldığı insanlık dışı sorgulama sırasında verdiği ifadenin mahkumiyeti üzerinde bir etki yaratmadığı; duruşma esnasında yaptığı itirafların mahkumiyetine esas teşkil ettiği yönündeki saptaması da, kanımızca, yargılamanın bütününe hakkaniyete uygun olduğu sonucunu doğurmayacaktır.

gereklerini yerine getirmek amacıyla usul kanunlarında değişiklik yaparak sanık haklarını güçlendiren devletler, *İbrahim ve diğerleri* kararıyla gerçekleştirilen adı konmamış içtihat değişikliği sonrası avukat yardımından yararlanma hakkına yeni sınırlamalar getirebileceklerdir. Bu ise hukukun üstünlüğü ilkesi bakımından bir geriye gidiş niteliğinde olacaktır.⁹²

Mevcut içtihadın gözden geçirilmesi, tekrar yorumlanması veya açıklığa kavuşturulması şeklinde sunulan bu içtihat politikasının gerekçeleri hakkında Büyük Daire herhangi bir ipucu vermemektedir. *İbrahim ve diğerleri* kararında büyük çapta bir terör saldırısının önlenmesi, *Gäfgen* kararında ise küçük bir kız çocuğunun hayatının kurtarılması söz konusu olduğu için, ilk bakışta, Mahkemenin, sanık hakları ve toplumun güvenliği arasında yeni bir denge arayışı içerisinde olduğu söylenebilir.⁹³ Ancak, bu kabul edilse dahi, içtihatteki mevcut eğilimin keyfiliğe kapı aralayabilme ihtimali göz ardı edilemeyecektir. Bu noktada mümkün olan bir diğer açıklama, AİHM'nin Sözleşme'ye taraf 47 devletin yargılama faaliyetindeki bütün usul ihlallerini mahkûm etmek istememesidir. Mahkemeye yapılan başvuruların önemli bir bölümünün adil yargılanma hakkına ilişkin olduğu düşünüldüğünde, söz konusu eğilimin Mahkemenin iş yükünü doğrudan etkileyeceği açıktır.

B. Mahkemenin İş Yükü Karşısında Hukukun Üstünlüğü

Hukukun üstünlüğü ilkesinin mutlak surette korunması gereken bir değer değil de başka zorunluluklarla uzlaştırılması gereken göreceli bir ilke olduğu yönündeki tezi destekleyen bir diğer evrim Mahkemenin aşırı iş yükü oluşturacak dava gruplarını ulusal hukuk sistemlerine iade veya Bakanlar Komitesine havale ederek üstlenmiş olduğu hukukun üstünlüğünü koruma misyonunu zayıflatmasıdır. Bu tespiti doğrulamak için iki örnek üzerinde durulabilir.

Bunlardan ilki kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmasına ilişkindir. Daha önce de ifade edildiği gibi yargı kararlarının uygulanması zorunluluğu Mahkeme içtihadında adil yargılanma hakkının önemli bir bileşeni olarak kabul görmüş ve doğrudan hukukun üstünlüğüne bağlılığın bir sonucu

⁹² Bkz. Yargıçlar Sajo ve Laffranque, kısmi karşı oy yazısı, par. 2-3. AİHM, Büyük Daire, *İbrahim ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 50541/08; (...), 13.09.2016.

⁹³ Mahkeme, *İbrahim ve diğerleri* kararında, terörizm ve diğer ağır suçlarla etkili bir şekilde mücadele edilmesinin kişi yaşamının ve fiziksel bütünlüğünün korunması bakımından Sözleşme kapsamında bir görev olduğunu belirtmiş ve Sözleşme'nin 6. maddesinin bu görevi yerine getirecek güvenlik güçlerine aşırı bir zorluk çıkarmayacak şekilde uygulanması gerektiğini savunmuştur. Par. 252.

şeklinde yorumlanmıştır. Bu doğrultuda Mahkeme, Ukrayna’da uzun yıllar devam eden kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmaması veya geç uygulanması sorununu ele almış ve pilot dava prosedürünü uygulayarak yapısal hale gelen bu sorunun ulusal makamlar tarafından çözülmesini istemiştir.⁹⁴ Adil yargılanma hakkının yanında, mülkiyet hakkının ve etkili başvuru hakkının da ihlal edildiği bu davada, Ukrayna’dan bir yıl içerisinde mağdurların tazmin edilmesine olanak tanıyan etkili bir başvuru yolu oluşturması istenmiştir. Mahkeme bu süre boyunca kendi önünde derdest olan başvuruları karara bağlamayacağını; ancak bu süre sonunda Ukrayna’nın yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda her bir başvuru için hüküm kuracağını belirtmiştir. Ne var ki pilot kararda saptanan yapısal sorunlar giderilememiş ve benzer şikayetler içeren binlerce başvuru Mahkeme kaleminde birikmeye başlamıştır.⁹⁵ Bu şekilde biriken başvuruların kaderi Büyük Dairenin *Burmych ve diğerleri* kararında belirlenmiştir.⁹⁶ Beş kişi tarafından Mahkemenin önüne getirilen bu başvuru Mahkeme tarafından aynı içerikte olduğu saptanan 12 143 başvuruyla birleştirilerek incelenmiştir. AİHM bu kararda, özetle, pilot kararda saptanan yapısal sorunların devam ettiğini; taraf devletten beklenen adımların atılmamasının Sözleşme’nin 46. maddesi uyarınca bir “kararların icrası” sorunu olduğunu; bu nedenle Mahkemedeki ziyade kararların icrası aşamasından sorumlu olan AK Bakanlar Komitesinin görev alanına giren bir hukuki meseleyle karşı karşıya kaldığını ifade ederek bütün başvuruların kayıttan düşürülmesine karar vermiştir. Bildiğimiz kadarıyla Mahkeme ilk kez bu kararda sürekli artan iş yükünü açıkça gerekçe göstererek bir tercihte bulunmuş ve bu tercihini ikincilik ilkesine dayandırmaya çalışmıştır. Gerçekten de Mahkeme’ye göre, art arda verilen ihlal kararları söz konusu yapısal sorunun çözümüne hiçbir katkı sunmamanın yanında Mahkemeye yapılan başvuruların sayısının da artmasına yol açacaktır.⁹⁷ Bu durum ise adaletin daha iyi bir şekilde sağlanmasına hizmet etmeyeceği gibi Mahkemenin kaynakları üzerinde ciddi bir baskı yaratacaktır.⁹⁸ Nihayet Mahkemenin yaklaşımına göre, karara bağlanmayı bekleyen bütün başvuruların Bakanlar Komitesine havale edilmesi ikincilik ilkesinin bir

⁹⁴ AİHM, *Yuriy Nikolayevich Ivanov/Ukrayna*, 40450/04, 15.10.2009.

⁹⁵ Mahkeme bu aşamada askıya aldığı başvuruları incelemeye başlamış fakat yapılan başvuruların sadece küçük bir kısmını karara bağlayabilmiştir.

⁹⁶ AİHM, Büyük Daire, *Burmych ve diğerleri/Ukrayna*, 46852/13; (...), 12.10.2017.

⁹⁷ Bakanlar Komitesinin verilerine göre Ukrayna’da icra edilmeyi bekleyen aynı nitelikte 120 000 kesinleşmiş yargı kararı bulunmaktadır. Par. 171.

⁹⁸ Par. 174.

gereği olacaktır zira aynı sorunla baş başa kalan tüm Ukraynalıların doğrudan Mahkemeye başvurmasıyla Mahkeme ulusal mercilerin rolünü üstlenmiş olacaktır ve bu durum pilot dava usulünün amacıyla bağdaşmayacaktır.⁹⁹

Mahkemenin bu davada sergilediği tutum birçok açıdan tartışmaya açıktır. Her şeyden önce karara muhalif yargıçların da işaret ettiği gibi Mahkeme binlerce başvuruyu bireysel olarak incelemeyen tek bir başvuruda birleştirmiştir.¹⁰⁰ Bu şekilde birleştirilen başvurular ise bir karara bağlanmaksızın siyasi bir organ olan Bakanlar Komitesine havale edilmiştir. Böylece Büyük Daire yargısal fonksiyonunu kullanmayarak bireysel başvuru mekanizmasının etkililiğini büyük ölçüde zayıflatmıştır. Bir başka açıdan bakıldığında ise yapısal bir sorunu gidermeyen savunmacı devlet, aleyhine yapılmış binlerce başvurudan kurtulmuştur. Bu da kuşkusuz pilot karar uygulamasının amacına aykırı bir durum oluşturmuştur. Mahkeme ulusal mahkemeleri ve kamu otoritelerini kendi kararlarının gereğini yerine getirmeye teşvik etmemiş, aksine, kararların uygulanmamasını bir nevi mükafatlandırmıştır.¹⁰¹ Nihayet Mahkeme bunu yaparken mevcut ve potansiyel iş yükünü hesaba katmıştır. Önüne gelen hukuki sorunları bu şekilde bertaraf ederek muhalif yargıçların ifadesiyle “*kendi ayağına yani üye devletlerde hukukun üstünlüğüne kurşun sıkmıştır*”.¹⁰²

Aynı nitelikte olmasa da Türkiye’de olağanüstü hâl (OHAL) döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerle (KHK) 100 bini aşkın ihraç ve dernek, vakıf, okul, basın yayın kuruluşu, şirket kapatma işlemlerine karşı yapılan bireysel başvurular sonucu Mahkemenin benimsediği yaklaşım da bu şekilde değerlendirilebilir. Bilindiği gibi Mahkeme *Zihni* kabul edilemezlik kararıyla, OHAL KHK’leri ile ihraç edilen kamu görevlilerinin iç hukuk yollarını tüketmeden AİHM’ye bireysel başvuru yapamayacaklarına hükmetmişti.¹⁰³ Kararda sözü geçen idari yargıda iptal davası ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yollarının kullanılabilirliği ve etkililiği tartışmalı olsa da Mahkeme bu aşamada başvuruları incelemeyen önce iç hukuk sürecinin kesinleşmesini beklemişti. Bu karardan kısa bir süre sonra ise Venedik Komisyonu OHAL döneminde yürürlüğe giren kararnameler üzerine bir görüş bildirerek keyfilik yasağının

⁹⁹ Par. 181-182.

¹⁰⁰ Yargıçlar Yudkivska, Sajo, Bianku, Karakaş, De Gaetano, Laffranque ve Motoc, karşı oy yazısı (*Burmych ve diğerleri/Ukrayna*).

¹⁰¹ *Ibid.*, par. 32.

¹⁰² *Ibid.*, par. 39.

¹⁰³ AİHM, *Zihni/Türkiye*, 59061/16, 29.11.2016 (kabul edilemezlik).

hukukun üstünlüğünün en önemli unsurlarından biri olduğunu hatırlatmıştı.¹⁰⁴ Komisyon, OHAL kararnamelemleri ile tesis edilen işlemlerin bireyselleştirilmiş kararlar olmadığını ve bu nedenle yargısal denetimlerinin pratikte imkânsız olduğunu belirtmişti. Yine Komisyon, büyük çaptaki bu sorunla başa çıkılması için hükümete *ad hoc* bir merci oluşturması yönünde tavsiyede bulunmuştu. Komisyona göre bu merci hukukun üstünlüğünün temel unsurlarına uygun davranarak başvuruları bireysel bir şekilde incelemeli, somut delilleri dikkate almalı ve gerekçeli kararlar vermelidir. Öte yandan bu merci bağımsız ve tarafsız olmalı, eski duruma geri getirme ve/veya uygun bir tazminata hükmetme yetkileriyle donatılmalı ve nihayet bu mercinin kararları yargı denetimine tabi olmalıdır.¹⁰⁵ Bu noktada hatırlatmak gerekir ki Avrupa Konseyi Genel Sekreteri de Türkiye’den bir *ad hoc* komisyon oluşturarak 15 Temmuz darbe girişimi sonrası AİHM önünde biriken başvuruların öncelikle iç hukukta incelenmesini istemişti.¹⁰⁶ Bunların sonucunda 685 No.lu KHK ile tesis edilen Olağanüstü Hal İnceleme Komisyonu, kararlarının yargı denetimine tabi olması dışında Venedik Komisyonu tarafından dile getirilen ölçütlerin neredeyse hiçbirini karşılamamaktadır. Ne var ki AİHM, 6 Haziran 2017 tarihli *Köksal* kararında, karar tarihinde henüz çalışmaya başlamamış olan bu komisyonun *a priori* tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğunu belirterek bir OHAL KHK’si ile ihraç edilmiş bir öğretmenın başvurusunu kabul edilemez bulmuştur.¹⁰⁷ Mahkeme, bu kararında, Venedik Komisyonunun adı geçen görüşüne atıf yapmış ancak OHAL İnceleme Komisyonunu bu ölçütler ışığında değerlendirmekten kaçınmıştır. Mahkemenin özellikle vurguladığı husus, yargı denetimine açık olup olmadığı tartışmalı olan binlerce işlemin bireyselleştirilerek yargı denetimine tabi olmasını sağlayacak bir mekanizmanın kurulmuş olmasıdır. Mahkeme bir sonraki aşamada ise bu karara dayanarak aynı yöndeki binlerce başvuruyu bireysel bir incelemeye tabi tutmaksızın tek yargıçlı formasyon kararlarıyla kabul edilemez bulmuştur. Uzun süre bu konuda suskun kalan AYM de İnceleme Komisyonunun kurulmasıyla birlikte AİHM uygulamasına paralel olarak bir

¹⁰⁴ Venedik Komisyonu, Görüş No. 865-2016.

¹⁰⁵ Par. 221-223.

¹⁰⁶ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin 12.10.2017 tarihli oturumunda parlamenterlerin sorularını yanıtlayan AK Genel Sekreteri T. Jagland, OHAL KHK’leri ile tesis edilen bireysel işlemleri incelemekle görevli bir merci kurulmasına AK’nin ön ayak olduğunu ifade etmiştir. <https://vodmanager.coe.int/coe/webcast/coe/2017-10-10-3/lang>

¹⁰⁷ AİHM, *Köksal/Türkiye*, 70478/16, 06.06.2017 (kabul edilemezlik).

başvuruyu kabul edilemez bulmuş ve benzer nitelikteki binlerce başvuruyu basitleştirilmiş usulle kabul edilemez bulmuştur.¹⁰⁸

Hiç kuşku yok ki, bu içtihat politikasının arkasında, büyük ölçüde, 15 Temmuz sonrası biriken ve aynı içerikteki potansiyel başvurular bulunmaktadır. AİHM *Köksal* kararında AYM önünde bekleyen 60 bin başvuru olduğunu söylerken¹⁰⁹ bu başvuruların çok daha fazlasının kendi önüne gelebileceğini doğal olarak öngörmektedir. *Burmych* kararındaki gibi açıkça iş yükü gerekçe gösterilmese de, istatistiklere bakıldığında, altından kolaylıkla kalkılamayacak bir iş yükünün bu politikanın benimsenmesinde etkili olduğu anlaşılmaktadır.¹¹⁰

Ukrayna ve Türkiye davaları birlikte değerlendirildiğinde, hukukun üstünlüğü ilkesinin en temel unsurları olan keyfilik yasağı, mahkemeye erişim, adil yargılanma ve mahkeme kararlarının icrasının, “kriz” anlarında veya insan haklarının yoğun ve sistemli bir müdahaleye uğradığı durumlarda son derece göreceli güvenceler haline geldiği söylenebilir. Her iki durumda da Strazburg Mahkemesinin varlık sebebi olan bireysel başvuru mekanizmasının kilitlendiği ve yüzbinlerce kişinin etkili bir hukuki korumadan mahrum bırakıldığı ortadadır. Paradoksal bir şekilde, ulusal makamların keyfiliklerinden yakın başvuru sahipleri yine ulusal makamların takdirinde gelişen süreçlerle baş başa kalmaktadır. Mahkeme her ne kadar bu pozisyonunu haklı çıkarmak için ikincillik ilkesine vurgu yapsa da kanımızca bu yeterli olmamıştır. Zira ikincillik ilkesinin bir fonksiyonu ulusal otoritelere ihlalleri giderme konusunda fırsat tanımaksa, bir diğer fonksiyonu bireylere maruz kaldıkları hak ihlallerinin en hızlı şekilde giderilmesi imkânı sağlamaktır. Bu imkân Ukrayna örneğinde hiç

¹⁰⁸ AYM, *Sait Orçan*, B. No: 2016/29085, 19.07.2017; *Ramazan Korkmaz*, B. No: 2016/36550, 19.07.2017; *Remziye Duman*, B. No. 2016/25923, 20.07.2017. AYM, daha sonra, yaptığı bir basın duyurusuyla 70.771 bireysel başvuruyu aynı gerekçeyle kabul edilemez bulduğunu açıklamıştır.

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/duyurular/detay/65.html>

¹⁰⁹ AİHM, *Köksal/Türkiye*, 70478/16, 06.06.2017 (kabul edilemezlik), par. 13.

¹¹⁰ AİHM Başkanı Guido Raimondi, 2018 adli yılının açılışında yaptığı konuşmada, 15 Temmuz darbe girişimi sonrası Türkiye’ye karşı yaklaşık 30.000 başvuru yapıldığını kaydetmiştir. 2017 yılında yapılan başvuru sayısının bir önceki yıla göre %19 oranında arttığını belirten Raimondi, bu artışı Türkiye’den gelen başvurularla açıklamıştır. Başkan öte yandan ikincillik ilkesine vurgu yapmış ve Mahkemenin karşı karşıya kaldığı en büyük sorununun karara bağlanmayı bekleyen başvuru sayısı olduğunu hatırlatmıştır. https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20180125_Raimondi_JY_PC_FRA.pdf

sağlanmamışken, Türkiye örneğinde çok az sayıda kişi için sağlanmıştır.¹¹¹ Dolayısıyla ikincillik ilkesi, bu vakalarda, kişilerin yakındıkları hak ihlallerinin giderilmesine somut bir katkı sunmamış aksine bunu zorlaştırmıştır. Bir başka deyişle, ikincillik ilkesi hak ve özgürlüklerin korunması amacına aykırı sonuçlar doğurmuştur. Bu ise taraf devletlerin hareket alanını genişletmiş, ülkemizde olduğu gibi yargısal denetime tabi olmayan kararnamelemlerle temel hak ve özgürlüklere müdahale usulü devam etmiştir. Daha sonra değinileceği gibi bu durum yalnızca hukukun üstünlüğünün gerilemesine değil AIHM'nin meşruiyetinin tartışılmasına da yol açabilecektir.

III. Demokratik Toplum ve Hukukun Üstünlüğü

Demokratik toplum kavramı tıpkı hukukun üstünlüğü gibi Sözleşme'nin merkezinde yer alan kavramlardan biridir. Hukukun üstünlüğü ile demokratik toplum arasındaki ilişkiler üzerinde durulmaksızın, bir değer olarak hukukun üstünlüğünün Mahkeme içtihadındaki anlamı tam olarak ortaya konamaz. Hukukun üstünlüğü bu içtihat içerisinde demokratik toplum kavramının adeta bir tamamlayıcısı olarak kendisine yer bulmaktadır. Mahkemenin bir ideal olarak sunduğu demokratik toplum ise adından da anlaşılacağı gibi belirli bir yönetim modeli önermemekte, demokrasiyi toplum tarafından geliştirilecek bir değer olarak sunmaktadır. Bu bakımdan hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkesi iktidarın denetlenmesinin ve sınırlanmasının bir aracı olarak demokratik toplumun hizmetine sunulmuş gibidir. Demokratik devlet yerine demokratik toplum ön plana çıkaran bu yaklaşım hukukun üstünlüğünün politik alanı sınırlayıcı bir işleve sahip olduğu yönündeki eleştirileri Mahkeme içtihadı bakımından da gündeme getirmektedir.

A. Demokratik Toplumun Tamamlayıcısı Olarak Hukukun Üstünlüğü

Hukukun üstünlüğü gibi demokratik toplum da Sözleşme'nin Başlangıç kısmında yer alan temel referanslardan biridir. Hukukun üstünlüğünden farklı olarak demokratik toplum deyişi Sözleşme'nin 8. ila 11. maddelerinin ikinci paragrafında yer alan sınırlama koşulları arasında yer almaktadır. Buna göre bu maddelerdeki haklara getirilecek sınırlamalar

¹¹¹ OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu tarafından yapılan resmi bilgilendirmeye göre 28.02.2018 tarihi itibarıyla Komisyona yapılan başvuru sayısı 107.076'dır. Komisyon tarafından verilen karar sayısı ise 6.400 olarak ifade edilmiştir.

diğer koşulların yanında demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır. Mahkeme, demokratik toplumu açıkça tarif etmek yerine bu tür bir toplumun hangi unsurlardan oluştuğunu sıralama yoluna gitmiştir. İlk olarak *Handyside* kararında çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük demokratik toplumun temel unsurları olarak ifade edilmiştir.¹¹² Mahkeme, sonrasında, bu üçlüyü kullanmaya devam etmekle birlikte demokratik toplumun dayanaklarını veya içerdiği değerleri hatırı sayılır ölçüde genişletmiştir.¹¹³ Ancak Mahkemenin savunduğu demokratik toplum modelinin neleri kabul edip neleri dışladığı meselesi bir çırpıda açıklığa kavuşturulması zor, karmaşık bir meseledir.¹¹⁴ Bu modelin en özlü tabirle liberal, çoğulcu, bireyci bir toplum modeli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu özellikleriyle demokratik toplum, totaliter rejimlerin öngördüğü toplum modelinin tam karşısında yer almaktadır.

Demokratik toplum modeli şüphesiz Sözleşme'nin ideolojik arka planıdır. Bu toplum düzeninin devamlılığının sağlanması için hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkesi en ideal araç olarak görülmektedir. Bu nedendir ki Mahkeme hukukun üstünlüğünü demokratik toplumun temel unsurlarından biri olarak görmekte veya demokratik toplumun hukukun üstünlüğü ilkesine dayandığını istikrarlı bir biçimde söylemektedir. Ancak Mahkemenin hangi kavrama öncelik attığının net bir şekilde belirlenmesi mümkün görünmemektedir. Nitekim demokratik toplumun hukukun üstünlüğü ilkesine “dayanması”¹¹⁵ veya “bağlı olması”,¹¹⁶ bu ilkeyi “benimsemesi”¹¹⁷ hatta bu ilke tarafından “yönetilmesi”¹¹⁸ gibi varsayımlar hukukun üstünlüğünü bir nevi yönetim modeli olarak gösterirken; hukukun üstünlüğünün demokratik toplumun “temel ilkelerinden biri”¹¹⁹ biçiminde tanımlanması bu ilkeyi demokratik toplumun bir unsuru veya bir gereği

¹¹² AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, 5493/72, 07.12.1976, par. 49.

¹¹³ Bu konuda bkz. Michel LEVINET, “La Convention européenne des droits de l’homme socle de la protection des droits de l’homme dans le droit constitutionnel européen”, *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/2, No. 86, s. 245 vd.

¹¹⁴ Bu konuda bkz. Esra DEMİR GÜRSEL, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

¹¹⁵ AİHM, *Vereniging Weekblad Bluf!/Hollanda*, 16616/90, 09.02.1995, par. 35; AİHM, *Tourkiki Enosi Xanthis ve diğerleri/Yunanistan*, 26698/05, 27.03.2008, par. 56.

¹¹⁶ AİHM, Büyük Daire, *Serguei Zolotouchine/Rusya*, 14939/03, 10.02.2009, par. 56.

¹¹⁷ AİHM, *Winterwerp/Hollanda*, 6301/73, 24.10.1979, par. 39.

¹¹⁸ AİHM, Büyük Daire, *Hirst/Birleşik Krallık (No.2)*, 74025/01, 06.10.2005, par. 58; AİHM, Büyük Daire, *Zdanoka/Letonya*, 58278/00, 16.03.2006, par. 103.

¹¹⁹ AİHM, *Klass ve diğerleri/Almanya*, 5029/71, 06.09.1979, par. 55.

olarak gösterecektir. Mahkemenin bu konuda en sık kullandığı ifadelerden biri de “demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü”¹²⁰ deyimidir. Hangi biçimde kullanılırsa kullanılsın demokratik toplumun ve hukukun üstünlüğünün ayrılmaz bir ikili olarak içtihadı yön verdiğini rahatlıkla söyleyebiliriz.¹²¹

Mahkemenin kararlarında kullandığı dil üzerinden demokratik toplum ve hukukun üstünlüğü arasındaki ilişki hakkında çok derin analizler yapılabileceği kuşkuludur. Gerçekten de tıpkı hukukun üstünlüğü-hukuk devleti kavramları bakımından söz konusu olduğu gibi hukukun üstünlüğü-demokratik toplum terimlerinin kullanımı sıradanlaştıkça bu iki farklı kavramın ayırt edici özelliklerini yitirerek iç içe geçtiği görülmektedir. Örneğin bir davada, güvenlik güçlerinin ateşli silah kullanırken yasalara uygun davranması hukukun üstünlüğüne değil de demokratik toplum kavramına bağlanmış;¹²² buna karşın, bir başka davada, demokratik toplumla özdeşleşen basın özgürlüğü hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olarak tanımlanmıştır.¹²³ Benzer şekilde, bir diğer davada, hukukun üstünlüğü ilkesinin Sözleşme’deki en önemli yansımalarından biri olan adil yargılanma hakkı demokratik toplumda sahip olduğu büyük önemle anılmıştır, hukukun üstünlüğüne atıf yapılmamıştır.¹²⁴

Hiç kuşku yok ki, yukarıda anılan hak ve özgürlüklerin tamamı hem demokratik toplum kavramıyla hem de hukukun üstünlüğü ilkesiyle rahatlıkla ilişkilendirilebilir. Ancak Mahkemenin bu ilişkilendirmeyi yapmadan kavramları birbirinin yerine kullanması bu iki kavrama Sözleşme çerçevesinde biçtiği rolün büyük ölçüde çakıştığı izlenimini vermektedir.

Bunu destekleyen bir diğer örnek Mahkemenin hukuk sistemine güven duygusuna yollama yaptığı kararlarıdır. İlk başlıkta dile getirildiği gibi Mahkeme, toplumun yargı sistemine güven duymasının mahkemelerin meşruluğu açısından gerekli olduğunu, mahkemelerin hukuk devletinin işleyişinde sahip olduğu temel misyonla birlikte ifade etmektedir. Ancak yargının tarafsızlığın ve bağımsızlığının tartışıldığı diğer bir grup kararda hukuk devleti referansının tamamen kaybolduğunu, bunun yerine

¹²⁰ AİHM, *Kruslin c. France*, 11801/85, 24.04.1990, par. 36. Telefon dinlemelerine ilişkin bu kararda Mahkeme, mevzuatın öngörülebilirlik koşulunu sağlamadığını tespit ettikten sonra başvuruçunun “*demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerekli kıldığı asgari korumadan yararlanmadığını*” belirtmiştir.

¹²¹ Patrick WACHSMANN, *op. cit.*, s. 262.

¹²² AİHM, Büyük Daire, *McCann/Birleşik Krallık*, 18984/91, 27.09.1995, p. 212.

¹²³ AİHM, *Castells/İspanya*, 11798/85, 23.04.1992, par. 43.

¹²⁴ AİHM, *Delcourt/Belçika*, 2689/65, 17.01.1970, par. 25.

“*demokratik bir toplumun mahkemeleri*” ifadesinin kullanıldığını görmekteyiz.¹²⁵ Nihayet bazı durumlarda demokratik toplum ve hukuk devleti kavramları söz konusu olan haklarla mantıksal bir bağ kurulmaksızın ayrılmaz bir ikili şeklinde yer almaktadır. Örneğin, Mahkeme, seçme ve seçilme haklarını konu bir kararında bu hakların “*demokrasi ve hukuk devleti için hayati*” önemde olduğunu söylemektedir.¹²⁶

Terminolojideki bu muğlaklığı ve demokratik toplum ile hukukun üstünlüğü kavramlarını neredeyse eş anlamlı olarak kullanıldığı durumları bir yana bırakırsak, hukukun üstünlüğünün aslında demokratik toplumun sınırlarını çizen temel bir ilke olduğunu söyleyebiliriz. Hukukun üstünlüğünün bu rolü, totaliter rejimler tarafından işlenen suçların demokratik geçiş sürecinden sonra cezalandırılmasını konu alan başvurularda açığa çıkmaktadır. Bu kararlarında Mahkeme hukukun üstünlüğünden ziyade hukuk devleti kavramına başvurmakta ve savunduğu pozisyonu bu referans ile meşrulaştırmaktadır.

Örneğin, eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti’nde Berlin Duvarı’nı aşarak sınırdan geçmeye çalışan kişilerin silahla vurularak öldürülmesi olaylarının faillerinin Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından cezalandırılmasını konu alan iki karar bu yöndedir. Bu durumda Mahkemeye göre, “*önceki rejim altında suç işlemiş olan kişilere karşı (yeni rejim tarafından) ceza kovuşturması yürütülmesi bir hukuk devleti için meşrudur*”. Mahkeme buna ek olarak, bir hukuk devletinde, olayların yaşandığı dönemin yasal düzenlemelerini hukuk devletinin tabii olduğu ilkeler ışığında yorumlamaları ve uygulamaları nedeniyle mahkemelerin eleştirilemeyeceğini söylemiştir.¹²⁷ Bu davalarda başvurucular, cezalandırılmalarına neden olan fiillerin o dönemin yasalarına göre suç olmadığını öne sürerken, Mahkeme bu tezi reddetmiş ve başta yaşam hakkı olmak üzere temel hakları açık bir şekilde ihlal eden bu fiillerin Sözleşme’nin 7. maddesi tarafından korunamayacağını savunmuştur.¹²⁸

¹²⁵ Örn., AİHM, *Tanışma/Türkiye*, 32219/05, 17.11.2015, par. 75.

¹²⁶ AİHM, *Aziz/Kıbrıs*, 69949/01, 22.06.2004, par. 25. Mahkeme başka kararlarında ise bu hakların “*hukuk devleti ilkesiyle yönetilen gerçek bir demokrasinin temellerinin atılması ve korunması bakımından*” yaşamsal olduğunu ifade etmektedir. AİHM, Büyük Daire, *Hirst/Birleşik Krallık* (No. 2), 06.10.2005, par. 58; AİHM, *Albanese/İtalya*, 77924/01, 23.03.2006, par. 44.

¹²⁷ AİHM, Büyük Daire, *Streletz, Kessler and Krenz/Almanya*, 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, 22.03.2001, par. 81; AİHM, Büyük Daire, *K.-H.W./Almanya*, 37201/97, 22.03.2001, par. 84.

¹²⁸ Sırasıyla par. 87 ve par. 90.

Benzer bir bağlamda, geçmişte Letonya Komünist Partisi'nde aktif olarak görev aldığı gerekçesiyle bağımsızlık sonrası genel seçimlerde aday olamayan bir siyasetçinin başvurusunu inceleyen Mahkeme, başvurusunun serbest seçimlerde aday olma hakkına getirilen sınırlamanın hukukun üstünlüğüne uygun olduğunu vurgulamıştır.¹²⁹ Bu davada başvuru halihazırda Avrupa Parlamentosu üyesi olmasına ve politik geçmişi nedeniyle herhangi bir mahkumiyet almamış olmasına rağmen, Letonya'nın bir referandumla bağımsızlığını ilan etmesinden önce bağımsızlık karşıtı bir siyasi oluşuma öncülük etmiş olması yeni kurulan demokratik rejim bakımından bir tehdit olarak algılanmıştır. Nitekim Mahkeme, yerleşik bir demokraside bu tür bir engellemenin kabul edilemeyeceğini ancak demokrasiye yeni geçiş yapmış bir ülkede totaliter rejimin tekrar inşasına yol açabilecek fikirlerin güç kazanmasına karşı bu tür tedbirlerin alınmasının kabul edilebilir olduğuna hükmetmiştir.¹³⁰

Bununla birlikte hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü referanslarının etkisi demokratik geçiş dönemlerinde sınırsız değildir. Bu duruma örnek olarak *Vasiliauskas/Litvanya* davasına değinilebilir.¹³¹ Bu vakada başvuru, Letonya Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nde güvenlik görevlisi olduğu sırada rejim karşıtı bir siyasi gruba karşı 1953 yılında soykırım suçu işlediği gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Ancak cezaya dayanak oluşturan yasal düzenleme 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme ile 1948 Soykırım Sözleşmesi kapsamına girmeyen "siyasi grup" kavramı da soykırım suçunun tanımına dahil edilmiştir. Tipik bir ceza yasasının geçmişe etkili olarak uygulanması durumuyla karşı karşıya kalan Mahkeme, söz konusu fiilin işlendiği sırada uluslararası hukukta soykırım suçunun siyasi gruplara karşı da işlenebileceği yönünde bir norm bulunmadığını tespit ederek zayıf bir çoğunlukla olsa da Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Büyük Daire, aksi yönde bir uygulamanın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı yönündeki tezi açıkça kabul etmiştir.¹³²

Bu kararların da gösterdiği gibi hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleri Mahkemenin gözünde demokratik bir rejimin kuruluşunda ve korunmasında belirleyici bir rol oynamaktadır. Totaliter rejimlerin tekrar inşası tehlikesine karşı devletlerin aldığı tedbirlerin Sözleşme'ye uygunluğunun tartışmalı olduğu durumlarda Mahkeme hukuk devleti ilkesini adeta bir süzgeç gibi kullanmaktadır. Süzgeçten geçenler kabul

¹²⁹ AİHM, Büyük Daire, *Zdanoka/Letonya*, 58278/00, 16.03.2006, par. 118.

¹³⁰ Par. 133.

¹³¹ AİHM, Büyük Daire, *Vasiliauskas/Litvanya*, 35343/05, 20.10.2015.

¹³² Par. 184. Karar sekize karşı dokuz oyla alınmıştır.

edilebilir olurken geçemeyenler demokratik rejim veya demokratik toplum ideali ile bağdaştırılmamaktadır. Hepsinin Büyük Daire formasyonu tarafından incelenmiş olmasının da gösterdiği gibi bu tip davalar Sözleşme'nin yorumu ve uygulanması bakımından büyük öneme sahiptirler. Dolayısıyla demokratik toplum-hukukun üstünlüğü ilişkisinin belirlenmesinde asıl yol gösterici olan kanımızca bu kararlardır. Ne var ki, hukukun üstünlüğü ilkesinin demokratik toplumla olan ilişkisi yalnızca bir “tamamlama” veya “dayanak oluşturma” şeklinde özetlenemeyecektir. Meseleye bir başka açıdan yaklaşıldığında hukukun üstünlüğünün siyasi alanı kısıtlayan, dolayısıyla demokrasiyi kontrolü altına alan bir fonksiyon da üstlendiği savunulabilmektedir.

B. Politik Alanın Sınırlayıcısı Olarak Hukukun Üstünlüğü

Hukukun üstünlüğü ile demokrasi arasındaki ilişkinin aslında gerçek manada bir karşılıklı bağımlılık ilişkisi¹³³ olmadığı, hukukun üstünlüğü ilkesinin demokratik siyaset alanını daraltıcı bir işlev gördüğü fikri çok eski tarihlerden beri siyasi düşünce dünyasında var olmuştur.¹³⁴ Günümüzde her ne kadar çoğunlukçu demokrasi yerine çoğulcu demokrasi modeli savunulsa da bu evrim daha çok siyasi süreçte katılımın rolüne işaret etmekte, siyasi sürecin etki alanının sınırlanmasında bir değişiklik yaratmamaktadır.¹³⁵ Dolayısıyla politik alanın sınırlamalara tabi olmadan genişlemesi veya güçlenmesi ve bu alanın hukuk aracılığıyla denetim altına alınmak istenmesi karşıt iki olgu olarak bir ölçüde varlıklarını sürdürmektedir.¹³⁶

¹³³ Bu konuda bkz. Ofer RABAN, “The Rationalization of Policy: On the Relation Between Democracy and the Rule of law”, *Legislation and Public Policy*, Vol. 18:45, 2015, s. 48. Bu görüş, siyasal liberalizm ile özdeşleşen bütün bireysel özgürlüklerin korunmasını demokrasinin bir gereği olarak kabul etmekte ve böylece oldukça geniş bir demokrasi tanımı önermektedir.

¹³⁴ Bu konuda bkz. Berke ÖZENÇ, *op. cit.*, s. 43 vd. Yazar, Platon ve Aristo'nun eserlerinden yola çıkarak Atina demokrasisinde hukukun üstünlüğü ve demokrasi arasındaki karşıtlığı dönemin toplumsal mücadeleleri ışığında aktarmaktadır.

¹³⁵ Mustafa ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, 13'üncü baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017, s. 136.

¹³⁶ Bu konuda bkz. Michel MIAILLE, *op. cit.*, s. 19 vd; Alain DELCAMP, “Cours constitutionnelles et parlements - ou comment se conjuguent aujourd'hui principe de souveraineté et État de droit”, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/1. No. 38, s. 183. Aksi yönde bir görüş için bkz. Louis Favoreu et al., *op. cit.*, s. 26. Yazarlar, bu karşıtlığı savunanların “kanun devleti” akımının son temsilcileri olduklarını ve 20. yüzyılın başlarındaki durumun aksine yasaların günümüzde “genel iradenin” değil “çoğunluğun iradesinin” bir yansıması olduğunu dile getirmektedir. Bu nedenle kanunların anayasaya uygunluk denetiminin işlevinin parlamentodan ziyade yürütmeyi kontrol altında tutmak

Bu tespitin Sözleşme bakımından geçerli olup olmadığı öğretide çokça tartışılan bir konu değildir. Sözleşme alanındaki çalışmalar genellikle demokratik toplum ve hukukun üstünlüğü kavramlarının ayrılmaz bir ikili olarak Sözleşme'nin merkezinde yer aldığını kabul edip iki kavram arasında bir karşıtlık veya gerilim aramamaktadır. Bazı yazarlar ise “düşman kardeşler” olarak gördükleri “liberalizm” ve “demokrasi” kavramlarının Sözleşme bağlamında aşağı yukarı “hukukun üstünlüğü” ve “demokratik toplum” kavramlarına denk geldiğini öne sürmektedir.¹³⁷

Demokrasiyi Lincoln'un tanımıyla “halkın halk tarafından halk için yönetilmesi” biçiminde bir yönetim modeli olarak ele aldığımızda bu modelin İHAS'ta ve İHAM kararlarında büyük bir yer tutmadığını tereddütsüz bir şekilde söyleyebiliriz.¹³⁸ Gerçekten de halkın yönetime katılması ile doğrudan alakalı, Sözleşme'de yer alan tek düzenleme ek bir protokol aracılığıyla güvence altına alınan serbest seçim hakkına ilişkin maddedir. Bilindiği gibi Mahkeme, bu maddenin metninde açıkça yer almamasına rağmen oy hakkı ve seçimlerde aday olma hakkını da serbest seçim hakkının bir unsuru olarak kabul etmiştir.¹³⁹ Dahası Mahkeme bu subjektif katılım haklarının “*hukukun üstünlüğü ile yönetilen gerçek bir demokrasinin temellerinin atılması ve muhafaza edilmesi bakımından hayati*” önemde olduğunu vurgulamıştır.¹⁴⁰ Ne var ki Mahkeme bu hakların mutlak olmadığını ve zımni birtakım sınırlamalara tabi tutulacağını da eklemiştir.¹⁴¹ Mahkemeye göre, Avrupa kıtasının tarihsel evrim, kültürel çeşitlilik ve siyasi düşünce bakımından çok sayıda farklılığı bünyesinde barındırması nedeniyle taraf devletlere bu alanda geniş bir takdir marjı tanınmalıdır. Bunun sonucu olarak her devlet kendi demokrasi vizyonunu hayata geçirebilmelidir.¹⁴² Böylece Mahkeme, demokrasiyi “*Sözleşme ile uyumlu tek siyasal model*” olarak görmekte¹⁴³ ancak siyasal katılım mekanizmaları konusunda belirli bir model önermemektedir. Devletlere

olduğunu savunan yazarlar, hukuk devleti ilkesinin siyasi alanı hukuksallaştırarak kuşattığı tezini modern demokrasilerdeki gerçekliği yansıtmayan anakronik bir bakış açısı olarak değerlendirmektedir.

¹³⁷ Xavier SOUVIGNET, “Le modèle politique de la Cour européenne des droits de l’homme: du pouvoir du peuple à la souveraineté du sujet”, *Jurisdoctoria*, n° 5, 2010, s. 45.

¹³⁸ *Ibid.* s. 41 vd.

¹³⁹ AİHM, *Mathieu-Mohin and Clerfayt/Belçika*, 9267/81, 02.03.1987, par. 46-51.

¹⁴⁰ AİHM, Büyük Daire, *Hirst/Birleşik Krallık (No. 2)*, 06.10.2005, par. 58.

¹⁴¹ Par. 60.

¹⁴² Par. 61.

¹⁴³ AİHM, Büyük Daire, *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 19392/92, 30.01.1998, par. 45.

bırakılan geniş takdir marjı Mahkemenin gerçekleştirdiği denetimin kapsamını oldukça daraltmaktadır.¹⁴⁴ Mahkemenin kendisinin de ifade ettiği gibi, “demokratik bir toplumda gereklilik” veya “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” kriterlerinin uygulanmadığı bu denetimde dikkate alınacak iki ölçüt bulunmaktadır: serbest seçim hakkına getirilen sınırlamanın keyfi veya ölçüsüz olup olmadığı; sınırlamanın halkın oyunun/iradesinin serbestçe ifade edilmesine engel teşkil edip etmediği.¹⁴⁵ Ne var ki bu ölçütlerin uygulanması sırasında da Mahkemenin oldukça temkinli ve esnek davrandığı kaydedilmelidir. Bunun en açık örneği Letonya’nın Rusça konuşan azınlığını temsil eden bir siyasetçinin politik geçmişi nedeniyle genel seçimlerde aday olamamasını konu alan, yukarıda anılan *Zdanoka*¹⁴⁶ kararı ile Türkiye’deki %10’luk seçim barajının incelendiği *Yumak ve Sadak*¹⁴⁷ kararıdır. Her iki kararda da Strazburg Mahkemesi devletlerin geniş takdir marjına sıkça atıf yaparak serbest seçim hakkına getirilen sınırlamaların Ek Protokolün 3. maddesini ihlal etmediğine kanaat getirmiştir. İlk kararda Mahkeme, söz konusu siyasi yasağın parlamento tarafından gözden geçirilmesi ve kısa zamanda kaldırılması gerektiğini dile getirmiş; ikinci kararda, “aşırı” olarak nitelendirdiği %10’luk seçim barajının düşürülmesini tavsiye etmiştir.¹⁴⁸ Buna karşın her iki durumda da, kanımızca tartışmalı bir şekilde, siyasi katılım hakkına yönelik müdahaleleri kabul edilebilir bulmuştur.

Kısacası Sözleşme’de demokrasi ile doğrudan ilişkilendirilebilen tek hak olan serbest seçim hakkının güçlü bir korumadan yararlandığını söylemek mümkün değildir. Düşünce, ifade, toplantı ve örgütlenme özgürlükleri gibi demokrasi bakımından hayati önemde olan diğer özgürlükler ise “demokratik devlet” kavramından ziyade bunları düzenleyen maddelerde açıkça zikredilen “demokratik toplum” kavramı ile özdeşleşmiş görünmektedir.¹⁴⁹ Doğrusu, “demokratik devlet” veya “demokratik rejim”

¹⁴⁴ Bu konuda bkz. Gérard GONZALEZ, “Le droit à des élections libres”, in Frédéric SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, 7^e édition, PUF, Paris, 2015, s. 752.

¹⁴⁵ AİHM, Büyük Daire, *Zdanoka/Letonya*, 58278/00, 16.03.2006, par. 115 c).

¹⁴⁶ AİHM, Büyük Daire, *Zdanoka/Letonya*, 58278/00, 16.03.2006.

¹⁴⁷ AİHM, Büyük Daire, *Yumak ve Sadak/Türkiye*, 10226/03, 08.07.2008.

¹⁴⁸ Sırasıyla par. 135 ve par. 147.

¹⁴⁹ Hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında “demokratik devlet” yerine “demokratik toplum” ölçütünün benimsenmesinin önemli sonuçları vardır. “Demokratik toplum” ölçütü, bir hakka veya özgürlüğe getirilen sınırlamanın meşru ve gerekli sayılması için bu sınırlamanın demokratik seçimlerle iş başına gelmiş bir siyasi iktidar tarafından öngörülmüş olmasını yeterli görmeyip, söz konusu sınırlamanın demokratik değerlere sahip bir toplum tarafından

kavramları Mahkemenin çok az sayıda kararında geçmektedir.¹⁵⁰ Genellikle siyasi parti kapatma davalarına ve demokratik geçiş dönemlerine ilişkin olan bu kararlarda halkın iradesine dayanan bir yönetim modeli olarak demokrasi hakkında çok şey söylenmemektedir. Yalnızca Refah Partisi'nin kapatılmasının Sözleşme'ye uygunluğunun denetlendiği Daire kararında Mahkeme demokrasi ve hukukun üstünlüğü arasındaki ilişkiye değinmiş ve bu ikilinin arasında çok sıkı bir bağ olduğunu ifade etmiştir.¹⁵¹ Ancak bu kararda demokrasiyi anlatmak için Mahkeme tarafından kullanılan önerme henüz analizin başında demokrasinin hukukun üstünlüğü karşısında ikincil bir öneme sahip olduğu şeklinde yorumlanmıştır: “*Demokrasi halka bir rol verilmesini varsaymaktadır*”.¹⁵² Bir yönetim modeli olarak demokraside halkın yerinin yalnızca bir “rol” ile açıklanması ve üstelik bu rolün halka dışarıdan “verildiği” fikri Mahkemenin halkın egemenliğini hiçe saydığı yönünde eleştirilere neden olmuştur.¹⁵³ Halkın demokrasi tanımındaki yerinin bu denli önemsizleştirilmesinin sorumlusu ise aynı eleştirilere göre hukukun üstünlüğü ilkesinden başka bir şey değildir.¹⁵⁴ Nitekim Mahkeme, hukukun üstünlüğü ilkesinin bir unsuru olan kanun önünde eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının Refah Partisi'nin savunduğu çoklu hukuk sistemi içerisinde gözetilmesinin mümkün olmayacağını demokrasi ile ilgili açıklamalarının hemen arkasına eklemiştir.¹⁵⁵ Böylece hukukun üstünlüğü ilkesinin gerekleriyle uyuşmayan siyasi projelerin halkın çoğunluğunun oyunu almış bir siyasi parti tarafından hayata geçirilmesinin engellenmesi Sözleşme bakımından kabul edilebilir bulunmuştur.¹⁵⁶

da kabul edilebilir olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu konuda ve “demokratik devlet”-“demokratik toplum” kavramsal tartışması için bkz. Esra DEMİR GÜRSEL, *op. cit.*, s. 59 vd. ve s. 135.

¹⁵⁰ Xavier SOUVIGNET, *op. cit.*, s. 43.

¹⁵¹ AİHM, *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 4134098; (...), 31.07.2001, par. 43.

¹⁵² Mahkeme şöyle devam etmiştir: “*Yalnızca halk tarafından ve halk için oluşturulmuş kurumlar (...) devlet otoritesini kullanma yetkisine sahip olmalıdır; yasalar, bağımsız bir yargı erki tarafından yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Çoğunluğu oluştursa dahi bir devletin nüfusunun, yönettiği halka karşı sorumlu olmayan laik veya dini bir varlığın lehine yasama ve yargı erklerinden feragat ettiği durumda demokrasiden söz edilemez*”.

¹⁵³ Gilles LEBRETON, “L’islam devant la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue du droit public*, n° 5, 2002, s. 1509.

¹⁵⁴ *Ibid.*, s. 1510.

¹⁵⁵ AİHM, *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 4134098; (...), 31.07.2001, par. 43 ve 70.

¹⁵⁶ Bu karar Büyük Daire tarafından onaylanmıştır. Büyük Daire, Daire kararındaki değerlendirmeleri ve ulaşılan sonucu tamamen onaylamakla birlikte demokrasiye ilişkin açıklamaları tekrarlamamıştır. AİHM, *Büyük Daire, Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 41340/98, 13.02.2003.

Halkın tercihi ile hukukun üstünlüğü ilkesinin karşı karşıya geldiği diğer az sayıda durumda da Mahkemenin tutumu aynı yönde olmuştur. Örneğin daha önce bahsi geçen *Zdanoka* kararında Letonya'nın yaklaşık %30'unu oluşturan Rusça konuşan azınlığın en öne çıkan siyasi temsilcisinin Sovyet yanlısı politik geçmişi nedeniyle genel seçimlerde aday olamaması yeni rejime ve bu rejimin kurumlarına olan güvenin sağlanması bakımından meşru görülmüştür. Çoğunluğun bu yöndeki görüşüne katılmayan yargıç ZUPANCIC bu vakanın hukuk devleti ve demokrasi arasındaki ilişkiyle yakından ilgili olduğunu, esasen politik bir mesele olan eski rejimle hesaplaşmanın günümüzde bir hukuk devleti meselesi halini aldığını savunmuştur.¹⁵⁷ Aynı doğrultuda, ilk bölümde değinilen *Baka* kararında yeni Macaristan Anayasası'na eklenen geçici bir maddeyle Yüksek Mahkeme başkanının görevine son verilmesi incelenmiş, söz konusu geçici düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasında dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. Böylece, halkın desteğini almış bir siyasi iktidarın devlet kurumlarını kendi siyasi vizyonuna göre yeniden yapılandırma girişimi Mahkeme tarafından hukuk devleti referansı yoluyla reddedilmiştir.

Bütün bu kararlar Mahkeme içtihadında hukukun üstünlüğü-demokrasi geriliminin bir karşılığı olduğunu göstermektedir. Ancak bu gerilimin içtihadın geneline yön verdiğini ve Mahkemenin demokrasi anlayışının “*halksız bir demokrasi*”¹⁵⁸ olduğunu söylemek bir parça abartılı olacaktır. Nitekim *Refah Partisi* ve *Zdanoka* kararlarında hukukun üstünlüğü ilkesi aracılığıyla karşı durulan olgu teorik olarak halk egemenliği değil totaliter bir rejime kayma riski veya yıkılmış totaliter rejimlerin tekrar kurulması tehlikesidir.¹⁵⁹ *Baka* kararında ise doğrudan Mahkeme tarafından adı konulmamış olsa da hukuk devleti ilkesi, otoriterleşme eğilimleri gösteren bir siyasi iktidara duyulan güvensizliğin sonucu olarak ön plana çıkmıştır. Kuşkusuz bu kararların arka planında yer alan tarihsel ve siyasal verilerin Mahkeme tarafından yorumlanma şekli her zaman için tartışmaya açık bir meseledir. Bu konuda en dikkat çekici husus Mahkemenin demokratik rejimler açısından tehdit oluşturabilecek olayları risk almadan yorumlamasıdır. Bir başka ifadeyle, Mahkeme temkinli davranmakta ve demokratik rejimlerin tehlikede olduğu iddialarını çoğunluğun iradesinin karşısında konumlanmak pahasına kolayca kabullenmektedir. Bunu

¹⁵⁷ Yargıç Zupancic'in karşı oy yazısı (*Zdanoka/Letonya*).

¹⁵⁸ Xavier SOUVIGNET, *op. cit.*, s. 46.

¹⁵⁹ AİHM, *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 4134098; (...), 31.07.2001, par. 99; AİHM, Büyük Daire, *Zdanoka/Letonya*, 58278/00, 16.03.2006, par. 133.

yaparken kullandığı meşrulaştırıcı güç ise hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkeleridir. Mahkeme içtihadına bu açıdan bakıldığında, hukukun üstünlüğü ilkesi, siyasi iktidarı meşrulaştırıcı işlevinin ötesinde Mahkemenin faaliyetini de meşrulaştırıcı bir rol üstlenmektedir.

Sonuç Yerine:

Hukukun Üstünlüğü ve Mahkemenin Meşruluğu

AİHM meşhur *Loizidou* kararında Sözleşme’yi “Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı” olarak tanımlamıştır.¹⁶⁰ Bu iddialı tanım içtihadta sıklıkla kullanılsa da Mahkemenin Sözleşme’ye ve kendi kararlarına nasıl bir misyon yüklediğini göstermesi bakımından oldukça önemlidir. Avrupa kamu düzeni kavramı, Avrupa toplumu için asli olarak kabul edilen bir kurallar bütünüdür ve Avrupa devletlerinin bu değerlerle bağlı olduğu varsayımına dayanır.¹⁶¹ Söz konusu temel değerler Sözleşme’nin Başlangıç kısmında ifade edilen hukukun üstünlüğü, insan haklarına saygı ve demokratik toplum düzeninden başka bir şey değildir.¹⁶² Sözleşme’nin bu düzeni sağlayan bir “anayasal araç” olarak görülmesi ise devletlerin hiçbir surette Sözleşme’yi uygulamaktan, en azından Avrupa kamu düzeninin temellerini koruyacak bir standart oluşturmaktan kaçınamayacağı anlamına gelmektedir.¹⁶³

Devletlere yüklenen bu yükümlülük pratikte iki önemli sonuç doğurmaktadır. İlki, Sözleşme’nin normlar hiyerarşisinde *de facto* anayasa üstü bir değer kazanmasıdır. Mahkeme her ne kadar Sözleşme’nin ulusal hukuk sistemlerindeki normatif değeri hususunda bağlayıcı bir yorumda bulunmamış olsa da taraf devletlerin anayasal düzenlemelerini gerekçe göstererek Sözleşme’ye aykırı tedbirler alamayacağını belirtmesi,¹⁶⁴ Sözleşme’ye kendiliğinden anayasa üstü bir konum kazandırmıştır. İkincisi, kaynağı ne olursa olsun her türlü işlemin, eylemin, normun Sözleşme’ye uygunluğunun Mahkeme tarafından denetlenmesidir. Gerçekten de

¹⁶⁰ AİHM, Büyük Daire, *Loizidou/Türkiye*, 15318/89, 23.03.1995 (ilk itirazlar), par. 75.

¹⁶¹ Frédéric SUDRE, “Un instrument de l’ordre public européen”, in Frédéric SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, 7^e édition, PUF, Paris, 2015, s. 9.

¹⁶² *Ibid.* s. 11. Ayrıca bkz. Özge OKAY TEKİNSOY, “Avrupa Kamu Düzeni Kavramı”, *Hacettepe Hukuk Fak. Derg.*, 1(1) 2011, s. 69 vd.

¹⁶³ AİHM, Büyük Daire, *Al-Dulimi and Montana Management Inc./İsviçre*, 5809/08, 21.06.2016, par. 145.

¹⁶⁴ AİHM, Büyük Daire, *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 19392/92, 30.01.1998, par. 30.

Mahkeme gerek referandum sonucu kabul edilen bir anayasal düzenleme¹⁶⁵ gerek yeni bir anayasaya eklenen geçici bir madde¹⁶⁶ olsun, her türlü düzenlemenin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemekten imtina etmemektedir. Bu da Sözleşme'yi bir nevi Avrupa Anayasası, Mahkemeyi ise bir Avrupa Anayasa Mahkemesi konumuna getirmektedir.

Sözleşme'nin taraf devletlerin anayasal düzenini bağlayan bir Avrupa Anayasası olarak nitelendirilmesi yeni bir şey olmasa da bazı yargıçların yakın tarihli Büyük Daire kararlarında bu iddiayı çok daha güçlü bir şekilde savunduğu dikkat çekmektedir. Örneğin *Al-Dulimi* kararında bir grup yargıç, Avrupa kamu düzeninin anayasası olarak Sözleşme'nin Avrupa kıtasında en üstün hukuku oluşturduğunu ve ne anayasal normlara ne de uluslararası hukukun üstün normları olarak nitelendirilen kurallara tabi olduğunu savunmuştur.¹⁶⁷ *Baka* kararında ise aynı yönde ayrık görüş yazısı kaleme alan iki yargıç, Sözleşme'nin tartışmasız olarak "anayasa üstü" statüde olduğu ve Mahkeme'nin bir "Avrupa Anayasa Mahkemesi" olarak her türlü ulusal düzenlemeyi denetleyebileceği hususlarının kararda daha açık bir şekilde yer alması gerektiğini belirtmişlerdir.¹⁶⁸ Yargıçlara göre, Mahkemenin, arkasındaki siyasi çoğunluktan bağımsız olarak her türlü anayasa reformunu denetlemesi ancak bu "Avrupa Anayasası" iddiasının net bir şekilde sahiplenilmesi ile mümkündür; somut vakada "hukuk devleti" ve "yargı bağımsızlığı" ilkelerinin korunması amacıyla siyasi çoğunluğun anayasal tercihleri üzerinde bir denetim gerçekleştirilmiş ancak Mahkeme bu yetkisini nereden aldığını net bir biçimde ortaya koymamıştır.¹⁶⁹

Kanımızca bu ayrık görüşlerde dikkat çekilmek istenen esas sorun Avrupa Anayasa Mahkemesi olarak niteledikleri Strazburg Mahkemesinin meşruluğu sorunudur. Bu sorun, doğal olarak, ulusal karar alıcıların anayasal düzene ve önemli toplumsal meselelere ilişkin karar ve tercihlerinin Mahkeme tarafından denetlenmesi durumunda belirgin bir biçimde gün yüzüne çıkmaktadır. Bu durumda AİHM'nin bir anayasa mahkemesi gibi davrandığı kabul edildiği takdirde, tüm anayasa mahkemelerinin karşılaştığı meşruluk sorunu AİHM bakımından da

¹⁶⁵ AİHM, Büyük Daire, *Open Door and Dublin Well Woman/İrlanda*, 14234/88; 14235/88, 29.10.1992.

¹⁶⁶ AİHM, Büyük Daire, *Baka/Macaristan*, 20261/12, 23.06.2016.

¹⁶⁷ Yargıçlar Pinto De Albuquerque, Hajiyeve, Pejchal ve Dedov'un aynı yönde ayrık görüşü. par. 59. (*Al-Dulimi and Montana Management Inc./İsviçre*).

¹⁶⁸ Yargıçlar Pinto De Albuquerque ve Dedov'un aynı yönde ayrık görüşü (*Baka/Macaristan*).

¹⁶⁹ *Ibid.*, par. 1 ve 25.

gündeme gelecektir. Üstelik asli kurucu iktidarın iradesine dayanan ulusal anayasa mahkemelerinin aksine uluslararası bir sözleşme aracılığıyla açıklanan devletlerin iradesine dayanan AİHM açısından bu sorun çok daha önceliklidir. Hiç kuşku yok ki, Mahkeme, demokratik meşruiyetinin son derece zayıf olduğunun farkındadır. Ulusal takdir marjı doktrini ve bunun da temelini oluşturan ikincillik ilkesi bu eksikliği telafi etmek için Mahkeme tarafından seferber edilen en kullanışlı araçlardır. Bu araçlar, dini sembol ve kıyafet yasakları, yaşamın başlangıcı ve sonu, eşcinsellerin evlenme ve evlat edinme hakları gibi Avrupa toplumlarının üzerinde oydaşamadığı konularda -bazen tartışmalı olmakla birlikte- Mahkemenin kendi hareket alanını sınırlamasına meşruluk kazandırabilmektedir. Buna karşın Mahkemenin kendi müdahale alanını sınırlamadığı ve genellikle bir hakkın ihlal edildiğine hükmettiği kararlarda takdir marjı doktrini ve ikincillik ilkesi bu meşrulaştırıcı fonksiyonlarını yitirmektedir. Bu durumda hukukun üstünlüğü ve/veya hukuk devleti ilkelerine ve kaçınılmaz olarak Sözleşme'nin Başlangıç kısmına dayalı retorik Mahkemenin yorum faaliyetini meşrulaştırıcı bir işlev görmektedir. Başka bir ifadeyle, Mahkeme kendi yetkisinin yetkisini bu söylemden almaktadır: Ortak değerler etrafında bir araya gelen ve hukukun üstünlüğüne dayalı gerçek demokratik rejimler inşa etme iradelerini Sözleşme'yi imzalayarak ortaya koyan devletler Mahkemeye bu yetkiyi vermişlerdir. Bu sayede Mahkeme bir anayasa mahkemesi gibi faaliyet gösterebilmekte ve hukukun üstünlüğü ilkesi aracılığıyla ulusal politik alanları sınırlayabilmektedir. Ancak bu bakış açısı benimsendiğinde, kendisi de Sözleşme tarafından oluşturulmuş bir organ olduğundan hukukun üstünlüğü ilkesi Mahkemeyi de bağlayacaktır.

Mahkemenin faaliyetinin hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olup olmadığını denetleyecek bir merci olmasa da Mahkemenin meşruluğu tartışmaları bakımından bu son derece önemli bir noktadır. Örneğin, ikinci bölümde gösterilmeye çalışıldığı üzere, iş yükü gibi pratik gerekçeler karşısında hukukun üstünlüğü ilkesinden taviz verilmesi veya tatmin edici gerekçeler olmaksızın içtihat değişikliğine gidilerek usul güvencelerinin zayıflatılması durumunda Mahkeme kararlarının meşruluğu tartışmaya açılabilir. Kısacası, Mahkeme Avrupa Anayasa Mahkemesi rolünü kabul ettirebilmek için hukukun üstünlüğü ilkesini bizzat kendisi her koşulda gözetmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, hukukun üstünlüğü ilkesi, AİHM kararlarında üstlendiği rol itibarıyla bir yandan bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasında temel bir yorum aracı, diğer yandan demokratik toplum düzeninin işleyişine yön veren bir temel ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bunun da ötesinde,

hukukun üstünlüğü, demokratik rejimlerden olası sapmalara karşı Mahkemenin müdahalesini meşrulaştıran ve bu sayede Avrupa kamu düzeninin devamlılığını sağlayan bir temel değer olarak da belirmektedir. Bu çoklu fonksiyonu nedeniyle hukukun üstünlüğü Mahkeme içtihadında vazgeçilemez bir referans olarak kendisine yer bulmaktadır. Bu “popülarite” hukukun üstünlüğünün her koşulda ve ne pahasına olursa olsun korunduğu anlamına gelmemekle birlikte, bu kavramın gelişiminde artık Avrupa Mahkemesinin de söz sahibi olduğunu göstermektedir. Kanunların anayasaya uygunluğu denetimine ilave olarak anayasaların Sözleşme’ye uygunluğunun denetimi de böylece hukuk devletinin/hukukun üstünlüğünün bir unsuru olarak kabul edilmelidir. Bunun tetiklediği meşruluk tartışmaları ise uzun bir süre gündemde kalacağına benzemektedir.

KAYNAKÇA

- CHEVALLIER, Jacques, *L'État de droit*, Montchrestien, 4e éd., Paris, 2003.
- DELCAMP, Alain, “Cours constitutionnelles et parlements - ou comment se conjuguent aujourd’hui principe de souveraineté et État de droit”, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/1, No. 38, ss. 181-203.
- DEMİR GÜRSEL, Esra, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- DOEHRING, Karl, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, (çev. Ahmet MUMCU), İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2002.
- DUGUIT, Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, 3e éd., Fontemoing, Paris, 1918,
- ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 13’üncü baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.
- FAVOREU, Louis, et al., *Droit constitutionnel*, 13e éd., Dalloz, Paris, 2010.
- FERIOLI, Elena, “Rule of Law and Constitutional Democracy”, *The Turkish Yearbook of International Relations*, Vol. 46 (2015), ss. 91-106.
- GONZALEZ, Gérard, “Le droit à des élections libres”, in Frédéric SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, 7^e édition, PUF, Paris, 2015, ss. 749-762.
- HUSSON-ROCHCONGAR, Céline, “La redéfinition permanente de l’Etat de droit par la Cour européenne des droits de l’homme”, *Civitas Europa* 2016/2 (N° 37), ss. 183-220.

- KRYGIER, Martin, “Rule of Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Ed. Michel Rosenfeld and András Sajó), Oxford University Press, 2012, s. 219-233.
- LEBRETON, Gilles, “L’islam devant la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue du droit public*, n° 5, 2002, ss. 1493-1510.
- LEVINET, Michel, “La Convention européenne des droits de l’homme socle de la protection des droits de l’homme dans le droit constitutionnel européen”, *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/2, No. 86, ss. 227-163.
- LOUGHLIN, Martin, *Kamu Hukukunun Temelleri*, (çev. Dilşad Çiğdem SEVER – Kıvılcım TURANLI), Dipnot yayımları, Ankara, 2017.
- MELKONYAN, Davit, “Concept of the Rule of Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, Materials of conference devoted to 80 th of the Faculty of Law of the Yerevan State University: Yerevan, YSU Press, 2014, ss. 339-349.
- MIAILLE, Michel, “L’État de droit: technologie et/ou idéal?”, *NAQD* 1992(2), No. 3, ss. 16-22.
- OKAY TEKİNSOY, Özge, “Avrupa Kamu Düzeni Kavramı”, *Hacettepe Hukuk Fak. Derg.*, 1(1) 2011, 66–79.
- ÖZENÇ, Berke, *Hukuk Devleti. Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim, İstanbul, 2014.
- RABAN, Ofer, “The Rationalization of Policy: On the Relation Between Democracy and the Rule of law”, *Legislation and Public Policy*, Vol. 18:45, 2015, ss. 45-66.
- ROSENFELD, Micheld, “The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy”, *Southern California Law Review*, Vol. 74, 2001, ss. 1307-1351.
- SCHMITT, Carl, *Théorie de la Constitution*, (trad. Lilyane DEROCHE), Presses Universitaires de France, 1993.
- SOUVIGNET, Xavier, “Le modèle politique de la Cour européenne des droits de l’homme: du pouvoir du peuple à la souveraineté du sujet”, *Jurisdoctoria* n° 5, 2010, ss. 41-60.
- SUDRE, Frédéric, “Un instrument de l’ordre public européen”, in Frédéric SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, 7^e édition, PUF, Paris, 2015, ss. 7-17.

VAN MEERBEECK, Jérémie, “Le droit à l’assistance d’un avocat à l’aune de la jurisprudence *Salduz*: le pouvoir judiciaire entre Charybde et Scylla”, *Journal des Tribunaux*, No. 6398, 05.06.2010, ss. 381-388.

, *In*

Bruylant, 1997, ss. 241-286.

Avrupa Konseyi Belgeleri

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, CM(2008)170 (*The Council of Europe and the Rule of Law – An overview/Le Conseil de l’Europe et la prééminence du droit – Un aperçu*).

Venedik Komisyonu, CDL-AD(2011)003rev (*Report on the rule of law/Rapport sur la prééminence du droit*)

Venedik Komisyonu, CDL-AD(2016)007 ().

Hukukun Üstünlüğü İlkesi
Yorumlar ve Tartışma

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Kemal Gözler

Doç. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İİBF
Doç. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Katılımcıların Katkıları

Dr. İlker Gökhan Şen'in Bildirisine İlişkin Yorum Doç. Dr. Selda Çağlar

Kamu Hukuku Platformunun değerli üyeleri, değerli katılımcılar, Hukuk ve Adalet temalı bu toplantımız kapsamında Dr. İlker Gökhan Şen'in sunduğu bildiri üzerine yorumlarımı sizlerle paylaşacağım. Yapacağım sunumda öncelikle bizlere yazılı olarak gönderilen bildiri taslak metni üzerine düşünce ve eleştirilerimi, ardından da bildiri konusu üzerine katkı ve önerilerimi paylaşacağım.

Uluslararası insan hakları hukukunda artık birbirinin yerine kullanılmakla birlikte farklı tarihsel, toplumsal ve siyasi koşullarda ortaya çıkan ve bu nedenle farklı amaç ve işlevlere sahip olduğu ileri sürülen "Rule of law", "Rechtsstaat" ve "Etat de Droit" ilkelerinin teorik kökenleri ve evrimini karşılaştırmalı olarak inceleme amacını taşıyan bu bildiride hukukun üstünlüğü, *devletin hukuk yoluyla sınırlandırılması* olarak tanımlanmıştır. Bu amaca yönelik olarak önce hukuk-siyaset ilişkisi kurulmaya çalışılmış, hukukun siyasal iktidarın meşrulaştırılmasını sağlayan bir araç olduğu ileri sürülmüştür. Bu meşruiyetin hem siyasal iktidarın hukuki yollarla kurulması hem de bu yolla sürdürülmesi ile mümkün olacağı belirtilerek yasallık-meşruluk ilişkisine gönderme yapılmış, fakat bu ilişki açıklanmamıştır.

Hukuk-siyaset ilişkisi bağlamında hukukun ne olduğu, hangi unsurlar üzerine inşa edildiği Hobbes, Austin ve Kelsen gibi düşünürlerin görüşleri ile açıklanmaya çalışılmış, hukukun şekli kurallar bütünü mü, yoksa maddi içerikli bir düzen mi olduğu sorusuna yanıt bulmak amacıyla pozitivist ve doğal hukuk teorileri üzerinden hukuk-ahlak ilişkisi tartışmaya açılmıştır. Tartışma, doğal hukukçuların hukuk normlarını yüksek ahlak ve/ya adalet ilkelerini karşılıyor ise geçerli olduğunu ileri süren görüşleri ile pozitivistlerin ahlak ve diğer değerleri hukukun dışında tuttuğu görüşler ekseninde ilerlemiş; Kelsen, Hart, Raz ve Austin'in hukuk normlarının normatif varlığını adalet ya da ahlaktan almadığı, hukukun varlığı ile içerik olarak benimsenmesi ve uyulmasının ayrı konular olduğu yönündeki tezleri incelemeye alınmıştır. Bu bağlamda, Kelsen'in saf hukuk teorisinin adaleti reddetmediği, fakat yasaların ahlaki açıdan değerlendirilmesinin ideolojik olma riskini beraberinde getireceği düşüncesi ile Hart'ın hukuk sisteminin ahlak ya da adaletle uyum içinde olması gerektiğini kabul etmekle birlikte, bunun hukukun geçerlilik koşulu olmadığı savunusuna yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi bildiri, hukuk devletinin siyasal iktidarı meşrulaştırdığı söyleminden yola çıkarak hukuk teorileri bazında hukukun meşruluğu tartışmalarına odaklanmıştır. Örneğin, hukukun geçerliliğini meşruluğundan

ayırt eden, meşruiyet kazanmak için hukukun adaleti sağlamak zorunda olmakla birlikte hukukun ahlaki ya da etik bir amaca yönelmek zorunda olmadığını savunan ılımlı pozitivistler ile Kelsen'in hukukun meşruluk tezi bu çerçevede ele alınmıştır. Bildiride “hukukun üstünlüğü”ne *devletin hukuk yoluyla sınırlandırılması* gibi çok geniş bir anlam yüklendiği için hukukun üstünlüğü/hukuk devleti ilkesi de neredeyse hukukun bir ilkesi değil, hukukun kendisi; diğer deyişle hukuk düzeninin bütünü olarak aşkın bir kavrama dönüşmüştür. Bu eşitlemenin tehlikeli sonuçlar doğurabileceğini daha sonra ayrıca açıklayacağız. Şimdilik “hukukun üstünlüğü”nü hukukun meşruluğu gibi tüm hukuk sistemini kapsayan ve üzerine pek çok teori üretilen tartışmalı kavramlarla açıklamanın bildiriye yolundan saptıracağını, hukukun üstünlüğü/hukuk devleti ilkesi ile sınırlı bir hukuk anlayışının ortaya konulmasının daha isabetli olacağını söylemekle yetinelim.

Bildiri'nin sonraki bölümünde “rule of law” ile “rechtsstaat” ilkeleri Anglo-Amerikan hukuk sistemiyle Kıta Avrupa hukuk sistemi üzerinden karşılaştırmalı olarak ele alınmış, bu hukuk düzenlerinde devletin sınırlandırılmasının anlamı ile sözü edilen ilkelerin kapsamının farklı olduğu ülke örnekleriyle açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda İngiltere’de devlet iktidarının sınırlandırılmasının gelenek hukuku ve hukuk ilkeleri doğrultusunda alınan yargı kararları (içtihat) ile gerçekleştirildiği belirtilmiş, parlamento dahil hiçbir devlet organının bir takım hak ve özgürlüklerle adaletin temel ilkelerine dokunamayacağı Dicey’nin görüşleri üzerinden aktarılmıştır. ABD’de ise hukukun üstünlüğünün yazılı katı bir anayasa, katı kuvvetler ayrılığı ve anayasa yargısının gücüyle işleyen bir hukuk sistemine dayandığı saptamasıyla yetinilmiş, “due process” ilkesinin anlamına, geçirdiği evrime ve hukukun üstünlüğü ilkesinin anlam ve kapsamı içindeki yerine hiç değinilmemiştir. Oysa bu ilkeye değinmeden ABD’nde hukukun üstünlüğünü açıklamak mümkün değildir.

Kara Avrupası hukuk sistemi içinde rechtsstaat ilkesi ise, hukukun içeriğiyle değil, hukukun kaynağı ve işleyiş düzeniyle bağlantılı, diğer deyişle, kurumsal bir yapı oluşturma ve siyasi iktidarın faaliyetlerini kurallara bağlama amacı taşıyan bir ilke olarak açıklanmıştır. Hukukun meşruluğunun da temel usuli kurallara uygun olarak yetkili organlarca oluşturulan rasyonel ve öngörülebilir kuralların yürürlükte olmasıyla sağlanabileceği, bununla beraber bu hukuk sistemi içinde özgürlük düşüncesinin tamamen dışlanmadığı, Jellinek’in *devletin kendi kendini sınırlama* tezi üzerinden yapılan açıklamalarla ifade edilmiştir.

Aynı hukuk sistemi içinde “etat de droit” ilkesinin de pozitivist kabule dayalı bir ilke olduğu, ancak Alman kökenli rechtsstaat ilkesinden farklı

olarak hukuki değil, sosyolojik pozitivizmi esas aldığı, çünkü bu ilkenin Fransa'nın tarihsel-toplumsal gelişim sürecinde önemli bir yer tutan 1789 ihtilali ile İnsan ve Yurttaş Hakları Evrensel Bildirgesinin felsefi temellerine dayandığı vurgulanmış, Fransız hukuk düzeni içinde hangi kurum ve kurallara dayalı olarak uygulandığı bilgisine ise yer verilmemiştir.

Bu karşılaştırma içinde hukuk devletinin şekli ve maddi unsurlara dayalı bir tasnif olarak literatüre geçmiş şekli ve maddi hukuk devleti ayrımı üzerinde neredeyse hiç durulmaksızın rechtsstaat ile rule of law ilkelerinin 2. Dünya Savaşı sonrası maddi içerik kazanan hukuk devleti paydasında bulunduğu, özgürlüklerin hukuk yoluyla korunmak istendiği belirtilmiş, bu bağlamda demokrasi ve hukukun üstünlüğü arasında ilişki kurulmuştur. Otoriter sistemlerin kamusal alanı kuşattığı, kişilere bu alanda yer ve özgürlük bırakmadığı, tiranların hukuku iktidarlarını güçlendirmede bir araç olarak kullandıkları eleştirisine yer verilerek, antidemokratik sistemlerde hukukun özgürlükleri koruma güvencesi değil, siyasal iktidarın otoritesine hizmet eden bir araç olduğu ifade edilmiştir.

Bildirinin sonuç bölümünde, bir devlet işleminin hukuk olarak tanımlanabilmesi için Fuller tarafından dile getirilen özellikler sayılmış, BM Genel Sekreterinin oldukça kapsayıcı "rule of law" tanımı ile Dünya Adalet Projesi çerçevesinde "hukukun üstünlüğü" endeksine göre kabul edilen kriterler sıralanmıştır. Sonuç bölümü bu haliyle zayıf, yorum ve değerlendirmeler açısından eksiktir. Bildiri tam metin olarak teslim edilmeden önce bu bölümün de eleştiriler doğrultusunda tamamlanması gerekmektedir.

Bildiri konusuna bağlı kalarak kendi düşünce ve değerlendirmelerimize gelince, hukuk devleti ilkesinin devletin güç ve yetkilerinin belli kurallara bağlanarak kişilere karşı keyfi kullanımını önlemek amacıyla geliştirildiğini, hem Anglo- Sakson hem de Kara Avrupası coğrafyasında liberal-burjuva devlet modelinin bir ürünü olduğunu biliyoruz. Söz konusu ilke, bir yandan siyasal iktidarın kim tarafından nasıl kullanılacağına ilişkin egemenlik ve meşruiyet arayışına cevap vermek üzere siyasi bir rol üstlenmiş, diğer yandan kendisinden rasyonel, öngörülebilir bir hukuk düzeni tesis etmesi beklenerek hukuki işlev görmesi istenmiştir. Fakat her iki durumda da hukuk devleti hukukun üstünlüğü, hukuka atıfla açıklanmaya çalışılmıştır. Bu durumda hukukun ne olduğu sorusuna yanıt bulmak gerekmektedir. Bu konuda üretilen teorilerden yola çıkılarak şekli ve maddi hukuk ayrımı içinde sorunun yanıtını bulmak mümkün mü acaba?

Şekli hukuk, hukukun içerik ve amacına girmeksizin düzen fonksiyonunu esas alan, düzen kurucu organ devlet ile devletin zor kullanma gücü üzerine

inşa edilmiş hukuk anlayışını kabul eden teoriler bütünüdür. Devlet iktidarının hem yapılanması hem de işleyişinde hukuksal form olarak yasalar ön plandadır. Diğer deyişle, belli organlar tarafından belli usullere göre konan, belli bir süre için kendisine uyulan kurallar ile tanımlanan bir hukuk düzenine işaret eder.

Hukuki pozitivizmde hukuk, devletin standart ifade biçimi, dili ve etkinlik aracıdır. Devlet tarafından konan hukuk normları dışında başka bir düzen ve norm fikri reddedilir. Bu anlayışta eşitlik ve adalet de şeklidir. Eşitlik, “kanun önünde eşitlik”, adalet de bu düzen içinde yer alan normların hem devlet organlarına hem de kişilere aynı biçimde uygulanmasıyla elde edilen bir düzendir. Hukuk, ideoloji, politika, ekonomi, ahlak gibi alanlardan ayrılırsa, her türlü değer ve yargıdan uzak tutulursa, adalet ve eşitliğin de gerçekleşeceği savunulur. Kelsen tarafından temsil edilen bu görüş çerçevesinde “rule of law” dan farklı olarak “rechtsstaat” ilkesinin kökeninde *devletin üstünlüğü* fikrinin yattığını söylemek mümkündür.

Ancak kanunların objektif ve kesin olduğu bir devlet düzeninde adaletin gerçekleşeceği varsayımının hukuk devletini kurmak bakımından yeterli olmadığını tarih bize göstermiştir. Nazi döneminde Almanya’da hukukun şekli ilkelerine bile uyulmamış, hukuk ideolojinin emrinde bir araç olmuş, Nazi rejiminin meşru olduğu inancının kabul edilmesine hizmet etmiştir. Hukuk, sadece bir devlet düzeni kurulmasına olanak sağlayan bir araç olarak algılanır, hukukun toplumsal düzen ve barışı tesis amacı göz ardı edilir, usuli ve içeriksel güvencelerden yoksun kılınır ise, diğer deyişle “hukuk güvenliği” ilkesinin gerekleri yerine getirilmezse, Nazi dönemi tek örnek olarak kalmayacak, başka toplumlarda da benzerleri yaşanabilecektir. Hukuk güvenliği ile kastedilen, hukukun kesinlik ve objektiflik unsurlarının yanı sıra açıklık, belirlilik ve öngörülebilirlik unsurlarını da içeren, devlet faaliyetlerinin hukuki sınırlar dışına çıktığında hak arama ve zararları tazmin olanaklarının var olduğu, ilgililerin cezalandırıldığı, bireylerin devlet ve diğer bireylerle ilişkilerinde usuli hukuk güvencelerinden yararlandırıldığı bir hukuk sistemidir. Hukuk devleti de bireyler için hukuk güvenliğini sağlayan bir hukuk düzeni içinde gerçekleşebilir. Raz bu durumu, “*hukuktan hukuk devletin koşullarını sağlaması beklenir ve hukuk devleti değerini toplum için vazgeçilmez bir araç olan hukuku etkin kılmasından alır.*” diyerek açıklamaktadır. Raz’a göre hukuk devletin gerekleri, doğal adalet-due process ya da adaletin usuli gerekliliklerinin gözetildiği, mahkemelere kolayca erişimin mümkün olduğu öngörülebilir bir hukuk düzeni ile karşılanabilir. Başka bir ifadeyle, hukuk devleti

hukukun şekli unsurlarının yanı sıra usuli ve içeriksel bir takım güvenceleri de içinde barındıran bir hukuk sistemi içinde gelişebilir.

Maddi hukuk ise, hukukun şekli ve usuli güvencelerinin yanı sıra insan hak ve özgürlüklerini koruyan, adaleti sağlayan hukuk düzenine gönderme yapılarak içerikli ve kapsamlı bir hukuk anlayışını kabul eden görüşler bütünüdür. Ancak “hukuk devleti”ni maddi hukukun gereklerini karşılayan bir ilke olarak kabul etmek, bu ilkeyi aşkın bir ilke haline getirir. Şöyle ki; klasik liberal devletin kapitalist liberal devlete dönüştüğü, devlet aygıtının son derece genişlediği, devletin toplumsal tüm alanları (siyasi, hukuki, ekonomik, sosyal) düzenlemeye çalıştığı, görev ve yükümlülüklerinin arttığı karmaşık yaşam içinde hukukun da kapsadığı alanlar genişlemiştir. Adalet, demokrasi, insan hakları gibi pek çok ilke ve değer de hukuk yoluyla düzenlenmesi bir zorunluluk halini almıştır. Hukuk devletini bu ilke ve değerleri de kapsayacak bir ilke olarak kabul etmek mümkün değildir. Çünkü hukuk devleti de adalet, demokrasi, insan hakları ilkeleri gibi hukukun bir niteliğidir. Aksi halde adalet, hakkaniyet, eşitlik, ayrımcılık yasağı gibi hukukun temel ilkelerinin, demokrasi ve insan hakları değerlerinin bağımsız birer ilke, değer ve kurum olduklarının reddi gerekir. Fakat hem uluslararası hukuk hem de ulusal anayasalarda bu ilke, değer ve kurumlar müstakil, fakat birbiriyle ilişkili, devlet ve hukuk düzeninin taşınması gerektiği özellikler olarak düzenlenmekte, hukuk devleti de bu ilkelerle beraber hukukun niteliğini yükseltecek bağımsız bir ilke olarak anılmaktadır. Diğer yandan, hukuk devleti maddi hukukun unsurlarını da içeren bir ilke olarak kabul edildiğinde bu gereklilikleri karşılayan bir hukuk düzeninde insan hakları, adalet gibi diğer ilkelere başvurmaya da gerek kalmayacak, hukuk devleti bir ilke olmaktan çıkacak, hukuk düzeninin kendisi olacaktır. Hukuk devletini bu aşkın kapsamıyla kabul etmek gerçekçi değildir. Bu koşulları sağlayan bir devlet ve hukuk düzeni örneği bulunmamaktadır. Hukuk devleti ilkesini ön plana çıkaran ve uygulayan devletlerin tamamı hukuk düzenlerinin insan hakları ve adalet ilkelerinin gerekliliklerini karşılamasına da önem vermekte, insanın insanca yaşayabilmesini sağlamak adına hukuk düzenlerine dahil etmektedir. Çünkü bu amaca tek başına hukuk devleti ilkesiyle varılamamaktadır. Hukuk devleti insana ve devlet düzenine dair her sorunu çözen mucizevi bir ilke değildir. Kısaca hukuk devleti böylesine kapsamlı bir maddi hukuk içeriğiyle kabul edilemez.

Hukuk devleti, şekli ve usuli güvenceler bütünüdür. “Hukuk yoluyla demokrasi”, “hukuk yoluyla insan hakları” gibi “hukuk yoluyla hukuk devleti” ilkesine varılacaksa, hukuk devleti ilkesinin adaletin usuli gereklilik

ve güvenceleri ile şekli hukukun gerekliliklerini karşılaması yeterlidir. Başka bir ifadeyle, hukuk devleti için hukukun genel, objektif, açık, belirli, öngörülebilir ve belli ölçüde istikrarlı olduğu, yargısal ve diğer hak arama yollarına başvurulabildiği ve sonuç alınabildiği, bu süreçlerde bireylerin tüm usuli güvencelerle birlikte insan haklarının korunduğu, yargının bağımsız olduğu hukuki güvenliği sağlayan bir hukuk düzeni yeterlidir. Bu gereklilikleri karşılayan bir hukuk düzeninde insan hak ve özgürlükleri ile adalete ilişkin sorunlar için ayrıca insan hakları ve adalet ilkelerine başvurmak, hukuk devleti ile birlikte bu ilkeler bütünüyle hukukun içeriksel olarak istenen korumayı sağlaması mümkün kılınabilir elbette.

**Dr. Erkan Duymaz'ın “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Kararlarında Hukukun Üstünlüğü İlkesi” Sunumuna Yorum
Prof. Dr. Ece Göztepe**

Öncelikle genç meslektaşımı, sunduğu konuyu bu kadar sistematik ve derinlemesine incelediği için tebrik etmek istiyorum. Araştırma sorusu son derece net, konuyu ele alma biçimi ise sorusuyla tam anlamıyla örtüşen bir çalışma olmuş. Bu nedenle benim yorumum eleştiriden çok, kavramsal birkaç hususa yoğunlaşmakla yetinecek.

Avrupa Konseyi, kırk yedi taraf devletin ortak örgütü olarak, en küçük ortak bölende birleşmekte, hukuk devleti ve insan hakları konusunda ise bu ortak paydanın üstüne çıkan ölçütler geliştirmeye çalışmaktadır. Ancak insan hakları fikrinin ulus-üstü karakterine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ulusal hukuk düzenlerinin ötesine geçen içtihadına rağmen, Anglo-Amerikan hukuk geleneğinin tarihine uygun içtihat hukuku ile Kıta Avrupasının dogmatik hukuk anlayışı ve uygulaması, kaçınılmaz şekilde AİHM içtihadının şekillenmesinde ve uygulanmasında sorunlara yol açmaktadır.

Anglo-Amerikan hukuk geleneğinde *rule of law* ilkesi, siyasi iktidarın herhangi bir norm tarafından sınırlandırılmasına yöneliktir. Yani normun kaynağı ve normlar hiyerarşisi, iktidarın sınırlandırılması işlevini gördüğü sürece asli bir sorun oluşturmamaktadır. Oysa Kıta Avrupası hukuk düzenindeki hukuk devleti ilkesi (*Rechtsstaat*) norm koyma ve uygulama tekeline münhasıran devlete vererek, normlar hiyerarşisi gözetilmek suretiyle hukukun kaynağını devletle sınırlandırmaktadır. Hukuk devleti ilkesi de böylelikle devlet dahil herkesin hukuka uygun hareket etmesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda hukukun maddi içeriği, arka plana itilmektedir. Hukuk, devlet iktidarının meşrulaştırılmasının en önemli aracı olarak anlaşılmaktadır.

Bu formalize edilmiş haliyle hukuk devleti, Alman kamu hukukçusu Ernst-Wolfgang Böckenförde'nin deyimiyle “gerçekleşmesi için demokrasiye ihtiyaç duymaz, herhangi bir yönetim biçiminde de uygulanabilir niteliktedir”¹. Anglo-Amerikan hukukundaki ifadesiyle *rule by law* ilkesi, hukuku şekli ve maddi anlamda birbirinden kesin olarak ayırır. Özellikle Almanya'da Hitler dönemi deneyiminden sonra bu katı formalizm

¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde (2004), “Demokratie als Verfassungsprinzip”, Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II: Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller içinde, s. 486 kn. 84.

terk edilmiş ve Kıta Avrupası düşüncesinde de meşruiyetin kaynağı olarak usulüne göre yürürlüğe konmuş normların, belli içerik koşullarını tamamlamak zorunda olduğu kabul edilmeye başlanmıştır.

Maddi anlamda hukuk devleti ile demokratik toplumun kesişim alanı bu doğrultuda belirlenebilmektedir: O'Donnell, siyasi hak ve özgürlüklerle birlikte, bireylerin negatif statü haklarının güvence altına alındığı bir hukuk düzeninde, kamu organları ve bireylerin hukuka aykırı davranışlarının bağımsız bir yargı denetiminde olmasını², demokratik ilke ile maddi hukuk devletinin kesişmesi olarak değerlendirmektedir.

Hukuk devletinin bu maddi anlayışı çerçevesinde, AİHM ile ulusal hukuk arasındaki ilişkide Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ve AİHM içtihadının iç hukuktaki yerinin ve işlevinin doğru kavramlarla tanımlanması büyük önem taşımaktadır. AİHS madde 53³ doğrudan dava edilebilir bir hak olmamakla birlikte, genel yorum ilkesi uyarınca, her iki düzlemdeki norm yorumuna yön vermek zorundadır. Ama dava edilemez bir hak olması tam aksine, taraf devletlerin keyfi uygulamalarının gerekçesi olmaktadır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) "Orhan Kılıç" kararında⁴ Mahkeme, "Bireysel başvuru incelemelerinde **ölçü norm Anayasa** olup kanuna uygunluk denetimi yapılmamaktadır" demekle birlikte, "ortak koruma alanı" kavramıyla fiilen AİHS'nin daha dar kapsamlı lafzını ve/veya AİHM içtihadını kullanmaktadır. Örneğin, içtihatla geliştirilen disiplin hukukundaki masumiyet karinesinin ceza muhakemesindeki masumiyet karinesinden daha düşük eşikli bir koruma sağladığı hususunun, Türk mevzuatı açısından mümkün olmaması gerekir. Oysa AYM de AİHM'nin daha düşük bir standardın uygulanmasını kabul eden içtihadı doğrultusunda aynı düşük standardı benimsemiştir ve uygulamayı yerleşik içtihadıyla benimsemiştir. Eğer bireysel başvuruda ölçü norm anayasa ise, haklara en geniş koruma sağlayan, kümülatif bir yorumun tercih edilmesi gerekirdi.

Bu nedenle tebliğde (s. 27) AİHS'nin *de facto* anayasa üstü değer kazandığı belirtilirken, iç hukuktaki normatif hiyerarşi ile uluslararası

² Guillermo O'Donnell (2004), "Why Rule of Law Matters?", *Journal of Democracy*, 15, Nr. 4, s. 32-47.

³ AİHS MADDE 53:

"Tanınmış insan haklarının korunması"

"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın **yasalarına** ve onun taraf olduğu **baska bir Sözleşme uyarınca tanınmış** olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz".

⁴ Orhan Kılıç kararı, 2014/4704, RG: 10.4.2018, par. 51.

hukuktaki ortak değerlerin yorumu ilkesi olarak üstünlüğü arasında dikkatli bir ayırım yapılmalıdır. Çünkü AİHS'ye bu türden bir normatif hiyerarşide üstünlük tanınırsa, Anayasada Sözleşme'nin ötesine geçen ölçüde koruma sağlayan düzenlemelerin de uygulanmaması gerekir. Oysa hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. madde ya da kişi özgürlüğünü düzenleyen 19. madde ve bunlara ilişkin kanuni düzenlemeler, AİHS ve AİHM'nin ötesine geçen koruma sağlamaktadır ve normatif hiyerarşi olmadığı içindir ki, öncelikle uygulanmak zorundadırlar.

Değirmek istediğim son husus ise olağanüstü hal uygulamaları ile ilgili. 21 Temmuz 2016'dan beri olağanüstü hal altında yönetilen Türkiye, Avrupa Konseyi'ne derogasyon bildiriminde bulunmuştur. AİHM'nin içtihadı da gözetilerek terör ve devletin güvenliğine karşı tehditlerin ne oranda AİHS'nin temel ilkelerinden tamamen vazgeçmeyi içerdiği sorulmalıdır (özellikle AİHM'nin "Lawless" kararı ışığında). OHAL döneminde bir düzenleyici işlem olarak Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri'nin (OHAL KHK) ekinde bir bireysel idari işlem biçimi olarak isim yayınlama pratiğiyle karşı karşıya kaldık. Yasamanın genelliği ilkesinin 2000'lerin başından beri "yasakoyucunun takdiri" başlığı altında AYM eliyle sınırsızlaştırılmasının doğal sonucu olarak görülebilecek bu olgu, bu anlamda olağan dönemin OHAL'e hazırlık teşkil etmesinin de acıklı bir örneğidir.

Konuşmamı, önümüzdeki dönemde binlerce kişiyi ilgilendiren kararlar verecek olan OHAL İnceleme Komisyonu'na ilişkin bir soruyla bitirmek istiyorum. AİHM'nin, iş yükünden kaçınmak için, başvuru yolları tüketilmemiş olduğu gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı verdiği OHAL'le ilgili Zihni⁵ ve Gökhan Köksal⁶ kararları karşısında sorulması gereken asli soru, Türkiye'de öngörülen başvuru yollarının ne derecede etkili olduğudur. OHAL İnceleme Komisyonu vereceği muhtemel işe iade kararlarının gerekçesine ne yazacaktır? Herhangi bir disiplin ya da ceza soruşturması olmaksızın tesis edilen OHAL KHK'sinin bir kısmını düzeltme, yani ismi çıkartma yetkisi var mıdır? Tamamı kanunlaşan OHAL KHK'leri bakımından idari bir organ olarak anayasaya uygunluk denetimi mi yapılacaktır? Aslında retorik olduğu hemen anlaşılan bu sorular, OHAL İnceleme Komisyonun'un vereceği kararların yetki paylaşımı ve normlar hiyerarşisinin genel ilkelerine uygun kararlar veremeyeceğinin açık bir kanıtı değil midir? Sabrınız için teşekkür ederim.

⁵ AİHM Başvuru No. 59061/16.

⁶ AİHM Başvuru No. 70478/16.

Ceza Hukukunda Adalet İlkesi
Bildirilerin Sunumu

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Sami Selçuk, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Av. Ergin Cinmen, Muğla Barosu

**THEMİS'İN GÖZLERİ GERÇEKTE KAPALI MI?:
CEZA HUKUKUNDA ADALET ANLAYIŞINA ELEŞTİREL BİR
YAKLAŞIM**

**Doç. Dr. Hasan Sınar
Ar. Gör. Batuhan Aktaş**

I. Olağanlaşan OHAL'de Adalet İlkesi

1. Konuya Temel Yaklaşım
2. OHAL KHK'larında Savunma Hakkına Yönelik Kısıtlamalar
 - a. Genel Olarak Savunma Hakkı
 - b. Soruşturma Evresinde Müdafî İle Görüşme Hakkınının Kısıtlanması
 - c. Müdafîin Görevden Yasaklanması
 - d. Kovuşturma Evresinde Müdafî İle Temsilin Kısıtlanması
 - e. Müdafisiz Duruşmaya Devam Edilebilmesi
3. OHAL KHK'larında Koruma Tedbirlerine İlişkin Düzenleme Rejimi
 - a. Yakalama ve Göz altına Alma Yönünden
 - b. Arama Tedbiri Yönünden
 - c. El Koyma Tedbiri Yönünden
 - d. Özel El Koyma (Taşınmaz, Hak ve Alacaklara El Koyma) Tedbiri Yönünden
 - ç. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında, Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Yönünden
 - e. Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Tespiti, Dinlenilmesi ve Kayda Alınması Yönünden
 - f. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi ve Teknik Araçlarla İzleme Yönünden

**II. Koruma Tedbirinden Peşin Yaptırıma/Ceza Adaletinde
Yozlaşmanın Simgesi: TUTUKLAMA**

1. Konuya Temel Yaklaşım
2. Tutukluluk Süreleri ve Kemikleşmiş Hatalı Uygulamalar
3. Katalog Suç Sistemi Sorunu
4. Tutuklamada Gerekçe Sorunu
5. Tutuklamanın Denetimi Sorunu

III. Ceza Adaletinin Bazı Bitmeyen Tartışmaları

1. Ölüm Cezası Tartışmaları
 - a. Genel Olarak
 - b. Dünyada Ölüm Cezası Uygulamalarına İlişkin Güncel Durum

- c. Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Ulusal üstü Normlar
 d. Türkiye’de Ölüm Cezası Tartışmalarının Olası Sonuçları
 2. Cinsel Suçların Önlenmesi Yönünden Yeni(!) Arayışlar

SONUÇ

KAYNAKÇA

I. Olağanlaşan OHAL’de Adalet İlkesi

1.Konuya Temel Yaklaşım

Hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ilkesi, anayasal, demokratik düzenlerin kurucu ilkelerinden birisini oluşturur ve bu ilkenin esaslı bir unsurunu oluşturmadığı rejimler, yurttaşlarına sağlanan refah düzeyi ne olursa olsun, özgür ve medenî bir yaşam için elverişli bir çerçeve oluşturamazlar. Hukukun üstünlüğü ilkesinin ilk görünümü, kuşkusuz hukuk devleti şeklinde ortaya çıkar. Buna göre, hukukun üstünlüğü ilkesini benimseyen bir düzende, devlet, hukuk kuralları ile bağlı ve sınırlı bir örgütlenmedir¹. Bu bağlamda, devlet aygıtının her türlü faaliyetleri hukuk kuralları içerisinde kalır, bütün işlemleri hukuka uygun olarak yürütülür. Hukukun üstünlüğü ilkesi bu anlamda yurttaşlarına “hukuk güvenliği” ve “keyfiliğin dışlanması” biçiminde ortaya çıkan iki temel güvenciyi sunmak suretiyle, kişileri keyfi devlet müdahalesinden korunmuş özel alanlar sağlar.

Hukukun üstünlüğü ilkesinin temel görünümü “hukuk devleti” olmakla birlikte, bu ilke hukuka bağlı devlet olgusunu aşan felsefi ve ahlâki bir görünüme de sahiptir. Şöyle ki, hukukun üstünlüğünün benimsendiği bir düzende, devletin salt hukuka bağlı olması yetmez; aynı zamanda bu hukukun niteliği ve nasıl bir hukuk olduğu sorunsalı da önem taşır². Bu bağlamda, hukukun üstünlüğü ilkesi hukuk kurallarının olduğu gibi uygulanmasından ibaret görülemez; aksine bu hukuk kurallarının “doğal adalet” ve “usulî hakkaniyet” ideallerinin gereklerine uygun şekilde oluşturulmalarını ve uygulanmalarını da zorunlu kılar³. Şu halde, hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsendiği düzenlerde, hukuk sisteminin maddî içeriği bakımından adil olmasının yanı sıra; hukukun yapısal ve prosedürel bakımından da adalete uygun olarak inşa edilmesi gereklidir. Çünkü o

¹ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Bası, Ankara, 1993, s. 250.

² Zeki Hafizoğulları, “Türk Hukuk Düzeninde “Hukukun Üstünlüğü Prensibi” Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, 2002, Sy: 1, s. 25.

³ Mustafa Erdoğan, “Hukuk, Hukukun Üstünlüğü ve Adalet”, s. 4. <http://erdoganmustafa.org/hukuk-hukukun-ustunlugu-ve-adalet/> (Erişim Tarihi: 30.03.2018).

kurallar çerçevesinde hukuk sisteminin meşruiyetii ancak adalet idealine yönelmiş olmak suretiyle elde edilebilir. İnsanlar, hukuk sistemini salt bir kurallar bütünü olarak algılamazlar; bunun çok ötesinde olarak, bu sisteme bir adalet beklentisiyle yaklaşırlar ve bu beklenti gereğince sisteme saygı gösterir ve itaat ederler. Hukuk sistemleri de sıklıkla, kendi varlık ve işleyişlerinin meşruiyetini, adalet ilkesine başvurmakta bulurlar. Bu bağlamda, söz gelimi pek çok ülkede, devlet aygıtının hukuk sistemiyle koordine eden birimine “Adalet Bakanlığı” isminin verilmesi ya da inceleme konumuzla bağlantılı olarak bir suçun kovuşturulması ve cezalandırılmasına ilişkin mekanizmanın “ceza adaleti sistemi” ismiyle anılması, kesinlikle bir tesadüften ibaret değildir⁴.

Bu son örnekle ilintili biçimde, ceza hukuku yönünden bakıldığında ise hukukun üstünlüğü ilkesine anlam ve ruh kazandıran adalet ilkesinin, bu hukuk disiplini özelinde farklı bir önemi, değeri ve ağırlığı haiz olduğu tespit edilebilir. Çünkü ceza hukuku, hukuk disiplinlerinin geneli ele alındığında, devlet aygıtı eliyle bireyin malvarlığına, kişi özgürlüğüne ve yaşam hakkına dahi yönelen şedit bir yaptırımlar zinciri uygulanabilmesine olanak tanıyan tek ve bu itibarla “en kıdemli” hukuk dalıdır. Diğer bir bakış açısıyla, ceza hukuku, adalet ilkesini gerçekleştirmeye yönelmek iddiasıyla meşruiyet kazanmaya belki de en çok gereksinim duyan hukuk dalıdır. Bu itibarla, hukukun üstünlüğü ilkesi bağlamında ceza hukukunun meşruiyet değeri kazanabilmesi için, gerek işlendiği ileri sürülen bir suça ilişkin ihdas edilen maddi ceza hukuku normlarının gerekse bu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin usulü belirleyen biçimsel ceza muhakemesi hukuku kurallarının, adaleti gerçekleştirmenin bir aracı şeklinde dizayn edilmeleri gerekir.

Kuşkusuz bu alanda mutlak bir denetim imkanı bulunmamakla birlikte, ideal olan, başta temel kod olan Türk Ceza Kanunu (TCK) olarak üzere, ceza hukuku alanında düzenleme getiren tüm özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlarda düzenlenen suçlar ve yaptırımlar ile bu suçların yargılanmasına ilişkin getirilen başta Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) olmak üzere, yürürlüğe konulan tüm muhakeme kurallarının adalet ilkesine uygun bir biçimde formüle edilmeleridir. Çünkü adalet ilkesine aykırı şekilde ihdas edilen veya uygulanan kuralların, kamuoyunda çoğu zaman hoşnutsuzluk bazen de infial şeklinde ortaya çıkan faturası, yekûn olarak hukuk sistemine çıkartılmaktadır. Bu faturadan kurtulmak isteyen yöneticiler tarafından, adalet ilkesine aldırış etmeksizin alelacele hazırlanan

⁴ Erdoğan, “Hukuk, Hukukun Üstünlüğü ve Adalet”, s. 5.

“panik düzenlemeleri” ile durumu kurtarmaya çalışmaları ise, uzun vadede yaşanan sorunları ağırlaştırmaktan öte bir katkı sağlamamaktadır.

Adeta fasit bir daireyi andıran bu genel sorunsalın ötesinde, yakın dönemde ortaya çıkan siyasal ve sosyal çalkantıların da, ceza hukukunda adalet ilkesi ile bağdaşmayan yeni bir yasal düzenleme faaliyetine girişilmesine yol açtığı gözlemlenebilir. Şöyle ki, 15 Temmuz 2016 askeri darbe kalkışmasının bastırılmasının ardından 20 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen Olağanüstü Hal (OHAL) ile Türkiye’nin, devlet-toplum ilişkilerini yaşamın her alanında yeniden şekillendirmeyi hedef alan, benzerine pek rastlanmayan bir yeni sürecin içine girdiği tespit edilebilir. Türkiye’de siyasal iktidarların ülkeyi yasama organını devre dışı bırakan Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK’lar) ile yönetme konusundaki eğilimi geçmişten beri bilinmesine ve bu konu anayasa hukuku doktrininde çokça işlenmiş olmasına karşın; kanımızca 20 Temmuz 2016 ile başlayan OHAL sürecini, ülkeyi KHK’lar yoluyla yönetme noktasında önceki deneyimlerden ayıran ve benzersiz kılan bir özelliği, Türkiye’de sistemin ana omurgasını oluşturan temel yasal mevzuatta girişilen çok yoğun ve fevkalade kapsamlı bir yeni düzenleme faaliyetidir. Bu yaygın yasal düzenleme faaliyeti, meşruiyeti çok tartışmalı bir biçimde, ceza mevzuatına da sirayet etmiş ve özellikle CMK başta olmak üzere ceza muhakemesine ilişkin usul kurallarını düzenleyen kanunlarda, hak ve özgürlükler alanına önemli kısıtlamalar getiren bir dizi düzenleme önce geçici OHAL KHK’ları ile yürürlüğe konulmuş; ardından bunların bir kısmı ise yasama organı tarafından kanunlaştırılmıştır.

Bu bildiriye, ceza hukukunda adalet ilkesini eleştirel bir yaklaşımla ele alırken, ilk olarak OHAL sürecinin olağanlaşması çabalarına bir tepki ve karşı duruş olarak, OHAL KHK’ları ile önce savunma hakkına getirilen kısıtlamaları, sonrasında ise ceza muhakemesi koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemeler ile hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini incelemeyi hedefledik. Bu tarz bir çaba ile hem OHAL sürecinde temel hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamaların tespit edilmesinin, kayıt altına alınmasının ve tartışılarak dile getirilmesinin; OHAL’i olağanlaştırma eğilimine hukukçular tarafından verilebilecek en güzel yanıt olduğuna inanıyoruz. Bildirinin ikinci kısmında ise, Türkiye’de ceza adaleti sisteminde adeta keyfilğin ve yozlaşmanın simgesi haline dönüşmüş olan “tutuklama” kurumunu ele almayı tercih ettik. Bu şekilde, tutuklama kurumu bağlamında ortaya çıkan bazı yaygın uygulama sorunlarını gündeme taşıyarak, kişi özgürlüğü hakkına en ağır sınırlamayı getirmesi nedeniyle, uygulamada en ağır mağduriyetlere de yol açmakta olan

tutuklama kurumunun yeniden amacı ve işlevi ile sınırlı bir çerçeveye oturtulmasına yönelik düşünce ve önerilerimizi dile getirdik. Nihayet son bölümde ise Türkiye’de ceza adaleti sistemi bağlamında sürekli gündemde tutulmaya çalışılan iki önemli tartışma konusuna ilişkin normatif gelişmeleri ortaya koyarak, bu tartışma konularının artık bir biçimde kamuoyu gündeminden düşmesi gerekliliğine ilişkin kanaatimizi gerekçeleriyle ortaya koymak ve hukukçuların tartışmasına açmak istedik.

Bildirinin tüm bölümlerinde gerekçeleriyle izah etmeye çalıştığımız açıklamalarımıza yönelik tartışmacıların ortaya koyacağı görüş, öneri ve yapıcı eleştirilerin çalışmanın zenginleştirilmesine ve bilimsel düzeyinin yükseltilmesine hizmet edeceğinin bilinciyle, katkı sunma nezaketinde bulunan tüm tartışmacılara şimdiden teşekkürlerimizi sunmak isteriz.

2. OHAL KHK’larında Savunma Hakkına Yönelik Kısıtlamalar

a. Genel Olarak Savunma Hakkı

Ceza muhakemesinin amacı, insan haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe (*hakikate*) ulaşmaktır. Geçmişte yaşanan bir olaya ilişkin tüm parçalar, deliller aracılığıyla birleştirilerek maddi gerçek ortaya çıkartılmaya çalışılır⁵. Ceza muhakemesinin tarihsel gelişim süreci, maddi gerçeğe ulaşmanın en etkili yolunun, yargılama faaliyetinin iddia-savunma-hüküm (*tez-antitez-sentez*) makamlarının kollektif bir faaliyeti birlikte yürütmeleri olduğunu göstermiş ve bu itibarla modern çağda ceza muhakemesinin yürüyüşü bu kollektif anlayışa dayalı olarak şekillendirilmiştir. Bu sistemde, iddia makamı tarafından, bir suçun işlendiğine ilişkin olarak sav (*tez*) ortaya konulur⁶. Savunma makamı, bu sava karşılık, ortada bir suç bulunmadığı, suçun şüpheli veya sanık tarafından işlenmediği, olayda bir hukuka uygunluk nedenin veya kusurluluğu etkileyen bir nedenin bulunduğu ya da şüpheli veya sanığın talep edilenden daha az ceza ile cezalandırılması

⁵ Nur Centel - Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, İstanbul, 2017, s. 4-5.

⁶ Savcılık makamı, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 160. maddesinde yer alan “...*şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür*” hükmü uyarınca şüphelinin yalnızca aleyhine olan değil, lehine olan delilleri de toplamak ve gerektiğinde haklarını korumakla ile de yükümlüdür. Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 129. Bundan sonucu olarak, soruşturma evresinde şüpheli lehine deliller toplayabilen, şüphelinin haklarını gözeten ve kovuşturma evresine geçildiğinde esas hakkındaki mütalaasında hazırladığı iddianame ile bağlı olmadan sanığın beraatini da isteyebilen savcılık makamının bir taraf değil, adalet mekanizması içerisinde maddi gerçeğe ulaşmak için diğer sùjelerle işbirliği yapan bir makam olduğu kabul edilmelidir. Ancak ne yazık ki uygulamada, savcının suçtan zarar gördüğüne inanılan devleti temsil etmesi pek çok kez şüphelinin haklarını gözetmesine engel oluşturmaktadır.

gerektiğini ileri süren bir karşı sav (*anti tez*) ileri sürer. Nihayet yargılama makamı tarafından somut vakıada tartışılan bu tez ve antiteze dayanılarak bir sentez (*hüküm*) oluşturulur⁷. Yargılama sonucunda ulaşılabilecek olan hükmün adil ve sağlıklı olabilmesi için, hüküm verme faaliyetine katılan bütün makamların birbirlerinin ileri sürdüğü fikirleri öğrenebilmeleri ve bu fikirlere karşı fikir ileri sürebilmeleri gerekir. Bu itibarla, yargılama faaliyetine katılan iddia ve savunma makamlarının bu faaliyetlerinin güvence altına alınabilmesi için birtakım hak ve yetkilere sahip olmaları gerekir.

Bu durum, özellikle savunma makamını oluşturan şüpheli veya sanık ile müdafii yönünden özel bir önemi haizdir. Çünkü bir suçun işlendiği şüphesi ile başlayan ceza muhakemesi faaliyetinin temel süjesi, suç isnadı altında bulunan kişi olan şüpheli veya sanıktır. Diğer bir ifadeyle, aslında ceza muhakemesi olarak isimlendirilen bu kollektif faaliyet, eğer ortada bir suç var ise, bu suçun isnat altında bulunan kişi tarafından işlenip işlenmediğini ve eğer işlenmiş ise, bu kişinin hangi koşullar içerisinde bu fiili gerçekleştirdiğini araştırmaya yönelmektedir. Bu durumda, suç isnadı altında bulunan kişi olan şüpheli veya sanığın, bu isnada karşı fiili ve hukuki olarak savunmasını yapabilmesi, ceza muhakemesi faaliyetinin dürüst ve adil bir şekilde gerçekleştirilmesinin olmazsa olmaz ön koşuludur⁸. Bu itibarla, hakkında soruşturma yapılan şüphelinin veya kamu davası açılmış olan sanığın savunma hakkı, adil yargılanma hakkının temel bileşeni olarak kabul edilir. Nitekim, savunma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilmiş⁹ ve

⁷ Nurullah Kunter - Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, İstanbul, 2010, s. 64.

⁸ Keza Anayasa Mahkemesi'ne göre de adil yargılanmanın gereklerinden en önemlisi Anayasa'nın 36. maddesinde de açıkça ifade edilmiş olan "*savunma hakkı*"dır. Mahkemeye göre; "*Ceza yargılamasındaki savunma haklarının güvence altına alınması demokratik toplumun temel bir ilkesidir. Bu sebeple AİHM'e göre hakkaniyete uygun bir yargılamanın gerçekleştirilmesi için, yargılamanın yürütülmesi sırasında alınan önlemlerin, savunma hakkının yeterince ve tam olarak kullanılması ile uyumlu olması ve bu hakların teorik ve soyut değil, etkili ve pratik olacak şekilde yorumlanması gerekmektedir*". AYM Cihan Yeşil Kararı, Başvuru Numarası: 2013/8635, Karar Tarihi: 06.05.2015. Karar için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/2ea43c22-562f-454d-a2e7-d07069ccf75a?wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

⁹ Savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde bir suç isnadı ile itham edilen herkesin faydalanacağı asgari haklar sayılmıştır. Buna göre kişinin; isnat edilen suçu öğrenme, savunma için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma, bizzat yahut müdafii vasıtasıyla kendini savunma, avukat tutmak için maddi olanaklardan yoksun ise avukat yardımından ücretsiz yararlanma, tanık dinletme *YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

ulusal hukuk düzeninde de 1982 Anayasası'nın 36. maddesi ile anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, gerek şüphelinin gerekse sanığın savunma hakkını gereği gibi kullanabilmesi, kural olarak hukuki yardım almasına bağlıdır¹⁰. Çünkü şüpheli veya sanık çoğunlukla hukukî bilgiden yoksundur ve bu hukukî bilgiden yoksun bulunan bir şüpheli veya sanığın iddia makamını oluşturan ve profesyonel bir meslek icra eden bir hukukçu olan savcıya karşı kendisini gereği gibi savunabilmesi olanaksızdır¹¹. Diğer yandan şüpheli veya sanık hukukî bilgiye sahip bir kişi olsa bile, bu kişinin bir suç isnadı altında bulunduğu ve kendisine karşı yöneltilen suçlamanın ağır psikolojik etkisi ve ağırlığı altında bulunduğu da gözetilmek durumundadır. Bu nedenle, savunma hakkı kural olarak şüpheli veya sanığın mutlaka bir müdafinin hukuki yardımından yararlanmasını zorunlu kılar¹². Şu halde, hukuk devleti ilkesini benimsemiş bir ülkede savunma hakkı ile şüpheli, sanık ve müdafii kanunla tanımlanmış birtakım hak ve yetkiler ile donatılmış birer usul süjesi olarak kabul edilir ve böylece hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlanır¹³.

Bununla birlikte, 20 Temmuz 2016'dan itibaren başlayan OHAL sürecinde yürürlüğe konulan OHAL KHK'ları ile savunma hakkının kullanılmasına ilişkin olarak önemli kısıtlamalar getirilmiştir¹⁴. Aşağıda, bu kısıtlamalara kısaca değinilecektir.

ve tanık sorgulama ve tercümandan ücretsiz yararlanma gibi suçlama karşısında savunmasını gereği gibi yapabilmesine olanak sağlayan temel birtakım haklar Sözleşme ile güvence altına alınmıştır.

¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şüpheli ya da sanığın hukuki yardımdan yararlanma hakkını, yargılamanın bir safhasında değil; fakat muhakeme faaliyetinin bütünü içerisinde fiilen ve gerçek bir avukatın yardımından yararlanması şeklinde anlamaktadır (I. vs. İsviçre, No: 13972/88; Karar Tarihi: 14.05.1992; Rosa Tripodi vs. İtalya, No: 13743/88, Karar Tarihi: 14.10.1992.) Bkz. A. Şeref Gözübüyük - Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi)*, 10. Bası, Ankara, 2013, s. 304.

¹¹ Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul, 1955, s 126; Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, Ankara, 2013, s. 141.

¹² Bahri Öztürk - Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - Özge Sırma Gezer - Yasemin Saygılar Kırıt - Özdem Özaydın - Esra Alan Akçan - Efser Erden Tütüncü, *Nazarî ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, Ankara, 2016, s. 247; Hamide Zafer, *"Savunma Hakkı ve Sınırları"*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, İstanbul, 2015, s. 509.

¹³ Tuğrul Katoğlu, *"Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İikesi"*, in: Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçuları Platformu, 8-9 Kasım 2013, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2015, s. 141 vd.

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1996 tarihinde verdiği Aksoy vs. Türkiye kararında; Türkiye'nin güneydoğusunda ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin mevcut olduğu konusunda başvuranın itirazda bulunmadığını ancak olağanüstü hâl ilanının genel

b. Soruşturma Evresinde Müdafî İle Görüşme Hakkının Kısıtlanması

Ceza Muhakemesi Kanunu sisteminde, şüpheli veya sanığın soruşturmanın veya kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla

olarak, Sözleşme yetkililerinin ele alması gereken bir mesele olduğunu öne sürmüştür. Bu bağlamda yaptığı incelemede Mahkeme, Türkiye'nin Sözleşme'nin 15. maddesi doğrultusunda 1990 yılında yükümlülüklerini askıya alma hususunda bildirimde bulunduğunu belirterek, olağanüstü hal ilanı için genel bir tehlikenin varlığı ve bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için alınması gereken aykırı tedbirlerin mahiyeti ve kapsamı konularında karar verme hususunda devletlerin, uluslararası yargıçtan daha donanımlı olduklarını ve bu nedenle, bu bağlamda ulusal makamlara geniş bir takdir payı bırakıldığını ifade etmiştir. Ancak Mahkeme söz konusu kararda, **Devletlerin yetkisinin olağanüstü zamanlarda dahi sınırsız olmadığını belirtmiş** ve Devletlerin, durumun “**kesinlikle gerektirdiği ölçünün**” dışına çıkıp çıkmadıklarına ilişkin denetlenebileceklerini ve denetimin ise yükümlülükleri askıya alan tedbirlerin etkilediği hakların mahiyeti ve olağanüstü hale neden olan ve süresini belirleyen koşullar yönünden olacağını belirtmiştir. AIHM Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma (Tematik Bilgi Notu), Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı - Aralık 2015,

[http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/diger/Derogation%20in%20time%20of%20emergency%20\(OLA%C4%9EAN%C3%9CST%C3%9C%20HAL%20LERDE%20Y%C3%9CK%C3%9CML%C3%9CL%C3%9CKLER%C4%B0%20ASKIYA%20ALMA\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/diger/Derogation%20in%20time%20of%20emergency%20(OLA%C4%9EAN%C3%9CST%C3%9C%20HAL%20LERDE%20Y%C3%9CK%C3%9CML%C3%9CL%C3%9CKLER%C4%B0%20ASKIYA%20ALMA).pdf). (Erişim Tarihi: 21.03.2018). Türkiye 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi'ne yapılan bildirimle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 15'e dayanarak birtakım yükümlülüklere aykırı tedbirler alınabileceğini açıklamıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. R. Murat Önok, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Olağanüstü Hal Uygulamaları”, KHK'ler Türkiyesinde Savunma Hakkı Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 330, Ankara, Aralık 2016, s. 109 vd. Ayrıca Türkiye'nin yaptığı bildirimnin İngilizce tam metni için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-reservations-and-declarations/>

[/conventions/declarations/results? coeconventions WAR coeconventionsportlet formDate=1521101125659& coeconventions WAR coeconventionsportlet searchBy=state& coeconventions WAR coeconventionsportlet codePays=TUR& coeconventions WAR coeconventionsportlet numSTE=& coeconventions WAR coeconventionsportlet codesMatiere s=& coeconventions WAR coeconventionsportlet enVigueur=true& coeconventions WAR coeconventionsportlet dateDebut=05%2F05%2F1949& coeconventions WAR coeconventionsportlet dateDebutDay=5& coeconventions WAR coeconventionsportlet dateDebutMonth=4& coeconventions WAR coeconventionsportlet dateDebutYear=1949& coeconventions WAR coeconventionsportlet dateStatus=15%2F03%2F2018& coeconventions WAR coeconventionsportlet dateStatusDay=15& coeconventions WAR coeconventionsportlet dateStatusMonth=2& coeconventions WAR coeconventionsportlet dateStatusYear=2018& coeconventions WAR coeconventionsportlet numArticle=& coeconventions WAR coeconventionsportlet codeNature=&p_auth=s85uz2Cq](http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-reservations-and-declarations/) (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

müdafiin yardımından yararlanabilmesi esası benimsenmiştir. Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile soruşturma evresinde avukat sayısının birden üçe çıkarılması önemlidir, çünkü bu düzenleme ile müdafiin soruşturma evresinde kolluğa karşı konumu güçlendirilmek ve olası hukuka aykırı işlemlere karşı delillendirme kolaylığı sağlanmak istenmiştir¹⁵.

Nihayet yine Kanun'a göre, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafiin, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkının engellenemez ve kısıtlanamaz olduğu belirtilmiştir¹⁶ (CMK md. 149).

Ceza Muhakemesi Kanunu sisteminde ayrıca, şüpheli veya sanığın müdafii ile görüşmesi konusunda ise, bu kişilerin vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebileceği vurgulanmış ve ayrıca bu kişilerin müdafii ile

¹⁵ Öztürk ve diğerleri, *Nazarî ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 247.

¹⁶ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendi kapsamında, suç isnadı altında bulunan kişi savunma hakkının kullanılmasında üç ayrı hakka sahiptir. Bunlar kendisini bizzat savunma, seçtiği bir müdafi yardımından yararlanma, bir müdafi tayin etme olanağından yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görülürse resen atanacak bir müdafi yardımından yararlanma haklarıdır. Dolayısıyla suç isnadı altında bulunan kişinin kendisini bizzat savunması talep edilemez. Pakelli vs. Federal Almanya, No: 8398/78, Karar Tarihi: 25.04.1983. AİHM, bazı durumlarda kişinin talebi olmasa da resen ücretsiz olarak avukat tayin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Kişinin olanağının olmaması yanında ayrıca suçlama nedeniyle alabileceği özgürlükten mahrum bırakılmayı gerektiren bir ceza ve davanın karmaşıklığı, avukat yardımının sağlanmasını gerektiren bir hukuki menfaati ortaya çıkarmaktadır. Tunç vs. Türkiye, No: 32432/96, Karar Tarihi: 27.03.2007. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi; başvurunun infaz hakimliği karşısında müdafiden yardım talebinin reddedilmesine ilişkin verdiği kararda; “*Şikâyet konusu olayın niteliği itibarıyla isnat edilen suçlamanın anlaşılması, savunma hazırlamak için ilgisine yeterli süre ve imkan verilmesi, tercüman imkanı sağlanması veya tanık ve benzeri delillerin araştırılması gibi hususlarda eksiklik veya özensizlik bulunmamaktadır. Buna benzer disiplin suçu olaylarında müdafi yardımından yararlandırılma, bir zorunluluk olarak kabul edilmemiş "adaletin yerine gelmesi için gerekli olma" şeklinde formüle edilen bir şarta bağlanmıştır. Bu kapsamda değerlendirme yapılırken itiraza konu Ceza İnfaz Kurumu disiplin işleminin, toplu açıklık grevine katılma eyleminden kaynaklandığı, savunma hazırlamak için teknik veya hukuki bilgi gerektirecek karmaşık olaylar bulunmadığı ve infaz hakimliği şikâyet değerlendirme sürecinin basit usul kuraları ile yürütüldüğü dikkate alınmalıdır.*” şeklindeki gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan savunma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gerekçelerle bu karara katılmamaktayız. Metin Yamalak Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/9450, Karar Tarihi: 13.04.2016. Karar için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/9450> (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

yazışmalarının da denetime tabi tutulamayacağına altı çizilmiştir¹⁷ (CMK md. 154).

Şu halde müdafî, gerek kollukta gözaltına alınmış olan ve gerekse tutukevinde bulunan şüpheli veya sanık ile (hafta sonlarını ve mesai dışındaki saatleri de kapsar şekilde) her zaman görüşebilecektir¹⁸. Kanun md. 149/3'de, gözaltına alınmak veya tutuklanmak suretiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin müdafîi ile görüşme hakkını, "soruşturma veya kovuşturmanın her aşamasında" yapılabileceğine vurgu yaparak, bir zaman kısıtlaması da getirmemiştir¹⁹.

Kanunda müdafî ile görüşme hakkına ilişkin olarak ileri sayılabilecek olan tüm bu ilkesel düzenlemelere OHAL KHK'ları ile ciddi kısıtlamalar getirildiğini ifade etmek gerekir. Bu kapsamda OHAL sürecinde müdafî ile görüşme hakkına ilişkin ilk kısıtlama, geçici OHAL düzenlemesi olarak 667 sayılı KHK²⁰ ile getirilen ve tutuklu OHAL şüphelisi ile müdafîi arasındaki görüşmenin kayda alınması, görüşme sırasında bu görüşmeyi izleyen bir görevli bulundurulması ve belgelere el koyma yetkisi tanınmasına ilişkin düzenlemedir. Buna göre, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü halinde devamı süresince; tutuklu olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü veya suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve talimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının kararıyla görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir. Tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli hazır bulundurulabilir. Tutuklunun avukatına veya avukatının tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin kayıtlara el konulabilir. Görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir. Tutuklunun yaptığı görüşmenin belirtilen amaçla yapıldığının anlaşılması halinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus

¹⁷ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Ekim 2015, s. 519.

¹⁸ AİHM'e göre; sanığın avukatı ile temasının önlenmesi AİHS md. 6/3-(c) yanında; 1. fıkra da yer alan dava hakkının da ihlalidir. Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 305.

¹⁹ Rıfat Çulha - Fahrettin Demirağ - Ayşe Nuhoğlu - Salih Oktar - Durmuş Tezcan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, Editör: Prof. Dr. Feridun Yenisey, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2018, s. 62.

²⁰ Resmi Gazete, T: 23.07.2016, Sy: 29779.

gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Görüşme başlamadan önce, taraflar bu hususta uyarılır. Tutuklu hakkında, tutanak tutulması hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemiyle tutuklunun avukatlarıyla görüşmesi sulh ceza hâkimliğince yasaklanabilir. Yasaklama kararı, tutuklu ile yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesi Cumhuriyet savcısı tarafından istenebilir. Görevlendirilen avukata, 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 13 üncü maddesine göre ücret ödenir (667 sayılı KHK/ md. 6-d).

Olağanüstü hal döneminde getirilen bu sınırlandırmalar, müdafinin savunmasını hazırlaması için en temel hususlardan biri olan şüpheli veya sanık ile gizli bir şekilde görüşme ve yazışma hakkının çekirdek alanına müdahale teşkil etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, delillerin karartılması tehlikesi bulunmadıkça, sanık ve avukatın görüşmesi gizli ve özel olmak zorundadır²¹. OHAL sürecinde çıkartılan söz konusu KHK getirilen düzenlemenin kişinin müdafî yardımından “pratik ve etkili” bir şekilde yararlanabilmesi için sağlanması gereken asgari görüşme ortamını ihlal edici nitelikte olduğu açıktır. Söz konusu düzenlemelerin birtakım gerekçelere dayanması da ölçülülük ilkesi göz önüne alındığında, güvencesiz ve hakkın özünü zedeleyen sınırlandırmalar getirdiği gerçeğini değiştirmeyecektir. Özellikle yukarıda belirtildiği şekilde teknik cihazlarla izlenen görüşmeler sonucunda tutulan tutanak sonucunda şüpheli veya sanığın 6 ay boyunca avukatlarıyla görüşmesinin yasaklanması diğer avukatlar açısından genel anlamda caydırıcı bir uygulamaya dönüşerek şüpheli veya sanığın avukat yardımından gereği gibi yararlanması engellenebilir²².

Bu noktada ayrıca belirtelim ki, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 59/2. maddesinde yer alan “avukatla görüşme hakkı”na ilişkin olarak, OHAL öncesi süreçte yürürlükte bulunan ve örgüt suçlarından mahkûm olan hükümlünün müdafî ile yaptığı görüşmenin bir

²¹ Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 305-306; Ayrıca Mahkeme, Vinci Construction ve GTM Génie Civil etie Civil et Services vs. Fransa kararında, avukat-müvekkil gizliliğine tabi e-postalar dâhil olmak üzere elektronik verilerin aranması ve bu verilere el konması olayında; avukat ile müvekkil gizliliğinin önemini vurgulamış ve belgeleri incelemek ile görevlendirilen hakim in yaptığı şekli incelemeyi yeterli bulmamıştır. Vinci Construction ve GTM Génie Civil etie Civil et Services vs. Fransa, No: 63629/10 ve 60567/10, Karar Tarihi: 02.04.2015, karar için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_04_184_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 20.03.2018).

²² *Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri*, s. 57.

görevli tarafından izlenebilmesine ve bu ikisine ait belgelerin infaz hâkimi tarafından incelenebilmesine imkân veren sınırlamanın kapsamı OHAL sürecinde 676 sayılı KHK ile (md. 6/5) genişletilmiştir. Bu çerçevede, bu sınırlamanın uygulanması için “*infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık edildiğine ilişkin belge ve bulguların elde edilmesi*” şeklindeki sınırlama ölçütlerine, “*terör örgütü veya diğer suç örgütlerini yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve talimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge edilmesi*” şeklinde son derece muğlak ve her yöne kolaylıkla çekilebilen ucu açık yeni sınırlama ölçütleri eklenmiştir. Ayrıca bu sınırlama ölçütlerinin varlığı halinde hükümlü ile müdafî arasındaki görüşmenin -Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla- üç ay süreyle teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilmesi esası getirilmiştir. Nihayet, yine bu tarz bir durumun varlığı halinde, OHAL’den önce yalnızca hükümlü ile müdafinin birbirlerine verdikleri belgelerin infaz hâkimi tarafından incelenebilmesi şeklindeki bir sınırlama yetinilirken; 676 sayılı KHK ile değişik CGTİHK md. 59/4’e göre artık, hükümlü ve müdafî tarafından birbirlerine verilen belgelerin yanı sıra, *belge örnekleri, dosyalar ile aralarındaki konuşmalara ilişkin kayıtlara da el konulabilecek veya görüşmelerin yer ve saati de sınırlandırılacaktır.*

Müdafî ile görüşme hakkına diğer bir sınırlama ise, yine geçici bir OHAL düzenlemesi olan 668 sayılı KHK ile getirilmiştir. Buna göre, Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü halinde devamı süresince, gözaltındaki şüphelinin müdafîi ile görüşme hakkı *Cumhuriyet Savcısının kararıyla beş gün* süreyle kısıtlanabilir. Bu zaman zarfında ifade alınamaz (668 Sayılı KHK/ md. 3-m). Müdafî ile görüşme hakkına ilişkin diğer bir kısıtlama ise CMK’da değişiklik öngören 676 sayılı KHK²³ ile getirilmiştir. Bu KHK ile, CMK md. 154’e ikinci fıkra eklenerek, bu fıkroda müdafî ile görüşmedeki kısıtlama halleri belirlenmiştir. Buna göre, Türk Ceza Kanununun ikinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti

²³ Resmi Gazete, T: 29.10.2016, Sy: 29872. Söz konusu düzenleme 01.02.2018 tarih ve 7070 sayılı Kanun ile kanunlaşmıştır.

çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı *Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle* kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz (676 sayılı KHK md. 3)²⁴.

Görüldüğü üzere, 676 sayılı KHK ile, müdafii ile görüşme hakkına ilişkin olarak 668 sayılı KHK ile getirilen kısıtlamalar belirli ölçüde hafifletilmiştir. Bu bağlamda ilk olarak, 668 sayılı KHK’da aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen tüm “toplu suçlar” kısıtlamanın kapsamına alınmış iken, 676 sayılı KHK’da bu kapsam “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçları”na indirgenmiştir. Bunun yanı sıra, 676 sayılı KHK ile, kısıtlama için 668 sayılı KHK’deki Cumhuriyet savcısının kararı yerine Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararının varlığı aranmış ve nihayet 668 sayılı KHK’da beş güne kadar olan müdafii ile görüşme yasağı, yirmidört saate kadar şeklinde indirilmiştir. Ancak her ne kadar 676 sayılı KHK’da müdafii ile görüşme yasağına ilişkin 668 sayılı KHK ile getirilen kısıtlamalar daraltılmış ise de, yine de OHAL süreci ile ortaya çıkan bu sınırlama rejiminin yarattığı tehlikeler devam etmektedir. Çünkü mevcut rejimde suç isnadı altında bulunan kişinin müdafii ile “derhal” görüşme hakkına getirilen kısıtlama halen mevcudiyetini korumaktadır²⁵. Oysa özellikle soruşturma evresinde şüphelinin müdafii ile derhal görüşme hakkının varlığı, şüpheliden iradesi fesada uğratarak ya da zor kullanılarak kayıt dışı veya hukuka aykırı beyan elde edilmesine karşı çok önemli bir

²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, A.T vs. Lüksemburg kararında da, avukat ve müvekkili arasındaki danışmanlığın önemini vurgulamıştır. Zira Mahkeme’ye göre; avukat müvekkiline haklarını hatırlattığı sürece, bu ikili arasında önemli alışverişler gerçekleşecektir ve mevcut davada olduğu gibi, başvuranın herhangi bir avukat bulunmaksızın polis tarafından önceki gün ifadesinin alınması ve sonrasında sorgu hâkimi önüne çıkılan günün sabahında bir avukat tayin edilmesi gibi durumlarda bu husus daha da ön plana çıkmaktadır. Yine Mahkeme’ye göre; avukatlar, sorgu hâkimi önüne ilk kez çıkıldığında soyut bir şekilde değil, aksine etkin ve pratik bir biçimde destek sağlayabilmelidir. A.T. vs. Lüksemburg, No: 30460/13, Karar Tarihi: 09.04.2015, karar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi / 184 sayılı Bilgi Notu, https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_04_184_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

²⁵ AİHM de John Murray vs. İngiltere kararında, sanığa, gözaltı sırasındaki sorgulama esnasında, konuşmak zorunda olmadığını söylenmesinden sonra ilk kırk sekiz saat bir avukatla temasına izin verilmemesini adil yargılama hakkının ihlali saymıştır. John Murray vs. İngiltere, No: 1873/91, Karar Tarihi: 08.02.1996, karar için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57980"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Erişim Tarihi: 16.03.2018).

güvence teşkil etmektedir²⁶. OHAL süreci ile ortaya çıkan KHK'lar rejimi ile bu güvence ortadan kaldırılmıştır.

c. Müdafinin Görevden Yasaklanması

Müdafî, şüpheli veya sanığa ceza muhakemesi faaliyetinde hukukî yardım sağlayan kişi olduğu için, kural olarak müdafilik ilişkisi de ancak bu kişilerin şüpheli veya sanık sıfatları sürdüğü müddetçe devam eder. Diğer bir ifadeyle, müdafilik ilişkisi sürekli bir ilişki değildir ve ceza muhakemesi faaliyetinin süresi ile sınırlı olan bir hukuki ilişkidir. Bununla birlikte, bir şüpheli veya sanık hakkında başlamış olan ceza muhakemesi süreci sona ermemiş olsa dahi, başkaca bazı nedenlerin ortaya çıkması halinde müdafilik ilişkisinin sona ermesi söz konusu olabilir. Bu kapsamda müdafilik ilişkisini sonlandıran nedenler olarak müdafinin vefat etmesi, istifa etmesi, azledilmesi ya da soruşturmanın tamamlanması veya hükmün kesinleşmesi vb. nedenler sayılabilir. İnceleme konumuzu oluşturan müdafinin görevden yasaklanması da, işte bu müdafilik ilişkisini sonlandıran nedenler arasında yer almaktadır.

CMK sisteminde, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde müdafinin mahkeme kararıyla belirli sanıkların müdafiliğini yapmaktan yasaklanması mümkündür. Buna göre, Kanunun orijinal şeklinde, müdafî hakkında yasaklılık kararı verilebilmesi için ilk koşul, avukatın suç işlemek için örgüt kurma (TCK md. 220), silahlı örgüt suçu (TCK md. 314) veya terör suçlarından dolayı haklarında açılmış soruşturma veya kovuşturma sebebiyle tutuklu bulunan bir şüpheli veya sanığın müdafiliğini üstlenmiş bulunmasıdır²⁷. Kanunda açıkça tutukluluk haline vurgu yapıldığı için, belirtilen suçlardan tutuksuz yargılanan şüpheli veya sanıkların müdafiliğini

²⁶ *Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri*, s. 57. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası gereğince adil yargılamanın yeterince "pratik ve etkili" olması için, müdafî ile görüşme hakkının her olayın özel şartları içinde, bu hakkın kısıtlanmasını zorlayan koşulların varlığı gösterilmedikçe, kural olarak polisin şüpheliye ilk sorgusu ile birlikte tanınması gerektiğini belirtmiş ise de, zorlayıcı sebepler bir müdafî ile görüşme talebinin reddini istisnai olarak haklı kılsa bile, haklılık sebebi ne olursa olsun, bu tür bir kısıtlama Sözleşme'nin 6. maddesinde sayılan sanık haklarına haddinden fazla zarar vermemesi gerektiğinin altını çizmiştir²⁶. Salduz vs. Türkiye, No: 36391/02, Karar Tarihi: 27.11.2008, karar hakkında daha fazla bilgi için Osman Doğru - Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Cilt (AİHS 2,3,4,5,6 ve 7. maddeler), 2. Bası, İstanbul, Ekim 2012, s. 647.

²⁷ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 222.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

üstlenen avukatın, görevden yasaklanamaz²⁸. Bu konudaki ikinci koşul ise, avukatın bizzat kendisi hakkında, suç işlemek için örgüt kurma (TCK md. 220), silahlı örgüt suçu (TCK md. 314) veya terör suçlarından dolayı *kovuşturma* açılmış olmasıdır (CMK md. 151/3). Nihayet son koşul ise bir mahkeme kararının varlığıdır. Müdafinin görevden yasaklanmasına soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine hâkim tarafından; kovuşturma evresinde ise talep üzerine veya re'sen yetkili mahkeme tarafından karar verilir. Yasaklama kararı, soruşturma veya kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, bir yıl süre ile verilebilir ve bu süreler altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki kez uzatılabilir.

OHAL KHK'ları ile CMK'da müdafinin görevden yasaklanmasına ilişkin bu kuralların alabildiğine genişletilmiş olduğu tespit edilebilir. Bu kapsamda ilk olarak 667 sayılı KHK md. 6/g ve sonrasında 676 sayılı KHK md. 6/8 ile getirilen ilk temel değişiklik, müdafinin görevden yasaklanması için hakkında suç işlemek için örgüt kurma (TCK md. 220), silahlı örgüt suçu (TCK md. 314) veya terör suçlarından dolayı salt bir *soruşturma* açılmış olmasının yeterli kılınmasıdır. Üstelik bu yasaklama için, müdafiyeye isnat edilen suç ile savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanığa isnat edilen suç arasında organik bir bağın varlığı da aranmayacaktır²⁹. Diğer yandan - yukarıda değinildiği üzere- Kanun'un orijinal şeklinde müdafinin görevden yasaklanabilmesi için mutlaka "tutuklu" yargılanan bir şüpheli veya sanığın ya da bir hükümlünün savunmasını üstlenmesi gerekirken, 676 sayılı KHK değişikliği ile buradaki "tutuklu veya" ibaresi, "şüpheli, sanık veya" şeklinde değiştirilmek suretiyle, tutuksuz yargılanan şüpheli veya sanıkların müdafiliğini üstlenen avukatın da görevden yasaklanabilmesi mümkün hale getirilmiştir.

Müdafinin görevden yasaklanmasına ilişkin olarak 667 ve 676 sayılı KHK'lar ile getirilen bu fevkalade genişletici düzenlemeler ise, müdafinin hakkında, maddede sayılan suçlardan dolayı kolaylıkla başlatılabilen basit bir ceza soruşturması işlemi dahi, müdafinin görevden yasaklanmasının gerekçesi olacaktır ki, bu durumun masumiyet karinesini açıkça çiğnediği hususu herhalde tartışmadan uzaktır. Diğer yandan bu düzenlemenin, belirtilen suçlardan dolayı şüpheli veya sanık olan kişilerin müdafiliğini üstlenme noktasında avukatlar için aynı zamanda kaçınılmaz şekilde bir

²⁸ Ahmet Bozdağ - Hüseyin Şık, "Müdafinin Görevinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçlar", Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014, Sy: 2, s. 61.

²⁹ Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri, s. 57.

caydırıcı etki (*chilling effect*)³⁰ yarattığı ve bu durumun pek çok şüpheli veya sanık yönünden müdafî yardımından yararlanma hakkını ortadan kaldırarak, savunma hakkını kısıtladığı gözden uzak tutulmamalıdır.

d. Kovuşturma Evresinde Müdafî İle Temsilin Kısıtlanması

Soruşturma evresinde müdafî ile görüşme hakkına ilişkin sınırlamalar izah edilirken dile getirildiği üzere, CMK sisteminde aslanan şüpheli veya sanığın, soruşturma ve kovuşturma evreleri arasında bir ayırım yapılmaksızın, muhakemenin her aşamasında müdafîin hukuki yardımından serbestçe istifade edebilmesidir. Şüpheli veya sanığın kendi özgür iradesiyle seçtiği bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabilir. Öte yandan, kanuni temsilcisi varsa, o da şüpheli veya sanığa müdafî seçebilir.

Müdafîin hukuki yardımından yararlanma hakkı kapsamında şüpheli veya sanığı temsil edebilecek müdafîin sayısı bakımından Kanunun orijinal şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, soruşturma evresinde ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir. CMK ile soruşturma evresinde şüpheliye birden fazla müdafîin hukuki yardımından istifade edebilme imkânı getirilmiş iken, salt ifade alma işlemine ilişkin olarak bu imkân en fazla üç avukat ile sınırlandırılmıştır. Yoksa ifade alma dışında kalan diğer soruşturma işlemleri yönünden böyle bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu şekildeki bir sınırlandırmanın temelinde de, ifade alma işleminin bloke edilmesi ve gereği gibi icra edilmesinin engellenmesi riskinin bertaraf edilmesi düşüncesi yatmaktadır³¹.

Buna karşın, kovuşturma evresine ilişkin olarak ise, Kanun'un orijinal şeklinde müdafîin hukuki yardımından yararlanma kapsamında müdafîin sayısı yönünden bir sınırlama öngörülmemiş iken; OHAL rejimi ile bu konuda da bir kısıtlama rejimi öngörülmüştür. Bu konuda ilk olarak geçici OHAL düzenlemesi olarak 667 sayılı KHK ile Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına

³⁰ Caydırıcı etki hususunda benzer bir yaklaşım Anayasa Mahkemesi'nin tutuklu gazeteciler hakkındaki bireysel başvuru kararları açısından da gündeme gelmiş ve Mahkeme; demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi yapılırken ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvurucular ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel "caydırıcı etkisi"nin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. AYM Mehmet Hasan Altan Kararı, Başvuru No: 2016/23672, Karar Tarihi: 11.01.2018.

³¹ Veli Özer Özbek - M. Nihat Kanbur - Koray Doğan - Pınar Bacaksız - İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2014, s. 257.
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü halinde devamı süresince yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, ifade alma ve sorgu sırasında veya duruşmada en çok üç avukatın hazır bulunması kabul edilmiştir. (667 sayılı KHK/Md. 6/1-ğ).

Yine bu konuyu ele alan 676 sayılı KHK ile OHAL rejimi ile getirilen kısıtlama CMK'ya girmiş ve bu kapsamda belirtilen KHK ile CMK md. 149/2'ye; “*örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir*” şeklinde bir cümle eklenmiştir. Görüldüğü üzere, bu düzenleme ile, Kanun'un orijinal şeklinde soruşturma evresinde salt ifade alma işlemine ilişkin olarak öngörülmüş olan en fazla üç avukat sınırlamasının kapsamı, kovuşturma evresinde duruşmalarda geçerli olacak şekilde genişletilmiştir. Bu durumda, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar nedeniyle yargılanan bir sanığın duruşmada en fazla üç avukatla temsil edilebilecek olması nedeniyle, uygulamada özellikle siyasi davalarda çok sayıda müdafinin duruşmada hazır bulunarak savunma yapmasının önünün kapatıldığı ifade edilmektedir.

Aslında ceza muhakemesi faaliyetinde müdafî sayısına bir sınırlama getirilmesi, karşılaştırmalı hukukta da rastlanan bir uygulamadır. Bu açıdan söz gelimi mehz Alman Kanunu'nda (*StPO*) gerek soruşturma gerekse kovuşturma evreleri için en fazla üç müdafî ile temsil esası benimsenmiştir. Buradaki temel düşünce de, daha fazla sayıda müdafinin işlemlere katılmasının bu işlemlerin usulüne uygun olarak yürütülebileceğini engelleyebileceğidir. Bu itibarla soruşturmada ifade almada olduğu gibi, kovuşturmada duruşma esnasında da salt müdafî sayısının bu şekilde sınırlandırılmasının “savunma hakkı” yönünden bir sınırlama olarak kabul edilemeyeceği hususuna katılıyoruz³². Ancak kuşkusuz savunma hakkını “silahların eşitliği” ilkesi ışığında bir bütün olarak okumak gerekir ve -müdafî sayısının dışında- OHAL KHK'ları ile getirilen kısıtlamalara ilişkin yukarıda değinilen diğer düzenlemelerin, silahların eşitliği ilkesi ile iddia makamının lehine olarak çatıştıklarını ve gerçek anlamda bir savunma yapmayı güçleştirdikleri gözden uzak tutulmamalıdır.

e. Müdafisiz Duruşmaya Devam Edilebilmesi

CMK sisteminde bir suç isnadı altında şüpheli veya sanığın bir müdafinin soruşturma veya kovuşturmanın her aşamasında bir müdafinin hukuki yardımından yararlanma hakkı vurgulanmış olmasına karşın; müdafiden yararlanma konusunda -kural olarak- bir zorunluluk öngörülmüş değildir.

³² Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, 2017, s. 204.

Diğer bir ifadeyle, Kanun'da müdafî yardımından yararlanma kural olarak isteğe bağlı kılınmış (*ihtiyari müdafilik*), buna karşın belirli durumlarda şüpheli veya sanığın müdafiden yararlanması mecburiyeti (*zorunlu müdafilik*) getirilmiştir. Buna göre, müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi olmaksızın bir müdafî görevlendirilir (CMK md. 150/2). Aynı şekilde, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada da zorunlu müdafilik esasları geçerlidir (CMK md. 150/3)³³.

Zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde şüpheli veya sanığın (ister kendisi seçmiş, isterse Baro tarafından atanmış olsun) müdafinin hazır bulunmadığı hiçbir soruşturma veya kovuşturma işlemi hukuka uygun ve geçerli değildir. Bu şekildeki bir eksiklik, adil yargılanma hakkının ve bu kapsamda yer alan savunma hakkının ihlali olup, kanun yolu bakımından mutlak bozma sebebi oluşturur.

Bununla birlikte, yargılamanın aleniliği ilkesinin geçerli olduğu kovuşturma evresinde, özellikle çok sanıklı davalarda zorunlu müdafilik uygulamasının, duruşmaların zamanında tamamlanmasını ve kovuşturma evresinin seri bir biçimde sonlandırılmasını engelleyebilmesi mümkündür. Bu konuda aslında Kanun'da net bir düzenleme yapılmış ve CMK md. 206 uyarınca ortaya konulan delillerin, CMK md. 216'daki usule uyularak tartışılması esası benimsenmiştir. Bu şekilde mahkeme ortaya konulan delilleri ve bu delillere ilişkin tartışmaları dikkate alıp değerlendirmek suretiyle delilleri takdir eder ve kararını verir. Karardan önce son söz sanığa aittir (CMK md. 216/3) ve suçun niteliğinin değişmesi halinde de ek savunma hazır bulunmayan sanık yerine müdafii tarafından yapılır (CMK md. 226/4). Ancak bu düzenlemelere karşın uygulamada çok sanıklı davalarda delillerin ortaya konulması ve tartışılması safhalarının tek duruşmada veya sıralı birkaç celsede bitmemesi ve zorunlu müdafilik kapsamına giren suçlamalarda sanık yanında sürekli olarak müdafinin bulunması gerekliliği nedeniyle sorun yaşandığı görülmektedir. Bu durumda sanık sayısının fazla olduğu davalarda, esas hakkında savunması müdafii tarafından yapılan sanığın müdafinin devam eden celse veya celseler ile

³³ CMK md. 150/3'dek düzenlenen zorunlu müdafilik hali, CMK'nın orijinal şeklinde "üst sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar" için öngörülmüş iken; 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun ile (md. 21) bu geniş uygulama kaldırılmış ve yerine "alt sınırı beş yıldan fazla suç" ölçütü kabul edilerek, zorunlu müdafiliğin uygulama alanı daraltılmıştır.

karar celsesine katılmaması nedeniyle, zaten uzun süren yargılamaların haddinden de uzun sürdüğüne ilişkin eleştiriler gündeme gelmektedir³⁴.

CMK sistemine ilişkin OHAL öncesinde de gündeme gelen eleştiriler ile paralel olarak, duruşmada hazır bulunacak kişileri düzenleyen CMK md. 188/1'de yer alan “Kanun’un zorunlu müdafiliği kabul ettiği hallerde müdafinin hazır bulunması şarttır” ifadesinin hemen sonrasına 676 sayılı KHK’nın 5. maddesi ile “*Müdafinin mazeretsiz olarak duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir*” cümlesi eklenmiştir. Bu düzenleme ile özellikle sanık müdafilerin mahkeme heyetini ve yargılamayı protesto ederek duruşmayı terk etmeleri ve bu şekilde yargılamaların gereğinden fazla uzamasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Aynı konuda 696 sayılı KHK ile getirilen son düzenleme ile ise, CMK md. 188/1’e 676 sayılı KHK ile eklenen cümlede yer alan “*mazeretsiz olarak*” ifadesinden sonra “*duruşmaya gelmemesi veya*” ifadesi eklenmiştir. Böylece müdafinin sadece mazeretsiz olarak duruşmayı terk etmesi halinde değil; ancak aynı zamanda duruşmaya gelmemesi durumunda da duruşmaya devam edilebilmesine olanak yaratılmıştır. Bununla birlikte, Kanunda zorunlu müdafiliğin kabul edildiği durumlar ve Kanunu’nun genel amacı göz önüne alındığında zorunlu müdafî olmadan duruşmaya devam edilmesi ve hatta zorunlu müdafî bulunmasa dahi hükmün açıklanabilmesi (CMK md. 216/3’e eklenen 15/8/2017 tarih ve 694 sayılı KHK’nın 148 maddesi) adaletin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyici niteliktedir. Nitekim yukarıda ifade ettiğimiz gibi sanığın müdafî yardımından yararlanması gerek AİHS gerekse Anayasa hükümleri uyarınca oldukça önemli bir haktır. Bu hakkın sınırlandırılması veya bazı durumlarda kaldırılması kabul edilebilse de, zorunlu müdafilik durumunun kabul edildiği durumlar göz önüne alındığında (5 yıl ve üzere hapis cezası, akıl hastalığı, 18 yaşından küçük olması vs.) sanığın müdafî yardımına en çok ihtiyaç duyduğu anda ondan yararlanamamasının olumsuz sonuçlarına katlanmaması gerekmektedir. 676 sayılı KHK ile eklenen daha sonra da kanunlaşan³⁵ düzenlemede “duruşmaya devam edilebilir” ifadesine yer verilmesi, mutlaka duruşmaya

³⁴ Bu eleştirilere karşı, öğretilerde OHAL süreci öncesinde de, zorunlu müdafî veya isteğine bağlı olarak tayin edilen avukatı tarafından sanığın esas hakkında savunması yapıldıktan sonra, avukatın katılmadığı celseler yönünden yargılamanın devam edip tamamlanacağına ve bu nedenle duruşma erteleme yoluna gidilmeyeceğine dair bir hüküm eklenmesinin önerildiği tespit edilebilir. Ersan Şen, “*Zorunlu Müdafilik ve Yargılama Süreci*” , 24.10.2014, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1213788-zorunlu-mudafilik-ve-yargilama-surati> (Erişim Tarihi: 23.10.2018).

³⁵ Söz konusu hüküm 01.02.2018 tarihli 7070 sayılı Kanunla aynen kabul edilmiştir.

devam edileceği şekilde yorumlanamayacağı gibi hâkimin bu konudaki takdir yetkisini davanın durumu ve sanığın özelliklerini de göz önüne alarak kullanması gerekmektedir³⁶.

3. OHAL KHK'larında Koruma Tedbirlerine İlişkin Düzenleme Rejimi

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesi hukukunda delil elde etmeye yönelik bir araç olarak gerekli görüldüğü takdirde yargılama makamları tarafından başvurulabilen ve bir temel hak veya özgürlüğü sınırlamaları itibarıyla ancak geçici olarak uygulanabilen tedbirlerdir. Adil yargılanmanın temel gereklerinden birisi, muhakemenin mümkün olan en kısa zamanda sonuçlandırılması ve hükmün infaz edilmesinin sağlanmasıdır. Bu bağlamda, ceza muhakemesi esnasında gerek yakalama ve gözaltına alma, tutuklama, arama, elkoyma gibi klasik koruma tedbirleri ve gerekse gizli soruşturma tedbirleri olarak isimlendirilen CMK md. 135-140'da düzenlenen diğer koruma tedbirleri, bu amacı sağlamaya yönelik en önemli araçlar olarak ortaya çıkar. Ayrıca bu araçlar, sadece delil elde etmeye yönelmemekte aynı zamanda elde edilen delili muhafaza etmeyi ve hükmün sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi amacını da ihtiva etmektedir. Bununla birlikte, tüm koruma tedbirlerinin ortak özelliği ve bizim konumuzu da en çok ilgilendiren kısmı ise temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşımalarıdır³⁷.

Koruma tedbirleri ile temel hak ve özgürlüklere yönelen müdahalenin haklı görülebilmesinin temel koşulu, bu tedbirler yönünden gecikmede tehlike, haklı görünüş ve orantılılık şeklindeki ön koşulların gerçekleşmiş

³⁶ Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de; zorunlu avukat tayininin (dava sonucunun sanık için ağır ve önemli olması, cezanın cinsi ve miktarı, dava konusunun karmaşıklığı) için özellikleri göz önünde tutularak Mahkemenin takdirinde olduğunu ifade etmiştir. K. W. vs. İsviçre, Başvuru No: 9022/80, Karar Tarihi: 13.07.1983. Karar ve açıklamalar için bkz. Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 304.

³⁷ Bundan dolayı, koruma tedbiri kavramı yerine Alman hukukunda "temel hak müdahaleleri" kavramı kullanılmaktadır. Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 329; Ayrıca koruma tedbirlerinin insan hak ve hürriyetlerine önemli sınırlamalar getirdiği için, sadece kanunlarda değil, milletlerarası metinlerde ve anayasalarda da düzenlenmiştir. Ahmet Gökçen - Murat Balcı - Mehmet Emin Alşahin - Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku - II*, Ankara, 2017, s. 3. Koruma tedbirleri kavramına ilişkin tartışmalar için bkz. Kunter - Yenisey - Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 833 vd.

olmasıdır³⁸. Bununla birlikte, OHAL sürecinde koruma tedbirlerine ilişkin olarak, bu tedbirlerin ihtiva etmesi gereken bu ön koşullar yönünden sorunlu nitelikteki belirli düzenlemelerin yürürlüğe konulduğu tespit edilebilir. Aşağıda, OHAL KHK'ları ile koruma tedbirlerine ilişkin öngörülen bu düzenlemelere kısaca temas edilecektir.

a. Yakalama ve Gözaltına Alma Yönünden

Yakalama bir kişinin hâkim veya mahkeme kararı olmaksızın geçici bir süreyle özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Yakalama tedbirinin uygulanması, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına getirilen bir sınırlama niteliği taşıdığı için, bu tedbirin uygulanması, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen AİHS md. 5'de düzenlenen kurallara uygun olarak gerçekleştirilmelidir³⁹. AİHS md. 5, kişi özgürlüğünün devlet organları eliyle kısıtlanması halinde uygulanır ve bu kapsamda gerçekleştirilen yakalama işleminin, AİHS md. 5/1'de belirlenen sınırlama ölçütlerine uygun bir biçimde hayata geçirilmiş olması gerekir⁴⁰.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı aynı zamanda 1982 Anayasası'nın 19. maddesinde düzenlenmiş ve bu hakkın kısıtlanabilmesine imkân veren sınırlama ölçütleri ise aynı maddenin 2. fıkrasında belirlenmiştir. Bu kapsamda, gerek AİHS md. 5 gerekse AY md. 19 ile belirlenen esaslar yakalamanın yanı sıra, gözaltına alma ve tutuklama gibi kişi özgürlüğü ve

³⁸ Ön koşullar hakkında detaylı bilgi için bkz. Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 261 - 262, Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 330, Gökçen - Balcı - Alşahin - Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku - II*, s. 4 vd., Kunter - Yenisey - Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 837.

³⁹ AİHS md. 5'in asıl amacı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının keyfi olarak sınırlandırılmasını önlemektir. Keza maddede kişi özgürlüğü ile birlikte güvenliği hakkına da yer verilmesi, özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahaleleri önleme amacı taşımaktadır. Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 221.

⁴⁰ Bu bakımdan, AİHS md. 5 bir bütün olarak incelendiğinde; kişi özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların hukuki bir güvenceye bağlandığı, diğer bir ifadeyle yakalama, tutuklama, gözaltına alma ve bir yere kapatma gibi işlemlerin hukuki meşruluğunun bulunması gerektiği; kişi özgürlüğü kısıtlama nedenlerinin sınırlı sayıda sayıldığı ve özgürlüğünden yoksun kılınan bireylere birtakım haklar tanındığı görülmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 223 vd. AİHM de Guzzardi - İtalya davasında, Sözleşme'nin 5. madde 1. fıkrası (madde 5-1) uyarınca, "özgürlük hakkı"nın kişinin fiziksel özgürlüğü anlamına geldiğine işaret etmiş; bu hükmün amacı, hiç kimsenin keyfi bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmemesini temin etmek olduğunun altını çizmiştir. Guzzardi vs. İtalya, Başvuru No: 7367/76, Karar Tarihi: 06.11.2018, karar için bkz. <http://www.refworld.org/cases,ECHR,502d42952.html> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

güvenliği hakkının kısıtlanması neticesini ortaya çıkaran diğer koruma tedbirleri yönünden de uygulama alanı bulur. Şu halde kişi, yakalanma - veya başkaca bir biçimde devlet organlarınca kişi özgürlüğünden yoksun bırakılma- anından itibaren AİHS md. 5 ve AY md. 19'dan doğan hakların süjesi haline dönüşür.

Yakalama, esas olarak “önleme yakalaması” ve “adli yakalama” şeklinde iki şekilde ortaya çıkabilir⁴¹. Önleme yakalaması, bir suçun işlenmesinden önceki süreçte kamu güvenliğinin ve düzeninin sağlanması ve korunması amacıyla başvurulmuş idari bir tedbirdir⁴². Önleme aramasına ilişkin temel esaslar ise Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (PSVK)'nun 13. ve 4/A maddeleri ile belirlenmiştir⁴³. İnceleme konumuz yönünden önem taşıyan yakalama şekli ise CMK'da düzenlenmiş olan “adli yakalama”dır. Adli yakalama da, CMK'da kendi içinde ikiye ayrılmak suretiyle düzenlenmiştir. Bunlardan ilki “vatandaş yakalaması” olarak bilinen herkes tarafından yapılabilen yakalama şeklidir. Buna göre, bir kişiye suç işlerken rastlanması, suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunması hallerinde herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir (CMK md. 90/1-a). Adli yakalamanın diğer şekli ise, yakalama işleminin kolluk tarafından gerçekleştirilmesidir. Buradaki kolluk teriminden, adli kolluk görevini ifa eden bütün kolluk birimleri anlaşılmalıdır⁴⁴. CMK'da kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilen yakalamada; yakalama emrine dayanan

⁴¹ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 333.

⁴² Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 354; Yener Ünver - Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara, 2017, s. 312.

⁴³ PVSİ md. 13'de bu haller şu şekilde belirtilmiştir: “...C) Halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk hâlinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavga edenleri, D) Usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da haklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları, E) Polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri, direnenleri ve görev yapmasını engelleyenleri, F) Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslah için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri, G) Haklarında gözetim altında ıslahına veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen küçükleri, H) (Ek: 27/3/2015-6638/2 md.) Başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenleri, eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.”

⁴⁴ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 285.

(müzekkereli) yakalama ve yakalama emrine dayanmayan (müzekkeresiz) yakalama, şeklinde iki şekilde düzenlenmiştir.

Yakalama emrine dayanan yakalamanın gerçekleşebilmesi için gerekli koşullar Kanun'da açık biçimde gösterilmiştir. Buna göre, soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında Cumhuriyet savcısının istemi üzerine **sulh ceza hâkimi** tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, **itiraz mercii** tarafından da yakalama emri düzenlenebilir. Yine, yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilir. Nihayet kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine **hâkim veya mahkeme tarafından** düzenlenir⁴⁵.

Yakalama emrine dayanmayan (müzekkeresiz) yakalamaya ise Kanun'da ancak tutuklama kararı verilmesini veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerin varlığı halinde başvurulabilir. Ancak bunun için söz gelimi, kolluğun sıcak takip sonrası yakalama yapması örneğinde olduğu gibi Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağının bulunmaması gerekir⁴⁶.

Ana hatlarıyla ortaya konulan CMK'nın yakalama sistematığı, aslında diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi yakalamada da yargısal denetimin esas olduğunu ve Cumhuriyet savcısı ile kolluğun bu tedbirlere başvurma noktasında yetkilerinin yedek ve istisnai bir norm şeklinde düzenlendiğini göstermektedir⁴⁷. Bununla birlikte, OHAL sürecinde özellikle 668 sayılı KHK ile, TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar, TMK kapsamındaki suçlar ile toplu işlenen suçlar yönünden, soruşturmanın yürütülmesine ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının ve kolluğun yetkilerinin genişletildiği;

⁴⁵ Ünver - Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 315.

⁴⁶ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 338 - 339.

⁴⁷ AİHS md. 5 açısından "yakalama" terimi -ulusal hukuktaki anlamları ne olursa olsun- Sözleşmede, temelde kişiyi özgürlüğünden mahrum etmeye yönelik her tür tedbir olarak değerlendirilmektedir. AİHM, 5. maddede yer alan yargı gözetimi teminatı şartını kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği ilk andan itibaren aramaktadır. Bunun aksi bir yaklaşım Sözleşmenin ihlâli anlamına gelir. Temel şart, çeşitli süreçlerin ne şekilde adlandırıldığı değil, bu süreçlerde neyin elde edildiği üzerindedir. Monica Macovei, *Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları No: 5, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozgurluk_guvenlik.pdf (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

soruşturma evresinde başvuru koruma tedbirlerine ilişkin olarak ise yargısal denetimin zayıflatıldığı ve işlevsizleştirildiği tespit edilebilir⁴⁸.

Bu kapsamda, yakalama tedbirine ilişkin olarak 668 Sayılı KHK ile, yukarıda belirtilen suçlar yönünden, olağanüstü halin devamı süresince ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısı tarafından da yakalama emri düzenlenebilmesi imkânı getirilmiştir. Bu şekilde, yukarıda değinildiği üzere olağan dönemde yalnızca Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından düzenlenebilen yakalama emri -salt gecikmesinde sakınca bulunan hallere özgü de olsa- yargısal denetim dışına çıkartılmış ve üstelik diğer bazı koruma tedbirlerinde olduğu gibi, Cumhuriyet savcısının aldığı bu kararın sonradan hâkim denetimine tabi tutulması da öngörülmemiştir⁴⁹.

Yakalamanın fiili sonucunu oluşturan gözaltı tedbiri açısından ise, OHAL sürecinin özellikle gözaltı sürelerine ilişkin olarak çok daha karmaşık bir kısıtlama rejimini hayata geçirdiği ifade edilebilir. Öncelikle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91. maddesinde yakalanan kişinin, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebileceği (CMK md. 91/1) düzenlenmektedir. Gözaltı kararı, Cumhuriyet savcısı tarafından verilir ancak bu gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin⁵⁰ varlığına bağlıdır (CMK md. 91/2).

⁴⁸ *Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri*, s. 58.

⁴⁹ AİHM de Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan hak açısından, defalarca terör suçlarının soruşturulmasının yetkilileri özel sorunlarla karşı karşıya bıraktığını kabul etmiştir. Ancak bu durum, soruşturma makamlarının terör unsuru içerdiğini iddia ettikleri her olayda, Sözleşme'nin 5. maddesinin kendilerine, ulusal mahkemelerin ve son aşamada Sözleşme'nin denetim organlarının etkili denetiminden muaf bir şekilde, şüphelileri gözaltına almaları ve sorgulamaları için açık çek verdiği anlamına gelmemektedir. Dağ ve Yaşar vs. Türkiye, Başvuru No: 4080/02, Karar Tarihi: 08.11.2015, karar için bkz. Doğru - Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Cilt, s. 491.

⁵⁰ Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen özgürlükten mahrum bırakma hallerinden biri olan kişinin suç işlediğine ilişkin makul bir şüphe olması şartını; şüphelenilen kişi ile söz konusu suç arasında objektif bilgilere ve gerçeklere dayalı bir ilişki şeklinde anlamak gerekmektedir. Bu bakımdan bir kişinin bir suç işleminde bir gösterge olarak ne kadar güvenilir olursa olsun duygu, içgüdü, varsayım ya da (etnik, dinî ya da diğer) önyargılara dayandırılan bir gerekçeyle özgürlükten mahrumiyet gerçekleştirilemez. Macovei, *Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, s. 45. Keza AİHM'e göre makul şüphenin varlığı, elde edilen deliller ve somut olayın kendine özgü koşulları da dikkate alındığında olaylara dışarıdan bakan, tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte *YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

Olağan dönemde gözaltı süresine ilişkin olarak Kanun, bireysel suçlar ile toplu işlenen suçlar şeklinde ikili bir ayrımı benimsemiştir. Bireysel suçlarda gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, **yakalama anından itibaren yirmidört saati** geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz. (CMK md. 91/1). Toplu işlenen suçlarda ise, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, **her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle** uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Şu halde, bireysel suçlarda da gözaltı süresi **en fazla dört gün** olabilir. CMK'da gözaltı sürelerine ilişkin benimsenmiş olan bu rejimin, AİHM içtihatları ile uyumlu olduğu ifade edilmelidir⁵¹. Ancak bu rejimden bir sapma örneği olarak, OHAL öncesi süreçte 2015 yılında kamuoyunda “İç Güvenlik Paketi” olarak bilinen 6638 sayılı Kanun ile CMK md. 91'e eklenen 4. fıkra ile, toplumsal şiddet olayları için yaratılmış olan özel “yakalama ve gözaltı” düzenlemesine de değinmek gerekir. 6638 sayılı Kanun ile getirilen CMK md. 91/4 ve PVSK 4/A maddeleri düzenlemeleri ile, İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde “mülki amirlerce görevlendirilecek kolluk amirleri” kavramı mevzuata dâhil edilmiştir. Özel yetkiler ile donatılan bu kolluk amirine belirli koşulların varlığı halinde gözaltı kararı verebilme kudreti bahşedilmiştir. Buna göre; bahse konu kolluk amirine suçüstü halleriyle sınırlı olmak üzere, kanuna eklenen katalog suçlardan birinin işlenmesi durumunda **yirmi dört saate kadar**; şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar

olmalıdır. Toplanan deliller, objektif bir gözlemciye sunulduğunda şüpheli ya da sanığın atılı suçu işlemiş olabileceği yönünde gözlemcide kanaat oluşturmaya yeterli ise somut olayda makul şüphe vardır. Diğer bir ifade ile inandırıcı neden ya da makul şüphe, suçlanan kişinin üzerine atılı suçu işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olay, olgu veya bilginin varlığını gerektirmektedir. Fox, Campbell ve Hartley vs. Birleşik Krallık, Başvuru No: 12244/86-12245/86-12383/86, Karar Tarihi: 30.08.1990; O'Hara vs. Birleşik Krallık, Başvuru No: 37555/97, Karar Tarihi: 16.10.2001, ayrıca bkz. Selahattin Demirtaş Başvurusu, Başvuru No: 2016/25189, Karar Tarihi: 21.12.2017. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 232.

⁵¹ AİHM 1988 tarihli Brogan v. Birleşik Krallık içtihadından itibaren yerleşmiş olarak, toplumu bütün olarak terörizme karşı korumak amacıyla dahi olsa, yargı denetimi olmaksızın gözaltı süresinin 4 gün 6 saati geçemeyeceğini vurgulamıştır. (Brogan ve diğerleri vs. Birleşik Krallık, Başvuru No: 11209/84, Karar Tarihi: 29.11.1988).

sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda ise **kırk sekiz saate kadar** gözaltına alma kararı verebilme yetkisi tanınmıştır.

OHAL sürecinde ise gözaltı sürelerine ilişkin olarak ilk etapta geçici OHAL düzenlemesi olarak 668 sayılı KHK (md. 3/1-a) ile bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar, TMK kapsamındaki suçlar ile toplu işlenen suçlar yönünden, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen yakalama emri üzerine yakalanan şüpheli hakkındaki gözaltı süresi, azami olarak **otuz gün** olarak belirlenmiştir⁵². 668 sayılı KHK ile getirilen bu düzenleme, Olaganüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun⁵³ (md. 6/1) ile yasalaşmıştır.

Ancak sonrasındaki süreçte 684 sayılı KHK ile gözaltı süreleri yeniden ele alınmıştır. Bu KHK ile belirtilen kanunda değişikliğe gidilerek, bahsi geçen suçlar bakımından gözaltı süresi azami **7 gün** olarak düzenlenmiştir. Buna göre, OHAL suçları yönünden gözaltı süresi, şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren 7 günü geçemez. Ayrıca Cumhuriyet savcısına, gözaltı süresini **7 gün süreyle uzatma** yetkisi tanınmıştır. Buna göre, Cumhuriyet savcısı delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle gözaltı süresinin 7 gün süreyle uzatılmasına karar verebilecektir. Bu durumda gözaltı süresi **7+7, toplamda 14 gün** aşamayacaktır⁵⁴.

⁵² Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 265.

⁵³ Resmi Gazete, T: 29.10.2016, Sy: 29872.

⁵⁴ AİHM, Altay Türkiye davasında, başvuru sahibi yargıç huzuruna çıkartılmaksızın ondört gün boyunca gözaltında tutulmuş olduğu için 5. madde 3. fıkra hükümlerinin ihlal edildiğine karar vermiş ve bu kararda “hemen” bir yargıç karşısına çıkartılma hakkından zimnen anlaşılacak amaçlardan birine değinerek sürenin kısa olmasının kötü muameleyi de önlemeyi amaçladığını belirtmiştir. Kararda Mahkeme bu hususu; “*yargı denetiminin yalnızca derhal gerçekleştirilmesi halinde, alıkonulan kişilerin özellikle itirafta bulunmaları için maruz (bkz. yukarıda belirtilen Dikme davası kararı, paragraf 66) kalabilecekleri kötü muamele tehlikesi – örneğin Bay Altay tarafından dile getirilen türde – önlenbilir veya böyle bir muamelenin uygulanıp uygulanmadığı tespit edilebilir*” şeklinde ifade etmiştir. Altay vs. Türkiye, Başvuru No: 22279/93, Karar Tarihi: 22.05.2001, karar için bkz. Gilles Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım 2003, s. 109. Ayrıca Mahkeme AİHS md. 5/3 kapsamında gözaltı sürelerine uyulmadığı ve derhal bir yargıç karşısına çıkarılmadığı için Türkiye’yi birçok kez mahkûm etmiştir. Söz gelimi; Sakık ve Diğerleri vs. Türkiye, Başvuru No: 87/1996/67/897-902, Karar Tarihi: 26.11.1997; Şarlı vs. Türkiye, Başvuru No. 24490/94, Karar Tarihi: 22.05.2001. Her ne kadar AİHS md. 5/3 açısından hâkim karşısına *YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

OHAL sürecinde soruşturma evresinde gözaltı sürelerine ilişkin olarak gerek önce 668 sayılı KHK gerekse sonrasında 684 sayılı KHK ile getirilen düzenlemelerin, AİHM'in şüphelinin yargı denetimi olmaksızın gözaltında tutulabileceği azami sürelerle ilişkin olarak *Brogan ve diğerleri v. Birleşik Krallık* içtihadından itibaren benimsediği ilkesel yaklaşım ile uyumlu olmadığı açıktır⁵⁵. Bu itibarla, bu süreçte gözaltına alınarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler açısından hak arama mücadelesinin AİHM'e uzanması durumunda, bu konudaki yerleşmiş AİHM içtihatları çerçevesinde olası yeni "ihlal" kararlarının ortaya çıkması sürpriz olmayacaktır⁵⁶.

çıkarılma için öngörülen "derhal" ibaresi somut olayın şartları da dikkate alınarak 4 gün olarak belirtilmiş ise de, AİHS'nin 15. maddesiyle bu yükümlülüğün istisnasına gidilebilme imkanı mevcuttur. Ancak bu durumda dahi Mahkemenin geçmiş uygulamaları göz önüne alındığında Türkiye'nin yine mahkumiyetlerle karşılaşması oldukça olasıdır. Keza Aksoy davasında; savunma olarak Türkiye 14 günlük gözaltı süresini olağanüstü bir durumda 15. maddenin uygulaması olarak ileri sürmesine rağmen. AİHM, ilk şart olan olağanüstü halin ve dolayısıyla bu bölgedeki terörün ulusun varlığını tehdit eden bir tehlike olduğunu kabullenmekle birlikte, bu olay açısından 14 günlük gözaltının olağanüstü halin öngördüğü zorunlu bir uygulama olmadığı kanaatine vararak, derhal hakim önüne çıkarılma ilkesinin ihlal edildiği kanaatine varmıştır. Aksoy vs. Türkiye, Başvuru No: 100/1995/606/694, Karar Tarihi: 18.12.1996, kararın değerlendirilmesi için bkz. Cengiz Başak, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 51, Sa. 4, 2002, s. 64. Ayrıca bkz. Ahmet Mumcu - Elif Küzeci, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri* (Editörler Ayşe Tülin Yürük - Kıymet Selvi), 2. Baskı, Eskişehir, 2005, 234 vd.

⁵⁵ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 422. Bununla birlikte, terörle mücadele mevzuatı uyarınca suç isnadı olmaksızın başvuru sahipleri on üç gün gözaltında tutma olayında Mahkeme, yargılamalarda adil ilkesine aykırı bir unsurun yer almadığı, yakın terör saldırısı tehlikesinin, gözaltı süresinin uzatılması iznine ilişkin yargılamaların çekişmeli niteliğine, ulusal güvenlik gerekçelerinden ötürü birtakım kısıtlamalar getirilmesi için yeterli gerekçe teşkil ettiği ve ilgili mevzuatta, gözaltı süresinin uzatılmasına dair izinlere ilişkin yargılamaları düzenleyen usul kuralları açık ve ayrıntılı bir şekilde belirtilmiş olup, adli nitelikli yargılamalar esnasında söz konusu kurallara uyulduğu gerekçeleriyle ihlal kararı vermemiştir. *Sher ve Diğerleri vs. Birleşik Krallık*, No: 5201/11, Karar Tarihi: 20.10.2015, karar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi / 189 sayılı Bilgi Notu -Ekim 2015, https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_10_189_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

⁵⁶ Keza AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesi açısından *Demir ve Diğerleri vs. Türkiye* davasında; "*Mahkeme'nin kanaatine göre, söz konusu gözaltı tedbirinin iç hukuka uygun olması – ki zaten bu tedbirin hukukiliği sorgulanmamaktadır (bkz. yukarıdaki 22. paragraf) – tek başına, Sözleşme'nin 15. Maddesi uyarınca 5. Madde 3. fıkrayı askıya alan tedbirleri haklı kılmaz. Davalı Devlet'in yürütülmesi gereken polis soruşturmasının "detaylı" ve "titizlik" gerektiren özellikte olduğu şeklindeki beyanlarında, mevcut davanın fiili şartlarıyla ilgili tam olarak hangi sebeplerle başvuru sahiplerinin alıkonulmalarının yargı denetimine tabi olmasının soruşturmanın sürdürülmesine zarar verebileceği şeklindeki asıl*

b. Arama Tedbiri Yönünden

Arama, şüpheli veya sanığın, delillerin elde edilmesi ya da müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi amacıyla konutta veya kişi üzerinde gerçekleştirilen ve gizli tutulan bir şeyin ortaya çıkarılmasına yönelik bir araştırma faaliyetidir. Arama esas itibarıyla, önleme araması ve adli arama şeklinde iki başlık altında incelenir. Bunlardan önleme araması, suçun işlenmesinden önce ve işlenmesini önlemeye yönelik idari bir tedbir olarak PVSK md. 9'da düzenlendiği için, inceleme konumuz dışında kalmaktadır. İnceleme konumuzu oluşturan adli arama ise CMK md. 116-122'de, bir suçun işlendiği şüphesi üzerine başlatılan ceza soruşturması veya kovuşturması çerçevesinde başvuru bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş bulunmaktadır⁵⁷.

CMK'nın genel sistematigi çerçevesinde soruşturma evresinde temel hak ve özgürlüklere kısıtlama getiren koruma tedbirlerine başvurma noktasında yetkili merci, işlemin yapılacağı yerdeki sulh ceza hâkimidir. Sulh ceza hâkimi koruma tedbirlerinin ve bu bağlamda arama tedbirinin uygulanması konusunda (zorunlu savcılık istisnası dışında) re'sen değil; ancak Cumhuriyet savcısının talebi üzerine bir karar oluşturabilir. Kovuşturma evresinde ise, arama kararı verme yetkisi, işin esasına bakmakta olan görevli ve yetkili mahkemeye aittir.

OHAL sürecinde ise geçici OHAL düzenlemesi olan 668 sayılı KHK ile, CMK'nın bu genel sistematiginden ayrılınmış ve işlemin yapılacağı yerdeki mercinin yanı sıra, soruşturmayı yürüten yerdeki mercie de tedbire başvurma yetkisi tanınmıştır. Buna göre, yürütülen soruşturmalarda Cumhuriyet savcısı bir soruşturma işlemine ve bu bağlamda arama tedbirinin uygulanmasına gerek görmesi halinde soruşturmanın yapıldığı yer sulh ceza

soru cevaplandırılmamıştır. Kişilerin bu denli uzun süre poliste gözaltında tutulmuş olduğu durumlarda, genel olarak terörün yol açtığı güçlükler ve soruşturmaya dahil olan şüphelilerin sayısını ileri sürmek yeterli bir gerekçe teşkil etmez.” gerekçesiyle gözaltı süreleri açısından terörün yol açtığı güçlüklerin ve şüpheli sayısının süre açısından bahane teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Demir ve Diğerleri vs. Türkiye, Başvuru No: 21380/93, 21381/93 ve 21383/93, Karar Tarihi: 23.09.1998, kararın değerlendirilmesi için bkz. Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, s. 109.

⁵⁷ AİHM içtihadına göre, Sözleşmeciler Devletler bazı suçlar için maddi delil toplamak amacıyla arama yapma gibi tedbirlerin gerekli olduğuna karar verebilir. AİHM, böyle durumlarda, müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürülen gerekçelerin alaka ve yeterliliği ile orantılılık ilkesine uygunluğunu denetlemektedir. Funke vs. Fransa, No: 10828/84, Karar Tarihi: 25.02.1993; ayrıca bkz. Mialhe vs. Fransa, Başvuru No: 12661/87, Karar Tarihi: 25.02.1993.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

hâkiminden de karar vermesini isteyebilir (668 sayılı KHK md. 3/1-n). Bunun yanı sıra, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılabilir (668 sayılı KHK md. 3/1-d).

OHAL sürecinde arama tedbirine ilişkin olarak getirilen diğer bir düzenleme ise, arama işlemi sırasında hazır bulunması gereken arama tanıklarına ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. CMK sisteminde, adli arama kararı konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda gerçekleştiriliyorsa, Cumhuriyet savcısının arama işlemi sırasında hazır bulunması gerekir; eğer Cumhuriyet savcısı hazır değilse o yer ihtiyar heyetinden veya komşularından *iki kişi* hazır bulundurulur. Kanun'daki bu açık düzenlemeye rağmen, Yargıtay uygulamasında arama işlemi esnasında arama tanıklarının hazır bulunmamlarının şekle ilişkin bir kural olduğu ve usulüne uygun olarak alınmış bir arama kararının icrasında sırf bu şekli kuralın ihlal edilmesinin herhangi bir hak kaybına yol açmayacağı; dolayısıyla salt bu gerekçeyle arama işleminin hukuka aykırı olmayacağı ve arama ile ele geçirilen delillerin de hukuka aykırı delil olarak kabul edilemeyeceği savunulmaktaydı⁵⁸. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin 2014 yılında arama tanıkları olmadan yapılan arama sonucu elde edilen delillerin “tek ve belirleyici delil” olarak kullanılmalrı ile aramanın icrasındaki hukuka aykırılığın yargılamanın bütünü yönünden adil yargılama hakkını ihlal ettiğine karar vermesi üzerine, Yargıtay içtihatlarının da dönüşüme uğradığı ve bahse konu AYM içtihadından sonar ortaya çıkan Yargıtay kararlarında, arama tanığı bulunmadan yapılan arama işleminin ve bu işlem sonucu elde edilecek delillerin hukuka aykırılığının kabul edildiği görülmektedir⁵⁹.

⁵⁸ YCGK, E. 2011/8-278, K. 2012/96, T. 13.03.2012 (Kazancı Bilgi Bankası); “*Dava ruhsatsız silah bulundurma suçuna ilişkindir. Her şekilde aykırılığın ayın zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabul isabetli olmayacağından, “Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu” bulunmadan yapılan bir aramada, CYY’nu 119. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de, herhangi bir hakkın ihlal edildiği söylenemeyecektir. Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle “hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil” sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak alınmaması kabul edilemez.”* YCGK E. 2011/8-278, K. 2012/96, T. 13.3.2012 (Kazancı Bilgi Bankası).

⁵⁹ YCGK, T: 28.04.2015 E: 2013/464 - K: 2015/ 132. Arama tanıklarına ilişkin AYM kararı öncesi ve sonrasında Yargıtay içtihatlarında dönüşüme ilişkin olarak bkz. Fahri Gökçen Taner, Yaprak Öntan, “*CMK’nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması* YUHFD Vol. XV No.2 (2018)

OHAL sürecinde arama tanıklarına ilişkin olarak da bir değişikliğe gidilmiş ve konutta, işyerinde ve kapalı alanlarda arama yapılabilmesi için, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan *bir kişinin* hazır bulunması yeterli sayılmıştır (668 sayılı KHK md. 3/1-e)⁶⁰.

Bunun dışında, yine 668 sayılı KHK ile CMK'nın orijinal şeklinde askeri mahallerde arama işleminin gerçekleştirilebilmesi için Cumhuriyet savcısının hazır bulunması gerekliliğine ilişkin kural (CMK md. 119/5) değiştirilerek, askeri mahallerde hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcının emriyle, *Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın*, kolluk tarafından arama işleminin yapılabilmesi imkânı getirilmiştir (668 sayılı KHK md. 3/1-f).

OHAL sürecinde arama tedbirine ilişki getirilen diğer bir değişiklik ise arama işleminde belge inceleme yasağı ve bu yasağın istisnasına ilişkindir. CMK sisteminde, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge ve kâğıtlarını inceleme yetkisi kural olarak Cumhuriyet savcısına ve hâkime verilmiştir (CMK md. 122/1). Diğer bir ifadeyle, kolluğa belge inceleme yetkisi tanınmamıştır. Buradan hareketle, aramada ele geçen belge ve kâğıtların zilyedinin veya temsilcisi ya da müdafî veya vekilinin, kapalı bir zarfa konulan eşyayı kendi mühürünü de koyarak veya imzasını atarak güvenceye aldıktan sonra, incelemenin Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından yapıldığı sırada hazır bulunması esası getirilmiştir (CMK md. 122/2). Böylelikle bu kişilerin belgelerde değişiklik yapılmadığını görmeleri ve belge güvenliğinin tesis edilmesi istenmiştir. Bununla birlikte, OHAL sürecinde ise 668 KHK ile hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge ve kâğıtlarının *adli kolluk görevlileri* tarafından da incelenebilmesi imkânı getirilmiştir (668 sayılı KHK md. 3/1-g)⁶¹. Bu düzenleme sonrasında,

Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2016, Sy: 4, s. 2445 vd.

⁶⁰ Arama tanıklarının bulunması zorunluluğuna ilişkin hüküm, hem kolluğun esasen arama yapılan yerde bulunmayan bir şeyin aramada bulunduğuna ilişkin iddialarının bulunması örneğinde olduğu gibi aramaya maruz kalanların menfaatlerinin korunması hem de aramaya maruz kalanlar tarafından kolluğun arama işlemini hukuka aykırı veya kötü niyetli olarak gerçekleştirdiği iddialarının çürütülmesi yönünden faydalı olacaktır. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Yeşim Yılmaz, "*Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama*", TBB Dergisi, Sayı: 124, 2016, s. 284.

⁶¹ Öğretide; aramaya maruz kalan kişinin kâğıtlarını inceleme yetkisi savcı ve hâkime ait olduğu ve yasanın düzenlenmesinin amacının da zilyedin gizli alanının ve sırlarının koruma gayesi olduğu, bundan dolayı kolluğun soruşturma bakımından dahi önemsiz olanları ayıklamak amacıyla dahi kâğıtları incelemesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 419. İlgili OHAL düzenlemesi ile bu *YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

OHAL döneminde belirtilen güvencelerden yoksun kalacak şekilde elde edilmiş olan tüm bu belgelerin, OHAL sonrası dönemde gerçekleşecek olan duruşmalarda hukuken geçerli birer delil olup olmadıklarının kaçınılmaz olarak sorgulanacağı kolaylıkla öngörülebilir.

OHAL sürecinde arama tedbiri kapsamında, avukat bürolarında yapılan arama işleminin kurallarına ilişkin getirilen değişiklikler de dikkat çekicidir. Avukatlık mesleğinin gereği gibi ifade edilebilmesi yönünden, avukatın üstlenmiş olduğu gerek hukuk gerekse ceza davalarında müvekkili ile olan ilişkisinin mahremiyeti ve bu bağlamda sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde müvekkilin sırlarının korunabilmesi özel bir önem taşır⁶². Kanun koyucu bu durumu gözetmek suretiyle, olağan durumlarda avukat-müvekkil mahremiyetini korumak üzere, avukat bürolarında yapılan arama işlemlerine ilişkin özel bir hüküm sevk etme ihtiyacı hissetmiştir. Buna göre, avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur (CMK md. 130/1). Yine Kanun'da avukat bürosunda yapılan arama sonucu el konulmasına karar verilen eşya (veya posta) hakkında, avukatın meslek sırrı itirazında bulunarak karşı koyması durumunda, bu itiraza ilişkin olarak bir hâkim denetimi yapılması şeklinde bir güvence öngörülmüştür (CMK md. 130/2-3). 668 sayılı KHK ile ise bu güvencelerde önemli değişikliklere gidilmiştir. Buna göre, OHAL döneminde, avukat bürolarında hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir. Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur ancak CMK md. 130/2 ve 3 hükümleri uygulanmaz (668 sayılı

inceleme yetkisinin kolluğa da verilmesi ve gecikmesinde sakınca bulunma şartının dahi aranmaması Anayasa'da ve diğer uluslararası metinlerde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkı açısından ciddi sakıncalar içermektedir.

⁶² AİHM, R.E. vs. Birleşik Krallık kararında, avukat ile müvekkil arasındaki gizliliği Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirmiş ve söz konusu kararda; hukuki görüşmelerin denetlenmesinin, oldukça yüksek derecede ihlal teşkil ettiğini, avukatı ile müvekkili arasında geçen telefon görüşmelerinin dinlenmesine benzer bir durum oluşturacağını ve Sözleşme'nin 8. maddesinin; avukatların, yaptıkları görüşmelerin gizli kalmasını temin edememeleri halinde müvekkillerini savunamayacakları için avukatları ve müvekkilleri arasındaki görüşmelere "artırılmış koruma" sağlayacağını belirtmiştir. R.E. vs. Birleşik Krallık, Başvuru No: 62498/11, Karar Tarihi: 27.10.2015, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi / 189 sayılı Bilgi Notu - Ekim 2015.

KHK md. 3/1-i). Şu hâlde bu düzenleme ile artık avukatın bürosunda yapılan arama sonucu el konulmasına karar verilen eşya veya postaya ilişkin olarak, bunların avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu şeklindeki “meslek sırrı” itirazı işlevsizleştirilmiş ve bu itiraza ilişkin hâkim denetimi tümüyle devre dışı bırakılmıştır. Diğer bir ifadeyle, 668 sayılı KHK ile avukat - müvekkil ilişkisinin mahremiyetini korumaya yönelik güvence ortadan kaldırılmış ve avukatın bu konudaki itirazına rağmen söz konu eşya veya postaya el konulması ve bunların hiçbir yargısal denetim olmaksızın doğrudan kolluk görevlileri tarafından incelenebilmesi mümkün hale getirilmiştir⁶³.

c. Elkoyma Tedbiri Yönünden

Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olan ya da ileride delil olarak kullanılabilir veya müsadereye tabi olan eşyanın, eşyayı elinde bulunduran kişinin rızası olmaksızın, soruşturma veya kovuşturma makamlarının uhdesine alınarak, eşyayı elinde bulunduran kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin ortadan kaldırılması şeklinde bir koruma tedbiridir.

Elkoyma tedbiri, basit ve özel elkoyma şeklinde iki başlık altında incelenebilir. Bu başlık altında basit elkoymaya ilişkin OHAL sürecindeki değişiklikler işlenecek; özel elkoyma halleri olan taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma ile, bilgisayarlarda elkoyma gibi özel koşulları gerektiren elkoyma hallerine ilişkin değişiklikler ise ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

CMK sisteminde elkoyma tedbirine ilişkin benimsenen düzenleme rejimine yönelik OHAL sürecindeki ilk değişiklik, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler nezdinde bulunan delillere el konulmasına ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. CMK sisteminde hukuka aykırı deliller konusunda CMK md. 206 ve 217’de ifadesini bulan “mutlak red yaklaşımı” benimsendiği için, Kanun’da öngörülen usule aykırı şekilde elde edilen tüm deliller yönünden mutlak delil yasakları öngörülmüştür. Bu kapsamda, CMK md. 45 ve 46 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkının ihlali suretiyle elde edilen deliller de birer hukuka aykırı delil olarak kabul edilir ve

⁶³ Bu hususta oldukça güncel bir kararda AIHM, avukatın ofisinin hakim kararı ve baro temsilcisi olmadan aranması, telefonunun incelenmesi, bilgisayarına el konulması, kanunun aradığı şartlar yerine getirilmediği için özel hayata saygı hakkı ihlali kapsamında değerlendirilmiştir. Özgün Öztunç vs. Türkiye, Başvuru No: 5839/09, Karar Tarihi: 27.03.2018, karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-181854%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 28.03.2018).

inceleme konumuz olan elkoyma tedbiri yönünden de şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça el konulamaz (CMK md. 126). OHAL sürecinde 668 sayılı KHK ile bu kural tümüyle bertaraf edilmiş ve şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere, bu kimselerin nezdinde bulunsa bile el konulabilmesi mümkün hale getirilmiştir (668 sayılı KHK md. 3/1-g)⁶⁴. Yukarıda avukat bürosunda arama işlemine ilişkin açıklamalarımızda olduğu gibi, burada da KHK ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilere yönelik olarak öngörülmüş olan “elkoyma yasağı”nın açıkça çiğnenmiş olması, OHAL sonrasında devam edecek yargılamalarda, OHAL sürecinde bu şekilde elde edilen delillerin “mutlak red yaklaşımı” çerçevesinde hukuka uygunluğunun sorgulanması sonucunu kaçınılmaz şekilde gündeme getirecektir⁶⁵.

OHAL sürecinde, elkoyma tedbirine ilişkin diğer bir değişiklik ise elkoyma kararının verilmiş şekliyle bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, CMK sisteminde elkoyma kararı kural olarak hâkim kararı üzerine verilir ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından elkoyma işlemi gerçekleştirilebilir (CMK md. 127/1). Kanun’da diğer belirli koruma tedbirlerinde olduğu gibi, elkoyma tedbirinde de, genel kuralın dışına çıkılarak işlemin hakim dışındaki bir merciin inisiyatif ile gerçekleştirilmesi gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda, bu işlemin bir hakim denetimine tabi tutulması esas geçerlidir. Buna göre, hakim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, *yirmidört saat* içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını

⁶⁴ Bu bakımdan ilgili düzenleme ilk bakışta ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olan kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması (nemo tenetur se ipsum ac-cusare) ilkesini ihlal etmektedir. Oysa Anayasa da, hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı açık bir biçimde güvence altına alınmıştır. Hukuk devletinin bir sonucu olarak, söz konusu ilkenin hayata geçirilmesi için kanun koyucu maddi gerçeğin araştırılmasından dahi sarfı nazar etmektedir. Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 438. Oysa olağanüstü hal süresince Anayasa’da güvence altına alınan temel haklardan bir tanesi açık bir ihlal ile karşı karşıya kalacaktır.

⁶⁵ Savunma hakkının dokunulmazlığı gereği, şüpheli veya sanık ile müdafî arasındaki mektup ve belgelere de el konulamaması gerektiği, bu durumun hem CMK md. 154 hem de CMK md. 126 gereği olduğu öğretileri sürülmüştür. Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 442. Olağanüstü hal süresince getirilen düzenleme ise yukarıda da defaatle dile getirdiğimiz ve AIHM’in de altını çizdiği üzere müdafinin sağlıklı bir savunma hazırlayabilmesi için oldukça önemli bir güvence olan avukat-müvekkil gizliliğinin kaldırılması anlamına gelmektedir.

elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar (CMK md. 127/3). OHAL sürecinde, 668 sayılı KHK ile, hâkim kararı olmaksızın yapılan arama işleminin sonradan hâkim denetimine tabi tutulmasına ilişkin sürelerin ölçsüz şekilde artırılması yoluna gidilmiştir. Buna göre, OHAL suçlarında, hakim kararı olmaksızın yapılan arama işlemi *beş gün* içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren *on gün* içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar (668 sayılı KHK md. 3/1-h).

Nihayet, delil olabilecek eşyaya elkoyma konusunda düzenleme getirilen diğer bir alan ise, postada elkoymadır. Kanun'a göre, postadaki gönderilerin suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluşta bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir (CMK md. 129/1).

CMK sisteminde postada elkoymaya konu olan eşyayı inceleme yetkisi yalnızca elkoyma kararını veren hâkim veya Cumhuriyet savcısına tanınmış olup; kolluk görevlilerine postada el konulan eşyayı inceleme yetkisi tanınmamıştır. Kanun'a göre, hâkim kararının veya Cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine elkoyma işlemi yerine getiren kolluk memurları, birinci fıkrada belirtilen gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar. Elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhâl elkoyma kararını veya emrini veren hâkim veya Cumhuriyet savcısına teslim edilir (CMK md. 129/2).

OHAL sürecinde ise, 696 sayılı KHK (md. 94) ile CMK md. 129'un 2. fıkrasından hemen sonrasına eklenen bir 3. fıkra ile, -katalog şeklinde sayılan belirli suçlar yönünden- postada el koymaya ilişkin CMK'da belirlenen bu yargısal denetim güvencesi ortadan kaldırılmıştır. Buna göre, elkoyma kararı veya emrinin katalog suçlarla⁶⁶ ilgili olarak verilmesi

⁶⁶ 696 sayılı KHK md. 94 ile CMK md. 129/a eklenen 3. fıkrada sayılan katalog suçlar şunlardır:

“a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi (madde 174),

2. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

suçları.

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 12 nci ve 13 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

c) 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 67 nci ve 68 inci maddelerinde tanımlanan suçlar.”

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

halinde gönderilerin bulunduğu zarf veya paketler Cumhuriyet savcısının talimatıyla *kolluk memurları* tarafından açılabilir.

ç. Özel El Koyma (Taşınmaz, Hak ve Alacaklara El Koyma) Tedbiri Yönünden

CMK sisteminde, yalnızca maddi varlığa sahip eşya veya kazanç üzerinde söz konusu olabilen basit el koyma tedbirinin kapsamı genişletilerek, CMK md. 128 ile bu tedbirin taşınmazlar, hak ve alacaklar gibi malvarlığı değerleri üzerinde de uygulanabilmesini sağlayan bir “özel el koyma” tedbiri düzenlenmiştir.

Özel el koymanın konusunu oluşturan taşınmaz, hak ve alacaklar geçmişten itibaren müsadereye konu edilen mal varlığı değerleri olduğu için, CMK md. 128’in uygulama alanı bulunduğu hallerde, yapılan işlemin bir müsadere gibi algılandığı gözlemlenmektedir. Oysa, özel el koymanın hukukî niteliği de, koşulları da, sonuçları da müsadereye farklıdır⁶⁷. Özel el koyma bir tedbirdir ve bu tedbirin uygulandığı hallerde, taşınmaz, hak ve alacakların mülkiyetinin devlete intikal etmesi değil, ancak bunlar üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması söz konusudur. Bu sınırlama mülkiyet hakkını ortadan kaldırmadığı gibi, ancak geçici bir süre için uygulama alanı bulabilecektir.

CMK md. 128 uyarınca taşınmaz, hak ve alacaklara el konulabilmesi için belirli koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir⁶⁸. Buna göre, bu tedbirin uygulanabilmesi için ilk koşul, işlendiği ileri sürülen suçun CMK md. 128/2’de sayılan katalog suçlardan birini oluşturmasıdır. İkinci koşul ise, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve taşınmaz, hak ve alacaklardan oluşan malvarlığı değerlerinin bu suçtan elde edildiğine ilişkin somut delillere dayalı “kuvvetli suç şüphesi”nin varlığıdır. Diğer bir koşul ise, taşınmaz, hak veya alacağın şüpheli veya sanığa ait olmasıdır. Bu noktada, üçüncü kişilerin bu tedbire maruz kalması olasılığına ilişkin olarak ise kanunda “zilyetlik” ekseninde bir düzenleme yapılmıştır⁶⁹. Buna göre, taşınmaz, hak ve alacakların şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması durumunda dahi, el koyma işlemi yapılabilir (CMK md. 128/1). Buna karşın, Kanun’da bahse konu malvarlığı değerlerinin

⁶⁷ Söz konusu farklar için bkz. Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 452.

⁶⁸ Çulha ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, s. 62 vd.; Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 436 vd.; Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 456-457.

⁶⁹ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 456.

üçüncü bir kişinin mülkiyetinde bulunması halinde nasıl bir uygulama yapılacağına ilişkin bir açıklık bulunmaması eleştiri konusu yapılmaktadır⁷⁰.

Özel el koyma tedbirine karar verilebilmesi için 2014 yılında 6526 sayılı Kanun değişikliği ile, ilgisine göre BDDK, SPK, MASAK, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'ndan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınması koşulu öngörülmüştür. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir⁷¹.

Özel el koyma tedbirine karar verilebilmesi için CMK'nın orijinal şeklinde hâkim kararı yeterli iken; 6526 sayılı Kanun değişikliği ile ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile alınan bir kararın varlığı aranmıştı. Ancak 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun⁷² ile yeniden tedbir açısından hâkim kararı öngörülmüştür.

OHAL sürecinde ise, özel el koyma tedbirine ilişkin olarak da belirli değişikliklerin yürürlüğe konulduğu tespit edilebilir. Bu konuda ilk olarak, 668 sayılı KHK ile, tedbire karar verebilmek için ilgisine göre -yukarıda saydığımız- belirli kamu kurumlarından suçtan elde edilen değere göre rapor alınması koşulu ortadan kaldırılmış ve bu rapor olmaksızın da doğrudan özel el koymaya başvurulabilme imkânı getirilmiştir⁷³.

Bunun yanı sıra, tedbire başvuracak merci konusunda bir değişiklik getirilmiş ve sonrasında bu tedbirin uygulanmasına karar verme konusunda -CMK'nın orijinal şeklinde olduğu gibi- hâkim kararı yeterli sayılmış ve sulh ceza hâkimi yetkili kılınmıştır. Ancak tedbire başvuracak merci yönünden esas önemli husus, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına da özel el koyma tedbirine başvurma yetkisinin tanınmasıdır. Hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işlemi, beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulacak, hâkim kararını el koymadan itibaren on gün içinde açıklayacak, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkacaktır (668 sayılı KHK md. 3/1-ı).

⁷⁰ Çulha ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, s. 152.

⁷¹ Çulha ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, s. 64.

⁷² Söz konusu Kanunu'nun genel gerekçesinde; maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını temin etmek amacıyla koruma tedbirlerine başvurularak delillerin toplanması, karartılmasının önlenbilmesi ve gecikmesizin en seri şekilde hareket edilebilmesinin sağlanması amacıyla ilgili değişikliğin yapıldığı belirtilmiştir. Kanun tasarısı için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0775.pdf> (Erişim Tarihi: 29.03.2018).

⁷³ Rapor zorunluluğunun kötü uygulama ile mücadele ve temel hak ve özgürlükleri korumak adına getirildiği öğretilde haklı olarak belirtilmiştir. Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 454.

Burada bir çarpıcı değişiklik ise, özel el koyma tedbirine başvurulabilecek suçların düzenlendiği katalog listede yapılmış ve önceden 2014 yılında 6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile katalog listeden çıkartılan “suç işlemek için örgüt kurma suçu-TCK md. 220”, 2016 yılında 6763 sayılı Kanun ile yeniden katalog listeye eklenmiştir. Aynı Kanun değişikliği ile “Tefecilik suçu-TCK md. 241” de katalog listeye eklenmiş ve daha önemlisi, 668 sayılı KHK ile getirilen “hâkim kararı” ile tedbire başvurabilme yetkisi, kanunlaştırılmıştır.

Nihayet, OHAL sürecinde özel el koyma tedbiri ile ilintili bir diğer düzenleme ise 694 sayılı KHK md. 11 ile “Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun”a eklenen “EK Madde 2”dir. Bu düzenleme ile, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun işlenmesinde araçlara, CMK md. 128/4 uyarınca, diğer bir ifadeyle bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle el konulur. El konulan aracın, soruşturma veya kovuşturma devam ederken aynı suçun işlenmesinde tekrar kullanılması, Türkiye’de sicile kayıtlı olmaması, önemli miktar veya değerde uyuşturucu veya uyarıcı maddeyle ele geçirilmesi ve suçun işlenmesini kolaylaştıracak özel tertibatının bulunması hallerinden birinin varlığı durumunda, el konulan araç iade edilmez.

d. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında, Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Yönünden

CMK md. 134’de düzenlenen ve uzunca bir terimle ifade edilen bu tedbir ile esas itibarıyla bilgisayar ortamında bulunan verilere ilişkin birden fazla tedbir birlikte düzenlenmiştir. Buna göre, delile elde etme amacıyla önce bilgisayarlarda ve bilgisayar kütüklerinde arama tedbiri uygulanacak; sonrasında da arama sonucu elde edilen veriler üzerinde gerekli görülürse el koyma tedbirine başvurulacaktır. Diğer bir deyişle burada hem arama hem el koyma tedbirlerinin özel bir halinin birlikte düzenlendiği söylenebilir⁷⁴.

CMK sisteminde, 134. maddede düzenlenen bu özel tedbire karar verme yetkisi sadece hâkime tanınmıştır. Kanun koyucu tedbire konu olan bilgisayar verilerinin başta özel hayatın gizliliği hakkı olmak üzere, bir dizi

⁷⁴ Batuhan Aktaş, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIV, Sayı: 2, 2017, s. 217; Yusuf Yaşar-İsmail Dursun, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 19, S.: 3, 2013, s. 6. Ayrıca bkz. Olgun Değirmenci, *Ceza Muhakemesinde Sayısal Dijital Delil*, 1. Bası, Ankara, 2014, s. 312.

temel hak ve özgürlükle yakın ilişkili olduğunu gözeterek bu tedbire başvurulması açısından daha güvenceli bir rejimi benimsemiş ve arama ve el koymadan farklı olarak; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının karar verme yetkisi öngörülmemiştir.

OHAL sürecinde ise, 668 sayılı KHK ile, şüphelinin kullandığı bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak arama ve el koyma işlemlerine, *gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı* tarafından karar verilebilme yetkisi getirilmiştir. Bu karar, beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim kararını el koymadan itibaren on gün içinde açıklar; aksi halde el koyma kendiliğinden kalkar. Bu düzenleme ile bir yandan hâkim güvencesi zayıflatılarak işlevsizleştirilirken; diğer yandan ise delillerin tahrif edilmesi riski yaratılarak delil güvenliğinin tehlikeye atıldığı vurgulanmalıdır⁷⁵. Bunun yanı sıra, aynı düzenleme ile kopyalama ve yedekleme işleminin uzun sürecek olması durumunda, bu araç ve gereçlere de el konulması imkânı getirilmiştir. Oysa CMK sisteminde bu şekildeki bir el koymaya yalnızca bilgisayarlar, bilgisayar programları veya kütüklerindeki şifrenin çözülememesinden dolayı bu sistemlere kırılamaması veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması haline özgü olarak, salt çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için izin verilmişti⁷⁶. 668 sayılı KHK ile, bu istisnai düzenlemenin sırf işlemin uzun süreceği gibi, soyut ve keyfi bir

⁷⁵ Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri, s. 60.

⁷⁶ Aktaş, “Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, s. 232; Değirmenci, *Ceza Muhakemesinde Sayısal Dijital Delil*, s. 366. Bu noktada, özellikle hak kayıplarını önlemek adına imaj çıkartılması ve bu işlemde elde edilen hash değeri ile polis kriminal laboratuvarlarında yapılan işlemde sonra alınacak hash değerinin birbirini doğrulaması gerekmektedir. Bu husus; “...şifrelenmiş paketlerin çözümünün uzun zaman alacağı ve olay yerinde yapılacak incelemede birden çok suç unsurunun gözden kaçırılabilceği endişesiyle her türlü suç unsuru olabilecek dijital belleğe elkonulmakta, adli bilişim personelince imaj alınmakta, imajın alınması neticesi ortaya çıkan hash değeri üzerinden her türlü inceleme yapılarak inceleme neticesinde tekrar imaj alınmakta, ortaya çıkan hash değeri ile ilk elde edilen hash değeri karşılaştırılmakta ve delil üzerinde kolluk tarafından hiç-bir değişikliğin yapılamadığı ispatlanmaktadır. Öyle ki delil üzerinde yapılacak en ufak bir değişiklik bile bu hash değerinin değişmesine ve delil bütünlüğünün bozulmasına neden olacak ve delilin güvenilirliğini ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla suç delilinin ilk hash değeri ile son hash değerinin aynı olması gerekmektedir.” şeklinde ifade edilmektedir. Hüseyin Çakır-Ercan Sert, Bilişim Suçları ve Delillendirme Süreci

http://utsam.org/images/upload/attachment/utsas_2010_secilmis/Bili%C5%9Fim%20Su%C3%A7lar%C4%B1%20ve%20Delillendirme%20S%C3%BCreci.pdf (Erişim Tarihi: 29.03.2018).

kriterle genişletilmesinin uygulamada ciddi hak ihlallerine kapı aralayabileceği ve özellikle geçmişte örnekleri görüldüğü üzere sahte delillerin bu sistemlere yüklenebilmesi tehlikesi yaratacağı ifade edilmelidir⁷⁷.

e. Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Tespiti, Dinlenilmesi ve Kayda Alınması Yönünden

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması mülga CMUK'da bulunmayan bir gizli soruşturma tedbiridir. Bu dönemde her ne kadar 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (ÇASÖMK) çerçevesinde gizli soruşturma tedbiri düzenlenmişse de, bu tedbir yalnızca ilgili kanun kapsamında yer alan örgütlü suçlar için uygulama alanı bulmuştu. CMK sisteminde ise, iletişim teknolojisindeki gelişmeler göz önüne alınarak telefon, bilgisayar ve internet hizmetleri gibi çeşitli haberleşme araçlarıyla yapılan iletişim biçimleri üzerinde uygulanacak soruşturma tedbirleri bir bütün olarak, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi şeklinde ayrı bir bölüm altında düzenlenmiştir. Kanun'da yer verilen telekomünikasyon teriminin kapsamına ilişkin ortaya çıkan tartışmalar, sonradan çıkartılan bir yönetmelik⁷⁸ ile yapılan tanım ile ortadan kaldırılmıştır. Buna göre, telekomünikasyon, işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilene her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasıdır.

Bu bölüm kapsamındaki ilk düzenleme CMK md. 135'de yer alan iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınmasıdır. CMK md. 135 kaleme alınırken, kanun yapma tekniği açısından eleştiriye açık bir biçimde, aynı maddede iki farklı gizli soruşturma tedbirine birlikte yer verilmiştir. Bunlardan ilki, salt delil elde etme amacına yönelmiş bir tedbir olarak, şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilmesi,

⁷⁷ Nitekim ilgili tedbirin uzun süre boyunca uygulanması ve tedbirin muhatabının bilgisayarından makul süreyi aşacak derecede mahrum bırakılması da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından AIHS m. 8'in ihlali olarak yorumlanmıştır. Smirnov vs. Rusya, Başvuru No: 71362/01, Karar Tarihi: 12.11.2007, kararın tamamı için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-80953&filename=00180953.pdf&TID=ihgdqbxnfi> (Erişim Tarihi: 29.03.2018).

⁷⁸ Bkz. Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik-(md. 4). Resmi Gazete, T: 14.02.2007, Sy: 26434.

kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesidir (CMK md. 135/1). İkincisi ise, şüpheli veya sanığın kullanmakta olduğu mobil telefonun yerinin tespit edilmesidir (CMK md. 135/4) ki, bu tedbirin yegane amacı, ilk tedbirden tamamen farklı olarak, şüpheli veya sanığın yerinin tespit edilmek suretiyle yakalanmasıdır.

CMK md. 135/1’de düzenlenen tedbire başvurabilmenin ilk koşulu, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma veya kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığıdır. Buradaki kuvvetli şüphe sebebi teriminin söz gelimi tutuklama tedbiri için aranılan kuvvetli suç şüphesinden daha farklı bir anlama geldiği ifade edilmektedir⁷⁹. Buna göre, kuvvetli şüphe sebepleri teriminden, basit bit başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşma zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesi olarak anlaşılmalıdır⁸⁰.

Bu tedbire başvurabilmenin diğer koşulu ise, başka suretle delil elde etme imkanının olmamasıdır. Diğer bir ifadeyle, iletişimin dinlenmesi ikincil ve istisnai mahiyette bir tedbir olup, bu tedbire ancak en son çare olarak başvurulabilir⁸¹. Şu halde, yürütülmekte olan bir ceza soruşturmasında arama yakalama veya el koyma gibi açık ve geleneksel koruma tedbirleri sonuca ulaşabilmek mümkün ise, artık bu durumda CMK md. 135/1’deki tedbire başvurulmamalıdır. Başka türlü delil elde etme imkanının varlığına rağmen CMK md. 135/1 uyarınca iletişim dinlenmiş, tespit edilmiş veya kayda alınmış ise, bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliği taşır ve CMK md. 217/2 uyarınca yargılamada kullanılamaz.

Tedbire karar verme yetkisi CMK’nın orijinal şeklinde hâkime ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısına tanınmış iken; 2014 yılında 6526 sayılı Kanun ile bu konuda ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile verilen bir kararın varlığı aranmıştır. Ancak 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun ile yeniden tedbir açısından hâkim kararı öngörülmüştür.

⁷⁹ Yenisey-Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 438.

⁸⁰ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 446.

⁸¹ Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’te, başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması hâli: “soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınmayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilir olması” şeklinde tanımlanmıştır *YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

OHAL sürecinde, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması konusunda yapılan ilk değişiklik, 668 sayılı KHK ile kararı verecek mercie ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Buna göre, bu tedbire başvurma konusunda - CMK'nın orijinal şeklinde olduğu gibi- yeniden hâkim (*sulh ceza hâkimi*) ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı yetkili kılınmıştır⁸². Ancak Kanun'da bu tedbire Cumhuriyet savcısı tarafından başvurulması durumunda, savcının bu kararını *derhal* hâkim onayına sunması ve hâkimin de yirmi dört saat içinde karar vermesi esasını getiren yargısal güvence sistemi 668 sayılı KHK ile ortadan kaldırılmıştır. Şöyle ki, 668 sayılı KHK uyarınca, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tedbir başvurma kararı alan Cumhuriyet Savcısı, bu kararını *beş gün* içinde görevli hâkimin onayına sunar. Hâkim, kararını *beş gün* içinde açıklar, aksi halde tedbir kendiliğinden kalkar (668 sayılı KHK md. 3/1-k). Bu düzenleme ile, herhangi bir şüphelinin, OHAL süresince salt Cumhuriyet savcısı kararıyla, hiçbir yargısal denetim olmaksızın *10 gün* boyunca iletişiminin dinlenebilmesi mümkün hale gelmiştir⁸³. Hâkim kararı olmaksızın bu kadar uzun bir süre boyunca tespit, dinleme ve kayıt yapılabilmesinin, özel hayatın gizliliği hakkına ve bu bağlamda haberleşmenin gizliliği hakkına yönelik ölçüsüz bir müdahale olduğu tartışmasızdır⁸⁴.

OHAL sürecinde CMK md. 135 ile ilintili diğer bir değişiklik 694 sayılı KHK (md. 10) ile, bu tedbire konu olabilen katalog suçlar içerisinde kenevir ekme suçunun eklenmesidir. Buna göre, 694 sayılı KHK ile Uyuşturucu Madde Murakabesi Hakkında Kanun'da yapılan (md. 23/5) değişiklik ile “esrar elde etmek amacıyla kenevir ekme suçu” yönünden yürütülen ceza soruşturmalarında, CMK md. 135'de düzenlenen iletişimin tespiti dinlenmesi ve kayda alınması ile, CMK md. 140'da düzenlenen teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması mümkün hale getirilmiştir. Yine aynı KHK (md. 23) ile bu kez Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da (md. 5/1) yapılan değişiklikle, bu Kanunun 5/1. maddesinin a, b, c ve ç bentlerinde düzenlenen suçlar ile TCK md. 228'de düzenlenen kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçu yönünden yürütülen ceza soruşturmalarında da

⁸² 2016 yılında 6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, 668 sayılı KHK ile geri dönülen hâkim kararı sistemi kanunlaşmıştır.

⁸³ 671 sayılı KHK ile PVSK Ek md. 7/10 değiştirilerek, hem bu madde kapsamında önleme dinlemelerinin hem de CMK 135 kapsamında adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin, kapatılan TİB yerine, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde tek bir merkezden yürütüleceği düzenlemesi getirilmiştir.

⁸⁴ *Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri*, s. 60.

CMK md. 135 (ayrıca CMK md. 139 ve CMK md. 140) ile düzenlenen gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanması imkanı yaratılmıştır. 694 sayılı KHK ile getirilen bu değişikliklere getirilmesi gereken en önemli eleştiri, bu geçici OHAL KHK'sı ile CMK md. 135'de zaten sorunlu şekilde düzenlenen katalog suç listesinin farklı kanunlarda düzenlenen ilgili ilgisiz suç tiplerini fevkalade dağınık şekilde düzenlemek suretiyle, bahse konu tedbirin uygulanması imkanını hukuk güvenliği açısından çok sakıncalı şekilde genişletmiş olmasıdır⁸⁵.

f. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi (CMK md. 139) ve Teknik Araçlarla İzleme (CMK md. 140) Yönünden

CMK sisteminde, CMK md. 135 ve devamında düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin dışında, CMK md. 139 ve 140'da aynı başlık altında iki yeni gizli soruşturma tedbirine daha yer verilmiştir. Bu tedbirlerden ilki, CMK md. 139'da yer alan gizli soruşturmacı görevlendirilmesidir. Gizli soruşturmacı, Kanun'da sayılan katalog suçlar yönünden, delil elde etmek maksadıyla görevlendirilen ve adeta örgüt mensubu gibi hareket ederek delil toplayan bir kamu görevlisidir⁸⁶. Bu kamu görevlisinin, gizli görevini ifade edebilmesi için kimliğinin değiştirilmesine ve delil toplama faaliyetinin kapsamına ilişkin esaslar Kanun'da açık bir biçimde düzenlenmiştir⁸⁷ (CMK md. 139/3-6). Kanun'da aynı başlık altında düzenlenen diğer gizli soruşturma tedbiri ise, teknik araçlarla izlemedir. Buna göre, Kanun'da katalog liste halinde sayılan suçlara ilişkin olarak, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve iş yeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir. Kişinin konutunda teknik takip uygulaması ise kanun tarafından yasaklanmıştır (CMK md. 140/5).

Gerek gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine gerekse teknik araçlar izleme tedbirine başvurulabilmesi için -tıpkı CMK md. 135'de

⁸⁵ Çulha ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, s. 75.

⁸⁶ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 474.

⁸⁷ AİHM Teixeira de Castro vs. Portekiz kararında da polis memurlarının rolünün gizli ajan rolü yapmakla sınırlı olduğunu vurgulamıştır. Teixeira De Castro vs. Portekiz, Başvuru No: 44/1997/828/1034, Karar Tarihi: 09.06.1998, karar için bkz. Teixeira De Castro / Portekiz Davası, Çeviren: Fatih BİRTEK, TBB Dergisi, Sayı:91, 2010. Ayrıca bkz. Lüdi vs. İsviçre, Başvuru No: 12433 / 86, Karar Tarihi: 15.06.1992; Calabro vs. İtalya, Başvuru No: 59895 / 00, Karar Tarihi: 21.03.2002, ilgili kararlar ve bu kararların değerlendirilmesi için bkz. Serkan Cengiz - Fahrettin Demirağ - Teoman Ergül - Jeremy McBride - Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara, Kasım 2008, s. 85 vd.

olduğu gibi- iki temel koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphe sebeplerinin bulunmasıdır. Diğer koşul ise, başka surette delil elde edilmesinin mümkün olmamasıdır.

Bu her iki tedbire karar verme yetkisi konusunda da, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri ile benzer bir yol haritası izlenmiştir. Diğer bir deyişle, CMK'nın orijinal şeklinde bu her iki tedbire kural olarak hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısı kararı ile başvurulabilir iken; 2014 yılında 6256 sayılı Kanun ile her iki tedbir yönünden de ağır ceza mahkemesinin oybirliğiyle karar verme mecburiyeti getirilmiştir. Ardından OHAL süreci ile birlikte önce geçici OHAL düzenlemesi olan 668 sayılı KHK ile, bu mecburiyet kaldırılarak, tedbirlere başvurabilmek için yeniden hâkim kararının varlığı yeterli sayılmış ve bu düzenleme 6572 sayılı Kanun (md. 42) ile kanunlaştırılmıştır. Ancak anılan 668 sayılı KHK ile, bu her iki tedbire de gecikmesinde sakınca buluna hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi halinde, savcı tarafından verilen bu kararın *beş gün* içinde hâkim onayına sunulması ve hâkim tarafından da *beş gün* içinde karar verilmesi esası benimsenmiştir (668 sayılı KHK md. 3/1-k). CMK md. 135'e değinirken vurguladığımız üzere, OHAL döneminde yargı denetimi olmaksızın 10 gün boyunca tüm bu gizli soruşturma tedbirlerine başvurma imkanının getirilmesi, özel hayatın gizliliği hakkı yönünden çok ciddi sorunların ortaya çıkmasına yol açabilecektir.

Bu bağlamda son olarak 694 sayılı KHK ile CMK md. 139'da yer alan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiriyle ilgili bir düzenleme getirilmiş ve CMK md. 139/3'e eklenen bir cümle ile gizli soruşturmacının SEGBİS ile dinlenmesi mecburiyeti öngörülmüştür. Buna göre, soruşturmacı, kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenilir. Bu durumda 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesi hükmü kıyasen uygulanır⁸⁸. Kanımızca, bu düzenleme, tehlike altında bulunan tanıkların korunması amacıyla getirilmiş olan SEGBİS uygulamasının kapsamının son dönemde giderek genişlemesine güzel bir örnek teşkil etmektedir. Bu gibi düzenlemeler ile, zaten özellikle soruşturma evresinde savunma

⁸⁸ Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin 8. fıkrasının; "*Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez*" şeklindeki uyarınca; yeni düzenleme ile birlikte gizli soruşturmacının açıklamaları da tek başına hükme esas alınamayacaktır.

hakkına getirilen türlü kısıtlamalar ile fevkalade dezavantajlı konuma itilen savunma makamının; duruşma ortamında da vasıtasızlık ve yüz yüzelik gibi temel ilkelerin getireceği avantajlardan mahrum bırakılması neticesini yaratacak ve bu durum yargılamanın tek taraflı gelişmesine yol açarak, maddi gerçeği ulaşma çabalarının tümüyle sonuçsuz kalmasına yol açabilecektir⁸⁹.

II. KORUMA TEDBİRİNDEN PEŞİN YAPTIRIMA/CEZA ADALETİNDE YOZLAŞMANIN SİMGESİ: TUTUKLAMA

1. KONUYA TEMEL YAKLAŞIM

Ceza muhakemesinin insan haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşma maksadını gerçekleştirebilmek üzere, gereği gibi yürütülebilmesi için çoğu kez temel hak ve özgürlüklere belirli sınırlamalar getiren –bazılarına yukarıda değindiğimiz- koruma tedbirlerine başvurma gereksinimi ortaya çıkabilir. Tutuklama tedbiri de diğerleri gibi, gerekli olduğu takdirde başvurulabilen bir ceza muhakemesi koruma tedbidir. Ancak tutuklama tedbiri, tüm koruma tedbirleri arasında, temel hak ve özgürlüklere en ağır sınırlamayı getiren tedbir olma özelliği nedeniyle, özel bir öneme ve ağırlığa sahiptir⁹⁰.

Tutuklama tedbiri en ağır koruma tedbiri olmasının yanı sıra, aynı zamanda en sorunlu koruma tedbirlerinin de başında gelir. Türk ceza adaleti sisteminde özellikle yargılamaların fazlasıyla uzun sürmesi nedeniyle, geçmişten bu yana tutuklamayı bu uzun yargılama süreci nedeniyle bir türlü ortaya çıkamayan kesin hükmün yerine ikame edilen bir ön/peşin ceza olarak benimseme eğilimi egemendir. Bu eğilimin doğal ve zorunlu sonucu olarak, bugün Türkiye’de tutuklama kurumu bir koruma tedbiri olmaktan çıkartılmış ve tutuklama tedbirine amacı dışında yüklenen bu işlev, ne yazık ki tutuklama kurumunu ceza adaletinde adeta yozlaşmanın bir simgesi haline getirmiştir.

⁸⁹ Nitekim AİHM, Khudobin vs. Rusya kararında; “başvuran, davanın tuzağa düşürmeye ilişkin prima facie (aksi kanıtlanmadıkça doğru sayılan) deliller içermesi nedeniyle yargılayan mahkemenin gözden geçirmesini gerektiren bir “tuzağa düşürme savunması” sunmamıştır... söz konusu davada yerel mahkemenin, tuzağa düşürmenin varlığından şüphe etmek için nedeni olmasına rağmen, tuzağa düşürmeyi meşru bir soruşturma eyleminden ayırmasına yardımcı olacak fiili ve yasal unsurları incelememiştir. Bu nedenle, başvuranın mahkûmiyetine yol açan yargılama “adil” olmamıştır.” şeklindeki gerekçesiyle AİHS’nin 6/1. maddesi ihlâl edildiği kanısına varmıştır. Khudobin vs. Rusya, Başvuru No: 59696/00, Karar Tarihi: 26.10.2006, karar için bkz. Veli Özer Özbek, “Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, s. 155.

⁹⁰ Hasan Sınar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, İstanbul, 2016, s. 1. *YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

Bu hakikatten hareketle, Türk ceza adaleti sisteminin kamu vicdanını sızlatan bir kangreni haline dönüşmüş olan tutuklama tedbirini, ceza hukukunda adalet ilkesi ışığında ayrı bir başlık altında ele almak suretiyle, bu ağır ve vahim tablonun temel nedenleri ve olası naçizane çözüm önerileri ana hatları ile ortaya konulacaktır.

2. TUTUKLULUK SÜRELERİ VE KEMİKLEŞMİŞ HATALI UYGULAMALAR

Tüm diğer koruma tedbirleri gibi, tutuklama tedbiri de geçici bir süredir ve bu tedbire başvurulmasından beklenen faydanın ortadan kalkması ile birlikte, tutuklama tedbirine de derhal son verilmesi gerekir. Ancak tutuklama tedbirinin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına en ağır sınırlamayı getiren tedbir olması nedeniyle, bu tedbirin uygulanması suretiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin “makul sürede salıverilme hakkı” gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS md. 5/3) gerekse anayasal düzeyde (1982 AY md. 19/7) spesifik olarak düzenlenmiştir.

AİHS sisteminde, tutukluluk süresinin uzunluğuna ilişkin olarak herhangi bir azami süre tespiti yapılmasından kaçınılmış ve bunun yerine tutuklu kişinin “*makul sürede*” serbest bırakılma hakkına yer verilmiştir. AİHS md. 5/3, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının keyfi bir biçimde sınırlandırılması riskini önlenmesi veya asgari düzeye indirilmesi amacını taşıyan bir düzenlemedir ve bu yönü ile kişi özgürlüğüyle ilgili iki temel hakkı güvence altına almaktadır⁹¹. Bunlardan ilki, yakalanan veya tutuklanan kişinin derhal bir hâkim önüne çıkartılma hakkıdır. AİHS’de özgürlüğünden yoksun bırakılan kişi için taraf devletçe uyulması gereken bir azami “gözaltı” süresi belirlenmemiş; ancak bu belirlemeye dayalı olarak gözaltı süresine bir kısıtlama getirilmiştir. İkinci olarak ise, AİHS md. 5/3 ile tutuklama tedbiri yönünden özel önem taşıyan “makul sürede serbest bırakılma hakkı” düzenlenmiştir ki, bu hak yönünden en öncelikli olarak tutukluluk süreleri konusu gündeme gelmektedir⁹².

1982 Anayasası sisteminde ise, gözaltı süreleriyle ilgili olarak bir azami süre belirlemesi yapılmış olmasına karşın (AY md. 19/5), tutukluluk süreleri konusunda böyle bir belirlemeden kaçınılmış ve bunun yerine –AİHS ile uyumlu biçimde- tutuklanan kişilerin “*makul süre*” içinde yargılanmayı ve

⁹¹ David Harris - Michael O’Boyle - Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2th Edition, London, 2009, s. 168.

⁹² Ulaş Karan, “*Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme, Editör: Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, İstanbul, 2013, s. 200.

soruşturma ve kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları bulunduğu vurgulanmıştır.

Makul sürede serbest bırakılma hakkını işlevsel kılabilmek üzere –AİHS sisteminde yer alan diğer ulusal hukuk sistemlerinde olduğu gibi- Türk hukukunda da tutuklama tedbirinin uygulanmasına bir azami süre getirilmesi esası benimsenmiş ve böylece kişi özgürlüğünün ve masumiyet karinesinin ihlal edilmesi önlenmek istenmiştir.

CMK sisteminde tutukluluk süreleri, tutuklama tedbirinin uygulanmasına yol açan suça bakmakla görevli olan mahkemenin ağır ceza mahkemesi olup olmamasına göre ikili bir ayırma gidilerek düzenlenmiştir. Bu ayırım çerçevesinde, **ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmeyen** işlerde tutukluluk süresi en çok **bir yıl** olarak belirlenmiştir. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek **altı ay** daha uzatılabilir (CMK md. 102/1).

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise azami tutukluluk süresi en çok **iki yıl** olarak belirlenmiştir. Ancak bu süre de, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; **uzatma süresi toplam üç yılı geçemez** (CMK md. 102/2). Azami tutukluluk süresi gibi çok açık ve net belirlenmesi gereken bir konuya ilişkin yasal düzenlemede, kanun koyucu tarafından tercih edilen bu ifade biçimi öğreti ve uygulamada yoğun tartışmaların doğmasına yol açmıştır⁹³. Gerçekten, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlara ilişkin azami tutukluluk süresine ilişkin kanunda yer verilen “uzatma süresi toplam üç yılı geçemez” ifadesi ne şekilde anlaşılacak gerekir?

Diğer bir deyişle, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde azami tutukluluk süresi temel süre olan iki yıla uzatma süresi olan üç yılın eklenmesi suretiyle, $2+3 = 5$ yıl olarak mu kabul edilecektir? Yoksa, iki yıl temel tutukluluk süresine bir yıl da uzatma süresi eklenerek, $2+1 = 3$ yıl olarak mı kabul edilecektir?

Bu konuda bizim düşüncemiz, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde azami tutukluluk süresinin $2+3= 5$ yıl olarak benimsenmesi şeklindeki bir yorumun, AİHS md. 5/3’de belirlenen makul sürede serbest bırakılma hakkı ile çelişeceği yönündedir. Bize göre, ağır cezalı işlerde tutukluluk süresine ilişkin düzenlemenin şüpheli veya sanık lehine yorumlanarak, $2+1 = 3$ yıl olarak anlaşılması gerekir. Çünkü bizce, tutuklama gibi kişi özgürlüğü hakkına en ağır sınırlamayı getiren tedbire

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Metin Feyzioğlu - Güneş Okuyucu Ergün, “Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 59, Y: 2010, Sy: 1, s. 43.

ilişkin bir azami süre belirlenirken, temel süreden daha uzun bir uzatma süresi öngörülmesi, azami süre kurumunun bizatihi kendisiyle çelişmektedir. Azami süre getirmenin amacı zaten, makul sürede serbest bırakılma hakkının ihlal edilmesinin ve tutuklamanın cezaya dönüşmesinin engellenmesidir. Oysa, temel süreden daha uzun bir uzatma süresinin belirlenmesi, tutuklama için azami süre getirilmesini baştan anlamsızlaştırmakta ve işlevsizleştirmektedir. Nasıl ki 90 dakikalık bir futbol maçında, oyunun çeşitli sebeplerle durması nedeniyle maç süresine eklenen uzatma süresi, maç süresinin kendisinden uzun olamazsa; tutuklulukta azami süreye dâhil olan uzatma süresi de, temel süreden uzun olmamalıdır!

Bununla birlikte, Türk hukukunda egemen olan görüş, ağır cezalı işlerde azami tutukluluk süresini $2+3 = 5$ yıl olarak kabul eden görüştür. Kanunda uzatma süresinin açıkça üç yıl olarak belirlendiğini ve Kanunun “lafzını” esas almak gerektiğini ileri süren bu görüş, uygulama tarafından da kabul edilmiş ve gerek Yargıtay kararlarında⁹⁴ gerekse bireysel başvuru yoluyla konuyu inceleyen AYM kararlarında⁹⁵, ağır cezalı işlerde azami tutukluluk süresinin $2+3 = 5$ yıl olarak benimsenmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, OHAL sürecinde çıkartılan 694 sayılı KHK (md. 141) ile tutukluluk sürelerine ilişkin olarak da bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, TCK'nın İkinci Kitabının dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile TMK kapsamındaki suçlar yönünden, ağır cezalı işlerde -uygulamada 3 yıl olarak kabul edildiğini belirttiğimiz- uzatma süresi 5 yıla çıkartılmıştır. Diğer bir deyişle, bahse konu terörle bağlantılı suçlar yönünden tutukluluk süresi artık $2+5 = 7$ yıla çıkartılmış olarak uygulanacaktır⁹⁶. Tutukluluk süreleri kapsamında değinilmesi gereken diğer bir sorunlu alan, tutukluluk sürelerinin hesaplanmasına ilişkin olarak “hükmen tutukluluk” olgusuna ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır.

Şöyle ki, tutukluluk süresinin hesaplanmasında başlangıç anı olarak, kişinin göz altına alınmak suretiyle fiilen kişi özgürlüğünden yoksun bırakılması anının esas alınacağı hususunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte; tutukluluk süresinin sona ermesi noktasında ise, kişi hakkında yapılan yargılama sonucunda ilk derece mahkemesi tarafından bir

⁹⁴ YCGK, T: 12.04.2011 – E: 2011/1-51 – K: 2011/42.

⁹⁵ Örnek olarak bkz. AYM, Murat Narman Kararı, Başvuru No: 2012/1137, Paragraf 42; AYM, Veli Küçük Kararı, Başvuru No: 2013/6099, Paragraf 35; AYM, Doğu Perinçek Kararı, Başvuru No: 2013/5885, Paragraf 32.

⁹⁶ *Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri*, s. 63.

mahkûmiyet hükmü verilmesi durumunda, aynı zamanda tutukluluk hali devam eden bu sanık hakkında, tutukluluk süresinin işleyip işlemeyeceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uygulamada, hakkında ilk derece mahkemesi tarafından mahkûmiyet hükmü ile birlikte tutukluluğunun devamına karar verilen sanıklar, “*hüküm özlü*” veya “*hükmen tutuklu*” olarak anılmaktadır. Bu durumda olan sanıklar hakkında azami tutukluluk sürelerinin ne şekilde işletileceği hususunda AİHM’in 1968 yılında vermiş olduğu **Wemhoff vs. Almanya** kararında ulaştığı sonuçların, Türk hukuk uygulaması yönünden belirleyici etkileri olmuştur. AİHM, bu kararında özetle, ilk derece mahkemesi tarafından sanık hakkında mahkûmiyet kararı ile birlikte tutukluluğun devamına da karar vermiş ise; artık buradaki tutukluluğun, makul sürede serbest bırakılma hakkına ilişkin AİHS md. 5/3 kapsamına değil ancak, yetkili mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararı sonrasında tutulmayı düzenleyen AİHS md. 5/1-a kapsamına girdiğini kabul etmiştir⁹⁷. Buradan hareketle, kanun yollarına başvurma aşamasında gecikme nedeniyle, mahkûmiyet kararı sonrasında tutukluluk süresinin uzunluğundan şikayetçi olmak için gerekçesi olan bir sanık, makul sürede serbest bırakılma hakkına ilişkin AİHS md. 5/3’ten yararlanamaz ancak –koşulları oluşmuşsa- AİHS md. 6/1 uyarınca makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilir⁹⁸.

AİHM’in azami tutukluluk süresini belirlenmesine ilişkin hesaplamayı yalnızca davanın ilk derece mahkemesinde görülmesi ile sınırlayan ve kanun yolları aşamasını tutukluluk süresinin dışında bırakan bu yaklaşımı, Türk hukuk uygulaması tarafından da benimsenmiş ve konuya ilişkin gerek Yargıtay içtihatlarında gerekse AYM bireysel başvuru kararlarında, AİHM referans alınmıştır.

Bu kapsamda sözgelimi YCGK bu yöndeki görüşünü şu gerekçeler ile savunmaktadır: “*Tutukluluk sürelerinin hesabında yerel mahkeme tarafından hüküm verilinceye kadar geçen süre dikkate alınmalı, buna karşın yerel mahkeme tarafından hüküm verilmesinden sonra tutuklu sanığın hükmen tutuklu hale gelmesi nedeniyle temyizde geçen süre hesaba katılmamalıdır. Zira hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı*

⁹⁷ Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 240.

⁹⁸ Harris- O’Boyle - Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 138. *YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

*suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır*⁹⁹.

Benzer şekilde bireysel başvuru yoluyla konuyu inceleyen AYM'nin de, aynı sonuca şu gerekçeler ile ulaştığı tespit edilebilir: “Kişi serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkum olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla tutukluluk hali sona erer. Çünkü bu durumda kişinin hukuki durumu “bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu” olma kapsamından çıkmaktadır. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki esaslı fark bunu gerektirir. Bu açıdan mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması ayrıca gerekmez. Nitekim gerek AİHM gerekse Yargıtay, mahkûmiyet kararı sonrası tutulma halini tutukluluk olarak nitelendirmemektedir”¹⁰⁰.

Kanımızca CMK sistemi bir bütün olarak yorumlandığında, AİHM'in Wemhoff kararı ile ulaştığı çıkarım Türk hukuku açısından uygulanabilir değildir ve bu itibarla konuyla ilgili yukarıda değinilen gerek YCGK gerekse AYM bireysel başvuru kararlarına katılma olanağı yoktur.

Şöyle ki, AİHM'in tutuklulukta geçen süreyi ilk derece mahkemesinin kararı ile sınırlandırılmasının temel nedeni, AİHS md. 5/1-a'da düzenlenen “mahkûmiyet hükmü” (*conviction*) terimine yüklediği anlamdan kaynaklanmaktadır ve bu şekildeki bir anlamlandırma ise Türk iç hukuk düzeni ile uyumlu değildir. Çünkü, CMK sisteminde kişi hakkında verilen mahkûmiyet hükmü ancak kesinleşmesi durumunda bir hükümlülük neticesi yaratır ve haklarında ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş mahkûmiyet hükmü bulunan kişiler, bu hüküm kesinleşinceye dek “sanık” statüsünü muhafaza ederler. Gerçekten, CMK md. 2 uyarınca kovuşturma evresi, iddianamenin kabul edilmesiyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen aşamaların tümünü kapsar. Benzer şekilde, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 4. maddesinde de mahkûmiyet hükümlerinin kesinleşmedikleri sürece infaz olunamayacakları belirtilmiştir. Bu itibarla, Türk hukukunda ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verilmesinden sonra gelişen kanun yolları aşaması da kovuşturma evresine dâhil olduğu için, bu aşamada da kişinin hukuksal statüsü halen

⁹⁹ YCGK, T: 11.04.2011, E: 2011/1-51 – K: 2011/42 (Kazancı Bilgi İçtihat Bankası). Karar incelemesi için bkz. Mural Balcı, “Tutukluluk Süreleri ve Temyiz Aşaması”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 85, Sy: 6, 2011, s. 34 vd.

¹⁰⁰ AYM, Korcan Polatsü Kararı, Başvuru No: 2012/726, Paragraf 33. AYM'nin aynı yöndeki daha güncel kararları için örnek olarak bkz. AYM, Hikmet Çiçek Kararı, Başvuru No: 2013/5884, Paragraf 39; AYM, Hasan Atilla Uğur Kararı, Başvuru No: 2013/5924, Paragraf 43.

“sanık”tır ve kişi “hükümlü” statüsüne geçmiş değildir. Eğer ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmü ile birlikte tutukluluk halinin devamına da karar verilmiş ise, kanun koyucu bu “araf” dönemde bulunan sanığın hukuksal statüsüne ilişkin ayrıca özel bir belirlemede bulunmadığı için, bu kişi halen yalnızca bir “tutuklu sanık” statüsündedir. Bu durumda, AİHM’in Wemhoff içtihadından yola çıkarak, CMK sisteminde henüz hükümlü statüsünü kazanmamış olan bir tutuklu sanığın, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının gerekçesi olarak *-mevcut bulunmayan-* bir hükümlülük haline dayanılması, hukuken hiçbir biçimde mümkün olamamalıdır¹⁰¹. Zaten -ne yazık ki uygulamayı tesiri altına almış olan- aksi yöndeki yorumun, Türkiye’de fiilen zaten peşin ceza olarak uygulanmakta olan tutuklama tedbirinin, hukuken de peşin bir ceza şekline dönüşmesini kaçınılmaz olarak meşrulaştırmak gibi fevkalade vahim bir neticeye yol açtığı gözden uzak tutulmamalıdır¹⁰².

3. KATALOG SUÇ SİSTEMİ SORUNU

CMK sisteminde bir şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için; kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması aranır. Tutuklama nedenleri konusunda ise, kanun koyucu keyfi ve yaygın tutuklama uygulamalarının önüne geçebilmek için, daraltıcı bir yaklaşımla, CMK md. 100/2’de tutuklama nedenlerini şu şekilde sınırlamıştır:

- Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı (*Kaçma şüphesi*);
- Şüpheli veya sanığın davranışları ile delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme ve tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunması (*Delillerin karartılması tehlikesi*).

CMK sisteminde tutuklama nedenleri tespit edildikten sonra, CMK md. 100/3’de ise, yasal bir karine olarak “katalog suçlar” sistemi benimsenmiştir.

Buna göre, CMK md. 100/3’de sınırlı sayı (*numerus clausus*) esasına göre tüketici mahiyette sayılan belirli suçların işlendiği hususunda kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde, şüpheli veya sanık hakkında kaçma

¹⁰¹ Özen İnci, “Tutukluluk ve Hükümlülük Arasında Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, Ceza Hukuku Dergisi, Sy: 24, Ağustos 2014, s. 107.

¹⁰² Muharrem Özen - Devrim Güngör - Güneş Okuyucu Ergün, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 68, Sy: 2010/4, s. 183.

şüphesinin veya delilleri karartma tehlikesinin bulunduğu kabul edilebilir ve bu anlamda tutuklama nedeni **var sayılabilir**.

CMK md. 100/3'de benimsenen katalog suç modeli çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Bu kapsamda modele yönelik ilk eleştiri, anayasaya uygunluk yönünden ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, AY md. 19/3' göre, bir tutuklama kararının söz konusu olabilmesi için, kişinin;

-Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunması ve

-Kaçmayı, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadı veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan diğer hallerin bulunması gerekir.

CMK md. 100/3'de benimsenen katalog suç modeli ile ise, kaçma, delilleri karartma veya benzer bir tutuklamayı zorunlu kılan riskin varlığı "*anayasal risk koşulu*" aranmaksızın, tutuklama kararı verebilme imkanı getirilmesi itibarıyla, bu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Diğer yandan, koruma tedbirlerinin ortak ön koşulları arasında yer alan, gecikmede tehlikede bulunması koşuluna CMK md. 100/3'de yer verilmemesi karşısında, bu fıkrada sayılan katalog suçlar yönünden kategorik olarak tutuklama kararı verilmesinin anayasaya aykırı olduğu savunulmaktadır¹⁰³.

Katalog suç sistemine yöneltilen diğer bir eleştiri, kanun koyucu tarafından izlenen suç siyasetiyle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, Türk hukukunda bir yandan tutuklama tedbirine başvurmak için sıkı maddi ve biçimsel koşulların varlığı aranır iken; diğer yandan bu koşulların arkasından dolaşarak tutuklama tedbirinin uygulanması imkanı yaratılması, hukuk siyaseti açısından sorunlu ve kendi içerisinde çelişkili bir tercihi yansıtmaktadır. Nitekim bu gerekçeyle, Türk hukukuyla benzer şekilde tutuklama tedbiri yönünden katalog suç modelini benimsemiş olan Alman hukukunda bizzat Alman Anayasa Mahkemesi, katalog suç modeline dayalı tutuklama kararlarında dar yorumlamanın esas olması gerektiğini, hükmün lafzı değil ruhu esas alınarak hareket edilmesini ve katalog suçlardan yalnızca birini işlediği ileri sürülen şüpheli veya sanığın da, somut vakıada kaçma şüphesi veya delilleri karartma tehlikesine ilişkin somut olguların bulunmaması durumunda tutuklanamayacağını kabul etmektedir¹⁰⁴.

Katalog suç modeline yöneltilen diğer bir eleştiri, bu katalogun içerisinde yer verilen suç tiplerine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten katalog

¹⁰³ Tuğrul Katoğlu, "*Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar*", Ankara Barosu Dergisi, Y: 2001, Sy: 4, s. 22.

¹⁰⁴ Ünver - Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 588.

kapsamı çok geniş tutulmuş ve bu kapsama giren suçların hangi kriterlere göre belirlendiği noktasında –Kanun gerekçesinde– tatmin edici bir açıklama ortaya konulamamıştır. Gerçekten, katalogda yer alan suçlar incelendiğinde bu suç listesinin herhangi bir kriminolojik veriye dayalı olarak hazırlanan objektif bir mahiyetten uzak olduğu kolaylıkla tespit edilebilir.

Nihayet, katalog suç modeline ilişkin belki de en önemli eleştiri ise, bu düzenleme rejiminin yarattığı toplumsal algıyla ilgilidir. Çünkü her ne kadar Türk ceza adaleti mevzuatında bir “tutuklama mecburiyeti” kurumu hiçbir biçimde yer almasa da; CMK sisteminde kabul edilen tutuklama nedenlerinin varsayılabileceğine ilişkin katalog suç modeli ile getirilen yasal karineler, her daim tutuklamanın mecburi olduğu haller olarak anlaşılmış ve bu şekilde uygulanmıştır. Bu nedenle, bugün için CMK md. 100/3’de belirlenen “katalog suçlar” için uygulamada, tutuklamanın ihtiyarılığı değil, ancak mecburiliği anlayışı egemen bulunmaktadır. Kökeni geçmişe dayalı olan bu yanlış anlayış, Türk hukuk uygulamasında yerleşmiş ve hatta kemiklemiştir!

Bu itibarla, kanun koyucu tutuklama tedbirinin uygulanmasını hangi sıkı koşullara bağlı tutarsa tutsun, Kanunda tutuklama nedenlerinin var sayılabileceğine ilişkin “yasal karineler” mevcut oldukça, içeriği ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, bu yasal karinelerin varlığı halinde, tutuklama mecburiyeti varmış gibi uygulama yapma kültürü değişmeyecektir. Bu nedenle, naçizane önerimiz katalog suç modelinin kanundan çıkartılması ve tutuklama mevzuatında bir daha hiçbir biçimde yasal karinelere yer verilmemesi yönündedir.

4. TUTUKLAMADA GEREKÇE SORUNU

Yargılama makamları tarafından verilen her kararın bir gerekçeye dayanması esası, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin zorunlu bir sonucudur. Türk hukukunda da, hâkim veya mahkeme kararlarının gerekçeli olması anayasal bir kural olarak düzenlenmiştir. AY md. 141/3’de bu kural “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” şeklinde belirtilmiştir.

Bu anayasal kuralın ceza muhakemesindeki yansıması ise “Kararların Gerekçeli Olması” başlıklı CMK md. 34 hükmüdür. Bu hükme göre, hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dâhil, gerekçeli olarak yazılır. Bu genel hüküm çerçevesinde, ceza muhakemesi kapsamında verilen diğer tüm hâkim veya mahkeme kararları gibi, tutuklama tedbirine ilişkin kararlar da gerekçeli olarak verilmek durumundadır.

Bununla birlikte, kanun koyucu tutuklama tedbirini düzenlerken, CMK md. 34’de yer alan bu genel kural ile yetinmemiş ve tutuklama tedbirine ilişkin özel bir gerekçelendirme düzenlemesi getirmiştir.

Buna göre ilk olarak, CMK md. 101/1’de, tutuklama ile ilgili olarak henüz bir hâkim veya mahkeme kararı aşamasına gelinmeden, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından tutuklama isteminde bulunulması sırasında, bu istemin mutlaka gerekçeli olarak yapılması gerekliliği vurgulanmıştır.

Bunun yanı sıra, CMK md. 102/1’de ise, tutuklama kararı, tutuklamanın devamı kararı ve tahliye isteminin reddi kararlarının ise yalnızca gerekçeli olarak verilmesi zorunluluğunun belirtilmesi ile yetinilmemiş; ancak aynı zamanda bu kararlara ilişkin gerekçesinin hangi unsurları içermesi gerektiği de özel olarak belirtilmiştir. Buna göre, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

-Kuvvetli suç şüphesini

-Tutuklama nedenlerinin varlığını,

-Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller, somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir.

Kanun koyucunun, tutuklama tedbirine ilişkin kararlarda gerekçe gösterilmesi zorunluluğuna bu denli özenmesinin ve CMK md. 34’deki genel kuralın yanı sıra, salt tutuklama tedbirine özgü olarak hukuk tekniğine yabancı ve adeta “yargıya talimat” niteliği taşıyan böylesi bir hüküm ihdas etmesinin görünürdeki sebebi, tutuklama tedbirinin kişi özgürlüğüne yönelik en ciddi ve ağır sınırlandırmayı içeren tedbir niteliği taşımasıdır. Bu sebep, doğru ve anlaşılabilir olmakla birlikte, bu özel gerekçe düzenlemesini izah etmek için tek başına asla yeterli değildir. Çünkü gerçekte, gerekçe göstermeye ilişkin bu tarz bir özel “yargıya talimat” düzenlemesi öngörülmesinin temelinde, Türk hukuk uygulamasında tutuklamaya ilişkin kararların verilmesinde gerek AİHM içtihatları gerekse anayasal ve yasal düzeyde belirtilen somut olgulara dayalı gerekçe gösterilmesi zorunluluğuna karşı kemikleşmiş ve açıklanması zor bir uygulama direnişinin varlığı yatmaktadır.

Gerçekten Türk hukukunda tutuklamaya ilişkin kararlarda yerleşik uygulama, gerekçe adı altında, yalnızca şu gibi şablon ifadelerin tümünün veya bir kısmının birlikte kullanılmasından ibarettir: “*Dosyadaki mevcut delil durumu, yüklenen suçun niteliği, suçun katalog suçlar arasında sayılmış olması, kaçma ihtimalinin bulunması, delillerin henüz tam olarak toplanamamış oluşu, delilleri karartma ihtimalinin bulunması vb....*”. Oysa tutuklamaya ilişkin kararlarda bu örneklerdeki gibi yetersiz gerekçeler

gösterilmesi AİHM içtihatlarında ve AYM bireysel başvuru kararlarında birer kişi özgürlüğü ihlali olarak kabul edilmektedir. AİHM'in geçmişten bugüne gelen istikrarlı içtihatlarında tutuklamaya ve tutukluluğun devamına ilişkin kararların hukuksal açıdan gerekli ve yeterli gerekçe ile desteklenmesi gerekliliği üzerinde ısrarla durduğu tespit edilebilir¹⁰⁵. Bu kapsamda şayet tutukluluğun devamına karar veriliyor ise kuvvetli suç şüphesinin ve bu şüphenin varlığını ortaya koyan tutuklama nedeninin halen devam ediyor olması, olmazsa olmaz bir koşul olarak kabul edilmektedir¹⁰⁶. Bir örnekle ifade etmek gerekirse, söz gelimi tutukluluk halinin devamına ilişkin kararda “kaçma şüphesinin varlığı” gibi bir ibarenin kullanılması ile yetinilemez; bu kararda aynı zamanda kaçma şüphesinin gerçekten mevcut bulunduğunu tespit eden ve şüpheli ya da sanığın kaçma olasılığının yargılamanın devamının sağlamak üzere tutuklu halde bulundurulmasını haklı gösterecek ölçüde yüksek olduğunu ortaya koyan diğer somut verilerin de açık bir biçimde gösterilmesi gerekir. Bu itibarla, tutukluluğun devamına kararlarında, belirtilen şekilde her vakıanın kendi sürekliliği içerisinde ele alındığın gösteren özel bir özen ve araştırmaya dayanmayan, salt “*suçun niteliği, kaçma şüphesinin veya delilleri karartma tehlikesinin varlığı*” gibi basmakalıp ifadelerin, stereotip şekilde tekrarlanması, tutukluluğun devamına ilişkin kararı haklı ve meşru kılmak için asla yeterli değildir. Nitekim AİHM tarafından bu gibi durumlarda, eksik ve yetersiz gerekçelendirilen tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlar neticesinde ortaya çıkan tutuklu yargılanma süresinin uzunluğunun, AİHS md. 5/3 uyarınca makul sürede serbest bırakılma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle mahkûmiyet kararı verilmesi yerleşik bir uygulamadır¹⁰⁷.

Kanun koyucu, bu sorunsalı çözmek üzere 2012 yılında 6352 sayılı Kanun ile CMK md. 101/2'ye -yukarıda vurgulandığı üzere- tutuklama kararlarının nasıl gerekçelendirilmesi gerektiği hususunu içeren şekilde yeni bir düzenleme öngörmüş olmasına karşın; bu düzenleme dahi “tutuklamada gerekçe sorunu”na çare getirebilmiş değildir.

¹⁰⁵ Letellier v. Fransa, Başvuru No: 12369/86, T: 26.06.1991, Paragraf 35.

¹⁰⁶ Ilijkov v. Bulgaristan, NO: 33977/96, T: 26.07.2001, Paragraf 77.

¹⁰⁷ AİHM tarafından, tutuklama kararlarına ilişkin olarak eksik ve yetersiz gerekçeye dayanılarak Türkiye aleyhine verilen çok sayıda kararların bazıları şu şekilde örneklendirilebilir: Demirel v. Türkiye, T: 28.01.2003, Başvuru No: 39324/98, Paragraf. 59; Mansur v. Türkiye, T: 08.06.1995, Başvuru No: 14/1194/461/542, Paragraf. 57; Dereci v. Türkiye, T: 24.05.2005, Başvuru No: 77845/01, Paragraf. 38; Ağdaş v. Türkiye, T: 28.05.2009; Başvuru No: 77331/01, Paragraf. 33.

Kanımızca, bir ceza muhakemesi koruma tedbiri olan tutuklama kurumuna, bu niteliğinin çok ötesinde bir amaç ve işlev yüklenen hukuk kültürü süreç içerisinde terk edilmediği müddetçe; getirilen tüm düzenlemelere rağmen, tek tip ve basmakalıp gerekçelerle verilen tutuklamaya ilişkin kararların önünün alınabilmesi mümkün gözükmemektedir. Buradaki sorun bir mevzuat sorunu değil, bir hukuk kültürü sorunudur. Bu nedenle yapılması gereken bu konudaki hukuk kültürünün sürece yayılarak dönüştürülmesini sağlamak üzere tedbirlerin alınmasıdır. Bu kapsamda ilk olarak, konuyla ilgili verilen AİHM ve AYM içtihatlarının başta kanun uygulayıcısı olan hâkimler olmak üzere tüm ceza adaleti sisteminin bileşenleri tarafından öğrenilmesini sağlamak; diğer bir ifadeyle bu içtihatlarla ilişkin farkındalığın oluşturulmasını ve içtihatlarda benimsenen ilkelerin içselleştirilmesinin sağlanmasıdır. Sonrasında ise, hâkim ve mahkemelerin tutuklamaya ilişkin kararlarında belirtilen içtihatlarla aykırı nitelik taşıyan eksik ve yetersiz nitelikteki kararların izlenmesini, ardından bu kararların bozulmasını veya ortadan kaldırılmasını sağlayacak etkili bir takip mekanizmasının hayata geçirilmesi gerekmektedir.

5. TUTUKLAMANIN DENETİMİ SORUNU

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına en ağır kısıtlamayı getiren tedbir olması itibarıyla tutuklama tedbirine ilişkin kararlara karşı, CMK sisteminde kanun koyucu tarafından, bir yandan bu kararın muhataplarına itiraz kanun yoluna başvurma imkânı tanınmış; diğer yandan ise, bu tedbirin ağırlığını gözeterek, tutuklamaya ilişkin kararların ayrıca re'sen denetlenmesi sistemi getirilmiştir. Bu başlık altında, önce, tutuklama kararına karşı itiraz kanun yolu denetimi ile, ardından ise re'sen denetim yoluyla ilgili ortaya çıkan sorunlara kısaca değinilecektir.

Bir yargılama makamı tarafından verilen herhangi bir kararın hatalı veya hukuka aykırı olduğu ileri sürüldüğünde, hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi amacıyla, bu kararın daha yetkin bir yargılama makamı tarafından denetlenmesi, evrensel olarak benimsenmiş bir kuraldır.

CMK sisteminde tutuklama tedbirine ilişkin tüm kararlara, diğer bir deyişle tutuklamaya, tutukluluğun devamına, Cumhuriyet savcısının tutuklama veya tutukluluğun devamı isteminin reddine veya tutuklama yerine adli kontrol tedbirinin uygulanmasına karşı başvurulabilecek kanun yolu "itiraz" kanun yoludur (CMK md. 104/2-105). İtiraz kanun yolu bir olağan kanun yoludur ve bu itibarla itiraz kanun yoluna (olağan) kanun yollarına başvurma hakkına sahip bulunanlar tarafından başvurulabilir.

CMK md. 260/1’de kanun yollarına başvurma hakkına sahip olan bu kişiler, Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanlar şeklinde tespit edilmiştir.

Tutuklamaya ilişkin kararlara yapılacak itiraz kanun yolu başvurusunun hangi merci tarafından inceleneceği hususu, kararın verildiği muhakeme evresine göre değişkenlik göstermektedir.

Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanması kararı, CMK md. 101/1 uyarınca Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından verilir. Sulh ceza hakiminin vermiş olduğu tutuklama kararına veya Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminin reddi kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir. 2014 yılında 6545 sayılı Kanun değişikliğinden önce, soruşturma evresinde –tutuklamaya ilişkin kararları da kapsar şekilde- sulh ceza *mahkemesi* tarafından verilen kararlara yapılan itirazları inceleme yetkisi, yargı çevresinde bulunan asliye ceza mahkemesi hâkimine aitti. Ancak anılan Kanun değişikliği ile, öncelikle sulh ceza mahkemeleri kaldırıldı ve bu mahkemelerin yargılamaya ilişkin görevleri asliye ceza mahkemelerine; arama, el koyma ve tutuklama gibi soruşturma işlemlerine ilişkin görev ve yetkileri ise, yeni kurulan sulh ceza hâkimliklerine verildi. Bunun yanı sıra, soruşturma evresinde tutuklamaya ilişkin verilen kararlara karşı yapılan itirazların incelenmesi usulü de değiştirildi. 6545 sayılı Kanun ile sulh ceza hâkimliği kararlarına karşı itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen sulh ceza hâkimliğine; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek bir sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerde tek bir sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yer sulh ceza hâkimliğine verildi. Bunun yanında, CMK md. 268/3-b’de salt tutuklama tedbirine özgü bir hüküm getirildi ve itiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararına itiraz edilmesi halinde, yukarıda belirtilen usulün uygulanacağı vurgulandı; ancak buna ek olarak, ilk tutuklama istemini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez, şeklinde bir kural getirildi.

Kanımızca, 6545 sayılı Kanun’la değişen itiraz inceleme usulü ile, tutuklama tedbirini de kapsar şekilde soruşturma işlemlerine ilişkin olarak bir sulh ceza hâkimliğinin vermiş olduğu karara yapılan itirazın aynı nitelik ve derecedeki diğer bir sulh ceza hâkimliği tarafından incelenmesi, itiraz

kanun yolunun ruhuna açıkça aykırı olan, kabul edilemez nitelikte bir düzenlemedir¹⁰⁸. Sulh ceza hâkimliğinin tutuklamaya ilişkin kararlarını da kapsar şekilde soruşturma işlemlerine ilişkin tüm kararlarının mutlak surette daha üst nitelikteki başkaca bir yargılama mercii tarafından denetlenmesi gerekir. Bu yeni getirilen usul, aynı zamanda kanun yolu muhakemesinin temel amacı olan bir mahkeme tarafından verilen kararın başka bir mahkeme tarafından denetlenmesi imkânını işlevsizleştirilmesi itibarıyla da, AY md. 36'da düzenlenen "hak arama hürriyeti"ni ihlal eder niteliktedir¹⁰⁹.

Tutuklama kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurulması imkânı, tutuklamaya ilişkin kararların hukuka uygunluğunu denetlemek yönünden elzem bir kurum olmakla birlikte; tutuklamaya ilişkin kararın öğrenilmesinden itibaren yedi gün içerisinde başvurulması gereken bir yol olması nedeniyle, soruşturma veya kovuşturmanın ilerleyen safhalarında tutuklama koşul ve nedenlerinin halen mevcut olup olmadığının denetimine pek elverişli değildir. Bu nedenle, kanun koyucu, her somut vakıada tutukluluk halinin devamına gerek olup olmadığının denetlenmesi açısından, herhangi bir başvuruya gerek olmaksızın kendiliğinden işletilen bir denetim mekanizması olarak "tutuklama kararlarının re'sen denetlenmesi" şeklinde bir kurum ihdas etmiştir. CMK md. 108'de düzenlenen re'sen inceleme kurumu uyarınca, şüpheli veya sanığın tutukluluk halinin devam ettiği hallerde, en geç otuzar günlük periyotlar halinde gerek soruşturma gerekse kovuşturma evresinde tutuklama koşul ve nedenlerini ortadan kaldıran gelişmelerin varlığı araştırılmakta ve zaman içerisinde tutuklama kararı verilmesi anındaki durumu şüpheli veya sanık lehine değiştiren yeni koşulların oluştuğunun tespiti halinde, tutuklama tedbirine son verilerek kişi salıverilmektedir.

Soruşturma evresinde tutukluluk halinin re'sen denetlenmesi CMK md. 108/1'de düzenlenmiş olup, şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük aralıklarla tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda sulh ceza hâkimi tarafından "*şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle*" karar verilmesi söz konusudur. Soruşturma evresinde re'sen denetim yapılırken şüpheli veya müdafii dinlenilmesi zorunluluğu, 2013 yılında 6459 sayılı Kanun değişikliği ile CMK sistemine eklenmiş olup; bu şekilde, değişiklik öncesinde salt yasal bir zorunluluktan kaynaklanan ve kalem personeli tarafından "tutukluluğun devamına" şeklinde önceden hazırlanan denetim(!) yazısının hâkim tarafından

¹⁰⁸ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. VIII

¹⁰⁹ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 322.

imzalanmasından ibaret olumsuz uygulama örneklerine son verilmek istenmiştir. Bununla birlikte, yapılan değişiklik ile getirilen Kanun'daki açık düzenlemeye karşın, özellikle OHAL sürecinde soruşturma evresinde yapılan re'sen denetimlerde bu yükümlülüğe riayet edilmediği ve şüpheli veya müdafii bulunmaksızın, salt dosya üzerinden tutukluluğun devamı kararı verildiği şikayetleri ne yazık ki halen devam etmektedir. Bu gibi kanuna aykırı uygulamalarla karşılaşıldığında, özellikle müdafiler tarafından hiç tereddüt yaşamaksızın durumun derhal tutanak altına alınması ve ardından gerek Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda gerekse Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na şikâyet bildiriminde bulunulması gerektiği düşüncesindeyiz.

Kovuşturma evresinde tutukluluk halinin re'sen denetlenmesi ise CMK md. 108/3'de düzenlenmiş olup; hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda ve koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında veya CMK md. 108/1'de belirlenen süre içerisinde karar verir. 6459 sayılı Kanun ile tutukluluk halinin re'sen denetlenmesi sırasında şüpheli veya müdafinin dinlenilmesi koşulu salt soruşturma evresine özgü olarak düzenlendiği için, kovuşturma evresinde gerçekleşen re'sen denetleme yönünden böyle bir yükümlülük söz konusu değildir. Bu durum kanımızca kovuşturma evresindeki re'sen denetim kurumunun etkinliği yönünden bir eksiklik ve soruşturma evresine ilişkin getirilen bu imkanın, özellikle duruşmalarda yüz yüzelik ve vasıtasızlık ilkelerinin egemen olduğu kovuşturma evresine de genişletilmesi yerinde olacaktır. Gerçekten, re'sen denetimi yapan merciin tutuklama koşul ve nedenlerinde bir değişiklik olup olmadığını değerlendirebilmesinin en sağlıklı yolu, sanık veya müdafii ile yüz yüze gelmesi ve onları dinledikten sonra bir sonuca ulaşmasıdır.

CMK md. 2/f uyarınca kovuşturma evresi, iddianamenin kabulünden başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi kapsadığına göre, ilk derece mahkemesi tarafından işin esasına ilişkin bir hüküm verildikten sonra, hükmün kesinleşmesine kadar geçecek olan kanun yolları evresinde tutukluluk halinin re'sen ne şekilde denetleneceği hususu da, kovuşturma evresinin bir parçasını teşkil etmektedir. Bu açıdan, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen ilk hükümlerle birlikte tutukluluğun devamına karar verilmiş ise, tutukluluk halinin CMK md. 108/3 uyarınca aynı esaslarla re'sen denetlenmesi gerekir. Şu hâlde, kovuşturma evresinde ilk derece mahkemesinin esasa ilişkin kararından sonra ortaya çıkan tutukluluk denetlemesi bölge adliye mahkemesi ve sonrasındaki süreçte ise Yargıtay tarafından karara bağlanacaktır. Dosya önüne gelen bölge adliye mahkemesi

veya Yargıtay ilgili dairesi, ilk derece mahkemesi gibi isteme bağılı olmaksızın da re'sen tutuklu sanığın salıverilmesine karar verebilir.

III. CEZA ADALETİNİN BAZI BİTMEYEN TARTIŞMALARI

1. ÖLÜM CEZASI TARTIŞMALARI

a. Genel Olarak

Türkiye, izlemiş olduğu suç ve ceza politikasının bir sonucu olarak, ölüm cezasının ulusal mevzuatından tümüyle kaldırılmasına ilişkin tercihini 21. yüzyılın hemen başında net bir biçimde yapmış ve bu konuda kendisini uluslararası sözleşmeler ile bağittanmış olmasına karşın; ölüm cezası tartışmaları hukuki değil; ancak siyasi bir fenomen olarak, güncel siyasi tartışmaların olağan bir gündem maddesi olarak güncelliğini korumaya devam etmektedir. Ölüm cezası konusu özellikle kamuoyunda hassasiyet ve infial yaratan hemen her kriminal vakıadan sonra siyasetçiler tarafından yeniden hamaset konusu yapılmakta ve ölüm cezasının geri getirilmesine çağrılar, uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri çigneme pahasına yeniden gündeme taşınmaktadır.

Aşağıda, siyasi hesaplarla girişilen bu tehlikeli oyunun olası sonuçları irdelenmeden önce, dünyada ölüm cezası uygulamalarına ilişkin güncel durum ve ölüm cezasının kaldırılması noktasında Türkiye'nin tarafı olduğu ulusal üstü normlara ilişkin genel bilgiler ortaya konulacaktır.

b. Dünyada Ölüm Cezası Uygulamalarına İlişkin Güncel Durum

Aydınlanma Çağı ile ortaya çıkan ölüm cezasının kaldırılması eğilimi, 20. yüzyılın özellikle son çeyreği ile birlikte ulusal hukuk düzenlerinde giderek artan şekilde karşılık bulmuştur. Söz gelimi 1976'da Portekiz, 1978'de Danimarka, 1979'da Lüksemburg, Nikaragua ve Norveç, 1981'de Fransa ile gelişmeye başlayan bu süreç ile gelineen noktada, 2016 yılı sonu itibarıyla dünya üzerinde **104 ülke** ölüm cezasını hiçbir istisnaya yer bırakmaksızın ulusal hukuk düzeninden çıkartmıştır¹¹⁰. Bunlara, ölüm cezasını barış döneminde yürürlükten kaldırmış olan 7 ülkeyi ve mevzuatında ölüm cezasına yer vermekle birlikte, bu cezayı "de facto" prensip olarak uygulamayan 31 ülkeyi de dahil ettiğimizde, 2016 yılı

¹¹⁰ <https://deathpenaltyinfo.org/abolitionist-and-retentionist-countries> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

sonunda ölüm cezasının dünya üzerindeki **141 ülkeden** silinmiş olduğu tespit edilebilir¹¹¹.

Diğer bir deyişle, bugün için dünya üzerindeki her 3 ülkeden 2'sinde ölüm cezası yoktur ve bu gidişat, ölüm cezasının evrensel düzeyde kaldırılması ve yeryüzünden mutlak şekilde silinmesi yönündeki girişimleri de cesaretlendirmektedir¹¹².

Bununla birlikte, halen ölüm cezasını uygulamakta olan 58 ülkedeki uygulamalara bakıldığında ise, dünyanın bir bölümünde halen karanlık bir tablonun hüküm sürdüğü görülmektedir. Uluslararası Af Örgütü tarafından düzenli olarak yayınlanan raporlar çerçevesinde, 2016 yılı sonundaki verileri gösteren eldeki son istatistik bilgilerine göre 2016 yılında dünya üzerinde hakkında ölüm cezası bulunan **1032 kişinin** infaz edildiği tespit edilebilir. 2015 yılında bu rakamın **1634** olduğu göz önüne alındığında, ölüm cezalarının infazında bir önceki yıla göre % 37 oranında bir gerileme olduğu görülmektedir. En fazla sayıda infazın Çin'de gerçekleştiği bilinmekle birlikte, bu ülkede infaz verilerinin devlet sırrı sayılması nedeniyle, gerçek rakamın ulaşılabilenden çok daha fazlası olduğu tahmin edilmektedir. İnfaz verileri kaydedilebilen ülkeler arasında İran, 567 kişinin infazı ile tüm dünyadaki kayıtlı infazların %55'ini tek başına gerçekleştirmiştir. Bununla birlikte, İran'da 2015 yılında 977 kayıtlı infazın gerçekleştirildiği göz önüne alındığında, bu ülkedeki ölüm cezası infazlarında bir önceki yıla göre %42 gibi çarpıcı bir düşüşün yaşandığı tespit edilebilir. İran ile birlikte Suudi Arabistan, Irak ve Pakistan dünya üzerindeki infazların %87'sinin gerçekleştiği ülkeler olarak göze çarpmaktadır. Yine 2016 yılı içerisinde, 55 farklı ülkede yargılanan **3117** kişi hakkında ölüm cezası kararı verilmiştir ve bu kişilerle birlikte, halen dünya üzerinde **18848** kişi infaz edilmek üzere "ölüm koridoru"nda beklemektedir¹¹³.

¹¹¹ Ölüm cezasını istisnasız olarak kaldıran, yalnızca barış zamanına özgü olarak kaldıran ve "de facto" olarak uygulamayan ülkeler listesi için bkz. <https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5038312016ENGLISH.PDF> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

¹¹² Ölüm cezasının evrensel düzeyde kaldırılması için oluşturulan uluslararası akademik ağ ve çalışmalarını için bkz. <http://www.academicsforabolition.net/> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

¹¹³ <https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5057402017ENGLISH.PDF> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

c. Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Ulusal üstü Normlar

Dünyada, ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik mücadelenin ilk yapı taşları Beccaria, Rousseau ve Voltaire gibi Aydınlanma düşünürleri tarafından inşa edilmiş olmakla birlikte, ulusal hukuk düzenlerinde bu yönde bir eğilimin belirginleşmesi 20. yüzyılın ikinci yarısında ve özellikle son çeyreğinde gerçekleşmiştir. Özellikle iki büyük dünya savaşının insanlığa yaşattığı acı deneyimlerin ardından gelişen evrensel barış arayışı süreci, temel insan hak ve özgürlüklerinin korunmasını amaçlayan başlıca ulusal üstü insan hakları belgelerinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu insan hakları belgeleri içerisinde, inceleme konumuz yönünden özellik gösterenler ise, salt ölüm cezasının kaldırılmasına özgülünen ulusal üstü insan hakları metinleridir.

Evrensel ölçekte ölüm cezasının kaldırılmasına özgülünen temel metin, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin (BMMSHS) Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin İkinci Seçmeli Protokolü'dür. 1991 yılında yürürlüğe giren bu Protokolde, ölüm cezasının barış zamanında mutlak surette kaldırılması öngörülmekte ve ölüm cezası istisnası ise yalnızca savaş sırasında, yalnızca çok ciddi nitelikteki askeri suçlara özgü olarak tanınmaktadır¹¹⁴. Türkiye, bu Protokolü 04.06.2004 tarihinde imzalamış ve sonrasında 02.11.2005 tarihinde Resmî Gazete'de "Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşmeye Ek İkinci İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun" yayımlanmıştır. Protokol, Türkiye yönünden 02.06.2006 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

Bölgesel ölçekte ölüm cezasının kaldırılması konusuna özgülünen metinler ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. ve 13. Ek Protokolleri ile Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ölüm Cezasını İlgâ Edilmesi Protokolü'dür. Bunlar içerisinde AİHS'in Ek protokolleri Türkiye açısından sonuç doğurmaları itibarıyla özellikle incelenmelidir.

AİHS'in 1985 yılında yürürlüğe giren 6. Ek Protokolü ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin olarak -tıpkı yukarıdaki BMMSHS İkinci Seçmeli Protokolü gibi- barış zamanı ve savaş zamanı şeklinde kategorik bir ayırım getirmekte ve barış zamanında ölüm cezasını mutlak şekilde kaldırmaktadır. Buna karşın ölüm cezası istisnası ise, yalnızca savaş zamanında veya yakın savaş tehdidi durumunda tanınabilir. Bu istisnai kategorinin yaratılmasının temel nedeni ise, barış zamanında ölüm cezasını kaldırma eğilimi

¹¹⁴ Semih Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, 2. Baskı Kavram Yayınları, 1994, s. 117.

göstermekle birlikte, savaş zamanı veya yakın savaş tehdidi durumunda bu cezayı halen muhafaza etmek isteyebilecek taraf devletlerin, bu Protokole taraf olabilmelerinin önünü açabilme çabasından ibaret bulunmaktadır. Protokolün 3. maddesinde taraf devletlerin Protokol hükümlerinden sapma yapması yasaklanmış ve 4. maddesinde ise Protokol hükümlerine hiçbir çekince konulamayacağı vurgulanmıştır. Protokol, halihazırda Avrupa Konseyi üyesi 46 ülke tarafından onaylanmıştır¹¹⁵. Türkiye, bu Protokolü 15.01.2003 tarihinde imzalamış ve sonrasında 01.07.2003 tarihli Resmî Gazete’de “11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesine Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek Protokol 6 No’lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun” yayımlanmıştır. Protokol, Türkiye yönünden 01.12.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

AİHS’in 2003 yılında yürürlüğe giren 13. Ek Protokolü ise, -önceki 6. Ek Protokolden farklı olarak- ölüm cezasını hiçbir istisnai duruma yer bırakmaksızın mutlak şekilde kaldırmaktadır. Bu Protokol ile, önceki protokolde yer alan savaş zamanı-barış zamanı ayırımı bertaraf edilmiş ve ayrıca Protokolün 2. maddesi ile taraf devletlere, AİHS md. 15 uyarınca bu Protokol hükümlerinden sapma yapma hakkı tanınmadığı belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle bu Protokole taraf olan devletler, AİHS md. 15’de yer alan savaş zamanı ve diğer kamusal tehlike hallerinde “aykırı önlem” uygulayabilme yetkisinden mutlak şekilde yoksun bırakılmışlardır. Protokolün 3. maddesi ile ise, Protokol hükümlerine hiçbir çekince konulamayacağı belirtilmiştir. Protokol, halihazırda Avrupa Konseyi üyesi 44 ülke tarafından onaylanmış bulunmaktadır¹¹⁶. Türkiye de bu Protokolü 09.01.2004 tarihinde imzalamış ve sonrasında 12.10.2005 tarihli Resmî Gazete’de, “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek, Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 No’lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun” yayımlanmıştır. Protokol, Türkiye yönünden 01.06.2006 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

d. Türkiye’de Ölüm Cezası Tartışmalarının Olası Sonuçları

¹¹⁵ Protokolün orijinal metni ve imzalayan ülkeler için bkz. http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/114/signatures?p_auth=kpxwZhi3 (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

¹¹⁶ Protokolün orijinal metni ve imzalayan ülkeler için bkz. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/187/signatures?p_auth=mUzw2oX3 (Erişim Tarihi: 27.03.2018).
YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Türkiye’de siyasi maksatlarla sürekli gündemde tutulan ölüm cezası tartışmaları, özellikle Türkiye’nin taraf olduğu ölüm cezasının kaldırılmasına özgülmiş bölgesel sözleşmeler olan, AİHS Ek Protokol 6 ve Ek Protokol 13 yönünden önem taşımaktadır.

Çünkü bu her iki AİHS Protokolü de, taraf devletlere ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin hükümlerinden sapma yapmayı yasaklamaktadır. Diğer bir ifadeyle, terörizm veya diğer başkaca kamusal tehlikelere dayanılarak bu Protokollere “aykırı önlem” getirilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde her iki Protokolde de, çekince koyma yasağı açık bir biçimde düzenlenmiştir. Nihayet, her iki Protokol metninde, bu Protokollerin feshedilmesine ilişkin herhangi bir usul de öngörülmemiştir. Başka bir deyişle, bu Protokollere taraf olup olmamak her devletin kendi tercihidir ancak herhangi bir taraf devlet bir kez bu Protokollere taraf olma iradesini ortaya koymuş, tercihini bu yönde kullanmışsa artık bu yolda geri dönüş yoktur ve bu Protokoller tüm taraf devletler yönünden ilelebet bağlayıcıdır. Bu durumda, Türkiye’nin iç hukuk düzeninde ölüm cezasını yeniden diriltmeye yönelik girişebileceği herhangi bir yasal düzenleme teşebbüsü, taraf olduğu bu sözleşme metinlerinin mutlak ihlali niteliği taşıyacaktır.

Ölüm cezasının kaldırılmasına özgülünen bu Protokollerin biri 46 diğeri ise 44 Avrupa Konseyi üyesi ülke tarafından onaylanmış olmakla birlikte; - tespit edilebildiği kadarıyla- bu ülkelerden birini yönetenlerin, altına imza attıkları ve usulüne uygun olarak onaylamak suretiyle tarafı oldukları bu ulusal üstü sözleşmeleri ihlal etme kararlılığını dile getirmeleri, bugüne kadar görülmüş, duyulmuş bir durum değildir. Dolayısıyla, Türkiye’de siyasal iktidar eliyle yükseltelen ölüm cezası taleplerinin, Avrupa Konseyi bünyesinde olumsuz anlamda örneği görülmemiş “*unique*” bir fiili durum yarattığını vurgulamak gerekir. Ancak Türkiye’de siyasal iktidar tarafından ortaya atılan bu şifahi beyanların eyleme geçirilmesi ve ölüm cezasını diriltmeye yönelik olarak bir yasal düzenleme tasarrufuna girişilmesi halinde, bu girişimin Avrupa Konseyi bünyesinde yine örneği pek görülmemiş bir karşılık bulması da kaçınılmaz görünmektedir.

Somut olarak ifade etmek gerekirse, Türkiye’nin ölüm cezasını geri getirmesinin bedeli, 1949 yılında kurucu üye sıfatıyla katıldığı Avrupa Konseyi’nden çıkartılması ya da en iyi ihtimalle üyeliğinin askıya alınmasıdır. Bu durumda, Türkiye başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere Avrupa Konseyi bünyesinde insan haklarının korunmasına ilişkin tüm mekanizmalardan dışlanacak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkından da yoksun kalacağı için,

Türkiye Cumhuriyeti yurttaşları temel hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında tümüyle güvencesiz hale gelecektir.

Bu tarz bir durumun, yalnızca ölüm cezası bağlamında yaşama hakkı yönünden değil, ancak aynı zamanda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından din ve vicdan özgürlüğüne ve ifade özgürlüğünden mülkiyet hakkına kadar AİHS ve Ek Protokollerinde düzenlenmiş olan tüm temel hak ve özgürlükler açısından telafisi asla mümkün olmayan zararlar üreteceği ve toplumsal yaşamı sürdürülemez kılan bir “hukukî güvensizlik” ortamı yaratacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Şu hâlde, taraf olunan uluslararası sözleşmeler çiğnenerek ölüm cezasının geri getirilmesi, Türkiye’de Tanzimat’tan bugüne kadar devam eden uygar dünyanın ve evrensel hukukun bir parçası olma idealinde radikal bir değişikliğe gidilmesi anlamını taşımakla birlikte; bu idealin yerine ikame edilebilecek, insan haklarının korunmasına yönelik başkaca bir kurumsal mekanizma da mevcut bulunmamaktadır. Diğer yandan, Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkartılma utancını yaşayan bir ülke olmanın, uluslararası camiada çok büyük itibar ve prestij kaybı yaratacağı ve bu durumun kaçınılmaz olarak son derece olumsuz ekonomik, sosyal ve kültürel neticelerle yüzleşmeyi gerektireceği de unutulmamalıdır.

B. CİNSEL SUÇLARIN ÖNLENMESİ YÖNÜNDEN YENİ(!) ARAYIŞLAR

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların ve özellikle çocukların cinsel istismarı suçlarının söz konusu olduğu birtakım vakıaların kitle iletişim araçları yoluyla toplum gündemine taşındığı hemen her olayda, bu vakıalara ilişkin olarak kamuoyunda bir infial oluşmakta ve ortaya çıkan bu kamuoyu tepkisi, bu suçların şüphelilerinin en ağır şekilde cezalandırılması yönünden bir baskı ortamına dönüşmektedir. Bu baskı, sıklıkla -yukarıda değindiğimiz üzere- artık ceza mevzuatımızda bulunmayan ölüm cezasının geri getirilmesi talepleri şeklinde ortaya çıkmakta ve bunun yanı sıra insani niteliği günümüz için tartışmalı birtakım yaptırımların uygulanması talepleri de güçlü bir biçimde dile getirilmektedir.

Bu çerçevede cinsel suç failleri için, cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması olarak tanımlanabilecek kastrasyon (*hadım etme*) yaptırımının uygulanması tartışmaları, Türkiye’de ceza adaleti sisteminde sürekli olarak gündeme getirilen diğer bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır.

Kastrasyon, kişilerin cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğini geri dönüşü olmayan bir şekilde ortadan kaldıran veya geçici olarak durduran ve

cerrahi ya da kimyasal yollarla uygulanabilen bir tıbbi müdahale şekli olarak ortaya çıkar. Kastrasyon, çoğunlukla karıştırılmak ile birlikte, kısırlaştırmadan farklı bir işlemdir. Çünkü kısırlaştırma kişilerin cinsel faaliyette bulunma yeteneğine zarar vermeksizin, kadınlarda yumurtalıkların, erkeklerde ise sperm kanallarının kapatılması yoluyla üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması amacıyla gerçekleştirilen bir tıbbi müdahaledir. Kastrasyon ise, üreme yeteneğinin yanı sıra ve daha da öncelikli olarak cinsel faaliyette bulunma yeteneğinin ortadan kaldırılmasını hedefleyen bir işlemdir.

Kastrasyon işleminin hukuki niteliği konusunda ise bir görüş birliği mevcut değildir.

Ceza mahkûmiyetine bağlı bir ceza hukuku yaptırımı olan kastrasyonun bir ceza mı yoksa bir güvenlik tedbiri mi olduğu tartışmalıdır. Kanımızca, faile uygulanan zorunlu kastrasyonun bir güvenlik tedbiri olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü kastrasyonun bir ceza olduğunun kabul edilmesi durumunda bu yaptırımın faile karşı salt bir sosyal hesaplama olarak değerlendirilmesi olasılığı ortaya çıkar. Oysa ki, kastrasyon yaptırımı ile ulaşılmak istenen amaç bu yönde değildir. Aksine kastrasyon ile amaçlanan, cinsel dokunulmazlığı ihlal eden bir fiil ika eden ve bu fiili nedeniyle yargılanarak hüküm giyen failin, yeniden böyle bir suç işlemesinin ve dolayısıyla toplum yönünden tehlikelilik halinin ortadan kaldırılmasıdır¹¹⁷.

İlk olarak, ulusal üstü hukuk açısından ele alındığında, kastrasyon işleminin, kişinin iradesi dışında bir cerrahi kastrasyon şeklinde gerçekleştirilmesi halinde bu işlemin AİHS md. 3’de düzenlenen “işkence ve kötü muamele yasağı”nı ihlal edeceğini vurgulamak gerekir¹¹⁸. Buna karşın, kimyasal kastrasyon konusunda ise, bu şekildeki kastrasyon işleminin cinsel suç failinin sağlığını korumak için gerekli olması ve failin de yazılı rızasının alınması koşuluyla uygulanması halinde, işkence ve kötü muamele yasağının ihlalden söz edilemeyecektir. Benzer şekilde, cerrahi kastrasyon kişinin vücuduna ve cinsel yaşam alanına yapılan doğrudan bir müdahale teşkil ettiği için AİHS md. 8’de düzenlenen “özel hayatın gizliliği hakkı”nın da ihlalden söz edilemeyecektir. Buna karşın, kimyasal kastrasyon ise, yine bireyin maddi ve manevi varlığını ihlal etmesine karşın geçici bir müdahale

¹¹⁷ Tefik Sönmez Küçük, “Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XIX, Sy: 4, 2015, s. 307-308.

¹¹⁸ Seher Çakan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Cinsel Suç Faillerinin Hadım Edilmesi” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sy: 129, 2017, s. 21-22.

olması ve AİHS md. 8/2'deki güvencelere riayet edilmesi koşuluyla özel hayatın gizliliği hakkının ihlali teşkil etmeyebilecektir¹¹⁹.

Ulusal hukuk açısından öncelikle, cinsel suç faili hakkında iradesi dikkate alınmaksızın devlet tarafından gerçekleştirilen zorunlu kastrasyon uygulamasının, anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlükler yönünden değerlendirilmesi ve bu şekildeki bir müdahalenin, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal esaslar gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir. Kuşkusuz bu konu anayasa hukukçularının uzmanlık alanına girmekle birlikte, kanımızca zorunlu kastrasyon işlemine yönelik yasal düzenleme eğilimleri yönünden öncelikle AY 13'de yer alan "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir" kuralı göz önünde tutulmalı; sonrasında ise mesele,

-AY 17/2: Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

-AY 17/3: Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

-AY 20: Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

-AY 38/3: Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur; şeklinde özetlenebilen anayasal kurallar çerçevesinde değerlendirilmelidir¹²⁰.

Türk hukukunda yasal düzeyde ise kimyasal kastrasyonun ceza mevzuatı içerisinde düzenlenmesine yönelik çeşitli girişimlerde bulunduğu tespit edilebilir. Bu yasal düzenlemelere değinmeden önce, önemle belirtmek gerekir ki, Türk kanun koyucusu tarafından kastrasyon tartışmalarından bağımsız olarak, yukarıda kastrasyondan farkı kısaca izah edilen "kısırlaştırma" (*sterilizasyon*) işlemine özel bir önem atfedilmiş ve bu işlemin hukuki çerçevesinin kanun düzeyinde tespit edilirken, kastrasyon işlemine de değinilmiştir. Bu kapsamda, kısırlaştırma işlemi 2847 sayılı Nüfus Planlaması Kanunu'nda düzenlenmiş ve bu kısırlaştırma işleminin hukuki geçerlik koşulları ise (md. 6/2) detaylı bir biçimde ortaya konulmuştur. Ancak aynı Kanun'da kastrasyon işlemiyle ilgili olarak da 2.

¹¹⁹ Çakan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Cinsel Suç Faillerinin Hadım Edilmesi", s. 26.

¹²⁰ Kastrasyonun anayasal kurallar yönünden irdelenmesi için bkz. Sönmez, "Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi", s. 308-316.

maddede; “*Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz*” hükmüne yer verilmiştir. Benzer şekilde sterilizasyon işleminin tanımlandığı 4. maddede ise, “*bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir*” şeklinde kastrasyon işlemi için kabul edilen bir hukuka uygunluk nedenine vurgu yapılmıştır.

Buna karşın, kastrasyonun, cinsel suç failleri için ceza mahkûmiyetine bağlı bir ceza yaptırımı olarak düzenlenmesine yönelik ilk normatif düzenleme önerisi ise 2011 yılında bir Kanun Teklifi şeklinde ortaya çıkmıştır. Buna göre, 08.02.2011 tarihinde AK Parti İstanbul Milletvekili Alev Dedegil tarafından verilen ve TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen **kanun teklifinin** 7. maddesi ile- 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un (CGTİHK) 108. maddesinde şu şekilde bir değişiklik önerisi içermektedir¹²¹:

*“Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinde tanımlanan cinsel saldırı suçunun nitelikli hallerinden, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan veya 104 üncü maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halinden hapis cezasına mahkum olanlar, hakim kararı ile cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde, denetim süresi içinde; a) **Testosteron etkisini önemli ölçüde azaltıcı tedaviye tabi tutulabilirler...**”*

Bu Kanun teklifi, kanunlaşma imkanı bulamamış olmakla birlikte, sonrasında 2014 yılında 6545 sayılı Kanun ile CGTİHK md. 108’de yapılan değişikliğe temel oluşturmuştur. Gerçekten, anılan Kanun değişikliği ile CGTİHK md. 108’in 9. fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir:

“Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır.

¹²¹ Bu Kanun teklifi ve gerekçesi için bkz.

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss747.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2018).

Kanun teklifiyle ilgili değerlendirmeler için ise bkz.

<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/meclis-komisyonunda-hadim-tartismasi-17425028> (Erişim Tarihi: 28.03.2018).

188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir: **a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak b) Tedavi amaçlı programlara katılmak c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşımdan yasaklanmak e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak.**”

Görüldüğü üzere, bu değişiklik ile, cinsel suç failleri hakkında verilen mahkûmiyet kararının ardından infaz aşamasında, infaz hâkimi tarafından bu kişiler hakkında tıbbi tedaviye tabi tutulmak şeklinde bir yükümlülüğün öngörülebilmesi imkanı getirilmiştir. Tıbbi tedaviye tabi tutulmayı da kapsar anlamda CGTİHK md. 108/9’da yer alan yükümlülüklerin, tıbbi tedavilerin ve iyileştirme programlarının belirlenmesine yönelik olarak **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik** ise 26 Temmuz 2016 tarihli ve 29782 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır¹²². Bu Yönetmeliğin, “Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulmak” başlıklı 7. maddesinde esasen kimyasal kastrasyonun düzenlendiği görülmektedir.

Gerçekten Yönetmeliğin tedaviyi tanımlayan 7/1. maddesine göre; “**Tedavi, tanımda belirtilen hükümlülere yönelik olmak üzere, ayakta veya yatarak, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir.**” 7. maddenin sonraki fıkralarında ise tedavinin (*kimyasal kastrasyonun*) uygulanma koşulları düzenlenmiştir.

Belirtelim ki, Yönetmeliğin 7/1 maddesinin ve ilgili diğer fıkralarının iptali istemiyle açılan Danıştay 10. Dairesi, Madde 7/1’de geçen “*cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesi*” şeklindeki ifade ile Kanun’da yer verilmeyen bir tanımlama yapıldığı ve tıbbi tedavi kavramından ayrıldığı iddiasını yerinde bularak, Yönetmeliğin 7/1 maddesinin iptaline karar vermiştir¹²³.

¹²² <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160726-1.htm> (Erişim Tarihi: 28.03.2018).

¹²³ <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201708201029781992-danistay-cinsel-saldiri-suclu-kimyasal-hadim/> Erişim Tarihi: 28.03.2018).

Bu itibarla, tartışmalar devam etmekle birlikte, bugün itibarıyla Türk hukukunda cinsel suç faillerine kastrasyon yaptırımı uygulanmasına ilişkin herhangi bir mer'i yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Kanımızca, cinsel suç faillerine, salt cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç işlemiş olmaları nedeniyle doğrudan bir zorunlu kimyasal kastrasyon uygulamasına gidilmesi insani bir yaklaşım olmadığı gibi, bu yöndeki bir düzenleme de AY md. 17'nin ihlali anlamını taşır. Buna karşın, işlenen cinsel suçun, tıp biliminin verilerine göre, kişideki psikolojik veya biyolojik bir rahatsızlıktan meydana geldiğinin ortaya konulması ve bu rahatsızlığın etkilerinin zayıflatılması için mutlaka kimyasal kastrasyon işleminin gerekli görülmesi halinde, 18 yaşını doldurmuş failler hakkında rızaları alınmak suretiyle bir denetimli serbestlik tedbiri olarak kimyasal kastrasyonun uygulanabileceği düşüncesindeyiz¹²⁴. Burada önemli olan husus, failin cinsel suça yönelmesinin arkasında yatan gerçek sebebin doğru tespit edilmesidir. Eğer tıp biliminin verileri çerçevesinde yapılacak incelemede, kişinin bu suçu işlemesinde söz gelimi hormon seviyelerindeki kontrolsüz, aşırı artışın olumsuz etkisi tespit edilmiş veya kişinin pedofili hastası olduğuna ilişkin klinik bulguya ulaşılmış ise, bu takdirde rızasına dayalı olarak kastrasyon uygulanabilir. Bu tarz bir durumda, kastrasyonun kişinin belirtilen biyolojik veya psikolojik rahatsızlıklarının tedavi edilmesi sürecinin bir parçası olarak değerlendirilmesi gerekir. Aksi bir yaklaşımla, mevcut rahatsızlığı nedeniyle cinsel eğilimlerinde sapma bulunan ve bunu kontrol edemeyeceği aşikâr bulunan bir bireyin toplum içerisine denetimsizce salınmasının, tüm toplum açısından tehlikelilik oluşturduğu ve yeni cinsel suçlar işlenmesine zemin hazırlayacağı asla gözden uzak tutulmamalıdır.

SONUÇ

Adalet ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsendiği düzenlerde, tüm hukuk sisteminin meşruiyet kazanabilmek için yöneldiği bir ideali ifade eder. Bu bağlamda, yalnızca normatif kurallar alanında değil ancak aynı zamanda bu kuralların uygulanması alanında da bu ilkenin gözetilmesi ve böylece hukuk sisteminin bütüncül olarak işleyişinde de adalet ilkesinin gerçekleştirilmesi temin edilmek istenir.

¹²⁴ Aynı yönde, A. Caner Yenidünya - Yusuf Yaşar, "Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 4, Sy: 14, Temmuz 2013, s. 362.

Bir ülkede, ceza hukuku kurumlarının düzenlenişine ve uygulanışına ilişkin esaslar, o ülkede adalet ilkesinin gereklerinin yerine getirilip getirilemediğinin belirlenmesi yönünden önemli bir ölçüt teşkil eder. Bu bağlamda, ceza hukukuna egemen olan esaslar, hukuk devleti kimliğine ve hukukun üstünlüğü ilkesine bağlılığa ilişkin belirlemeyi yapmayı sağlayan birer turnusol kağıdı işlevi görürler. Bu açıdan, zaten Türk ceza adaleti sisteminin adalet ilkesini gerçekleştirmek için uzun bir yol kat etmesi gerekirken; 20 Temmuz 2016'da başlayan OHAL süreci ile özellikle ceza muhakemesi hukuku kuralları bağlamında temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin getirilen düzenlemeler, bu yolu çok daha uzatmıştır.

Ancak bu olumsuz durumun tespit edilmesi, asla bir karamsarlık yaratmamalıdır. Çünkü ceza hukuku bağlamında adalet ilkesinin bugün itibarıyla ne kadar uzağına düşülmüş olursa olsun; adalet ilkesi, ulaşılması gereken bir “kutup yıldızı” olarak daima yolumuzu ve geleceğimizi aydınlatmaya devam edecektir. Türkiye'nin bildiride ayrıntılarıyla ortaya koymaya çalıştığımız şekilde bugün itibarıyla içinde bulunduğu karanlık tabloyu geçmişte bırakacağına; başta OHAL sürecinde ihdas edilenler olmak üzere ceza mevzuatında adalet ilkesiyle bağdaşmayan tüm yasal düzenlemelerden ve olumsuz uygulamalardan arınacağına ve nihayetinde, adalet ilkesi ışığında bir hukuk devleti olmanın ve hukukun üstünlüğü ilkesinin gereklerini bir gün mutlaka hayata geçireceğine olan inancımız tamdır...

KAYNAKÇA

Aktaş Batuhan, “*Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIV, Sayı: 2, 2017.

Başak Cengiz, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 51, Sa. 4, 2002.

Bozdağ Ahmet - Şık Hüseyin, “*Müdafinin Görevinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçlar*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014.

Cengiz Serkan - Demirağ Fahrettin - Ergül Teoman - McBride Jeremey - Tezcan Durmuş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Ankara, Kasım 2008.

Centel Nur - Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, İstanbul, 2017.

Çakan Seher, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Cinsel Suç Faillerinin Hadım Edilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sy: 129, 2017.

Çulha Rıfat - Demirağ Fahrettin - Nuhoglu Ayşe - Oktar Salih - Tezcan Durmuş, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, Editör: Prof. Dr. Feridun Yenisey, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2018.

Değirmenci Olgun, *Ceza Muhakemesinde Sayısal Dijital Delil*, 1. Bası, Ankara, 2014.

Demirbaş Timur, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, Ankara, 2013.

Dutertre Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım 2003.

Feyzioğlu Metin - Okuyucu Ergün Güneş, “Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 59, Y: 2010.

Gemalmaz Semih, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, 2. Baskı Kavram Yayınları, 1994.

Gökçen Ahmet - Balcı Murat - Alşahin Mehmet Emin - Çakır Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku - II*, Ankara, 2017.

Gözübüyük A. Şeref - Gölcüklü Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi)*, 10. Bası, Ankara, 2013.

Hafizoğulları Zeki, “Türk Hukuk Düzeninde “Hukukun Üstünlüğü Prensibi” Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, 2002, Sy: 1.

Harris David - O’Boyle Michael - Warbrick Colin, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2th Edition, London, 2009.

İnci Özen, “Tutukluluk ve Hükümlülük Arasında Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, Ceza Hukuku Dergisi, Sy: 24, Ağustos 2014.

Kalabalık Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Ekim 2015.

Kapani Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Bası, Ankara, 1993.

Karan Ulaş, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme, Editör: Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, İstanbul, 2013.

Katoğlu Tuğrul, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi”, in: Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçuları Platformu, 8-9 Kasım 2013, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2015.

Katoğlu Tuğrul, “Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 2001, Sy: 4.

Kunter Nurullah - Yenisey Feridun - Nuhoglu Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, İstanbul, 2010.

Küçük Tefik Sönmez, “*Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XIX, Sy: 4, 2015.

Mumcu Ahmet - Küzeci Elif, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri* (Editörler Ayşe Tülin Yürük - Kıymet Selvi), 2. Baskı, Eskişehir, 2005.

Mural Balcı, “*Tutukluluk Süreleri ve Temyiz aşaması*”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 85, Sy: 6, 2011.

Osman Doğru - Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt (İHAS 2,3,4,5,6 ve 7. maddeler)*, 2. Bası, İstanbul, Ekim 2012.

Önok R. Murat, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Olağanüstü Hal Uygulamaları*”, KHK’ler Türkiye’inde Savunma Hakkı Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 330, Ankara, Aralık 2016.

Özbek Veli Özer - Kanbur M. Nihat - Doğan Koray - Bacaksız Pınar - Tepe İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2014.

Özbek Veli Özer, “*Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu*”, CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014.

Özen Muharrem - Güngör Devrim - Okuyucu Ergün Güneş, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler*”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 68, Sy: 2010/4.

Öztürk Bahri - Tezcan Durmuş - Erdem Mustafa Ruhan - Gezer Sırma Özge - Kırıt Saygılar Yasemin - Özaydın Özdem - Akçan Alan Esra - Erden Tütüncü Efser, *Nazarî ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, Ankara, 2016.

Sınar Hasan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, İstanbul, 2016.

Taner Fahri Gökçen - Öntan Yaprak, “*CMK’nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İctihatta Dönüşüm*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2016, Sy: 4.

Taner Tahir, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul, 1955.

Teixeira De Castro / Portekiz Davası, Çeviren: Fatih BİRTEK, TBB Dergisi, Sayı:91, 2010.

Ünver Yener - Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara, 2017.

Yaşar Yusuf - Dursun İsmail, “*Bilgisayarlar da, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 19, S.: 3, 2013.

Yenidünya A. Caner - Yaşar Yusuf, “*Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 4, Sy: 14, Temmuz 2013.

Yenisey Feridun - Nuhoğlu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, 2017.

Yılmaz Yeşim, “*Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama*”, TBB Dergisi, Sayı: 124, 2016.

Zafer Hamide, “*Savunma Hakkı ve Sınırları*”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, İstanbul, 2015.

İnternet Kaynakları

Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü
İnsan Hakları Daire Başkanlığı - Aralık 2015,

[http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/diger/Derogation%20in%20time%20of%20emergency%20\(OLA%C4%9EAN%C3%9CST%C3%9C%20HALLERDE%20Y%C3%9CK%C3%9CML%C3%9CL%C3%9CKLER%C4%B0%20ASKIYA%20ALMA\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/diger/Derogation%20in%20time%20of%20emergency%20(OLA%C4%9EAN%C3%9CST%C3%9C%20HALLERDE%20Y%C3%9CK%C3%9CML%C3%9CL%C3%9CKLER%C4%B0%20ASKIYA%20ALMA).pdf). (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi / 184 sayılı Bilgi Notu, https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_04_184_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi / 189 sayılı Bilgi Notu -Ekim 2015, https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_10_189_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

Çakır Hüseyin - Sert Ercan, “*Bilişim Suçları ve Delillendirme Süreci*” http://utsam.org/images/upload/attachment/utsas_2010_secilmis/Bili%C5%9Fim%20Su%C3%A7lar%C4%B1%20ve%20Delillendirme%20S%C3%BCreci.pdf (Erişim Tarihi: 29.03.2018).

Erdoğan Mustafa, “*Hukuk, Hukukun Üstünlüğü ve Adalet*”, <http://erdoganmustafa.org/hukuk-hukukun-ustunlugu-ve-adalet/>
<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-80953&filename=00180953.pdf&TID=ihgdqbxnfi> (Erişim Tarihi: 29.03.2018).

<http://www.academicsforabolition.net/> (Erişim Tarihi: 27.03.2018)

http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/114/signatures?p_auth=kpxwZhi3 (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/meclis-komisyonunda-hadim-tartismasi-17425028>(Erişim Tarihi: 28.03.2018).

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/2ea43c22-562f-454d-a2e7-d07069ccf75a?wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

<http://www.refworld.org/cases,ECHR,502d42952.html> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160726-1.htm> (Erişim Tarihi: 28.03.2018).

<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0775.pdf> (Erişim Tarihi: 29.03.2018).

<https://deathpenaltyinfo.org/abolitionist-and-retentionist-countries> (Erişim Tarihi: 27.03.2018)

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57980"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Erişim Tarihi: 16.03.2018).

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["22001-181854%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Erişim Tarihi: 28.03.2018).

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/9450> (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

<https://tr.sputniknews.com/turkiye/201708201029781992-danistay-cinsel-saldiri-suclu-kimyasal-hadim/> Erişim Tarihi: 28.03.2018).

<https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5038312016ENGLISH.PDF> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/187/signatures?p_auth=mUzw2oX3 (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_04_184_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 20.03.2018).

Macovei Monica, *Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları No: 5, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozgurluk_guvenlik.pdf (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

Şen Ersan, “*Zorunlu Müdafilik ve Yargılama Sürati*” , 24.10.2014, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1213788-zorunlu-mudafilik-ve-yargilama-surati> (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

ÜÇ DAVA ÜZERİNDEN YÜZÜN ÜZERİNDEKİ TUTUKLU GAZETECİ VE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

Av. Ergin Cinmen

15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsü yalnızca siyasi yapımızı etkilemedi; çok daha vahim olarak yargı ağır yara aldı. Bu yara hala açık durumda. Şunu da belirtelim ki, başta Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve şimdiki ve önümüzdeki seçimlerde oluşacak siyasi iktidar; Ülkemizin gerçek bekasını hukuk devleti ülküsünde görmezler ise içinden çıkılması son derecede güç olunacak bataklıklar içine düşmemiz hiç de abartılı bir tespit olmayacaktır.

Ben, mesleğimde kırk yılı doldurmuş bir avukat olarak yargının sorunlarını kesintisiz olarak yaşadım. Bu sorunlar bazen son derecede kesif, bazen ise ondan daha seyreltilmiş olarak yaşandı. Avukatlığa 1978 yılında başladım. Ondan öncesini ise okuyarak öğrendim.

Örfi İdare Mahkemeleri, İstiklal Mahkemeleri, Sıkıyönetim Mahkemeleri, Devlet Güvenlik Mahkemeleri, Geniş Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri, asıl işi Koruma Tedbirleri almak olan ama uygulamada asıl fonksiyonu tutuklama ve tutukluluğun kararı vermek olan Sulh Ceza Hakimlikleri ve bununla birlikte görev yapan İhtisas Ağır Ceza Mahkemeleri...

Bu yargı yerleri, aralarında hiçbir tarihsel boşluk bırakmadan bir sigara tiryakisinin birbiri ardı yaktığı sigaralar gibi siyasal/hukuksal ve yargısal yaşamda yerini aldı. Hukukla siyasetin kesiştiği noktada siyasetin yanında durdu.

Ben bunlardan İstiklal Mahkemeleri ve o yıllardan hemen sonra görev ifa eden erken 1960 dönem öncesi Sıkıyönetim ve ondan önceki Örfi İdare Mahkemelerini bir yana koyuyorum. Kurtuluş savaşı yeri bitmiş yeni bir devlet kuruluyor; kurucuların kendi kurdukları Devletlerine titizlenmeleri yargıya yansiyabilir. Ancak bu süreç bittikten sonra da yargınız sorunlar yaşıyorsa ve bana göre en büyük yargı krizi bu günlerde yaşanıyorsa ve ne zaman biteceği de belli değilse, ulus olarak tehlike çanları çok güçlü desibelle çalıyor demektir.

Ben aranızda akademiden gelmeyen tek kişiyim. Bir avukatım ve Nisan ayı itibarıyla meslekte kırk yılımı doldurduğundan bir de plaket aldım. Bunu söylememin nedeni Ülkemin hukuk ve yargı serüvenini dönem dönem kıyaslıyor olabilmem.

Gözümü avukatlığa 12 Eylül'le birlikte açtım. Avukatlık yaşamımın ilk on yılı sıkıyönetim mahkemeleri koridorlarında geçti. O dönemin

karakteristiği neredeyse yargı faaliyetinin bir bölümünü teşkil eden işkenceydi. Abartısız söylüyorum; suçlama siyasi olsun veya olmasın kanıt toplamanın tek yolu işkence uygulamalarıydı . İşkence kurumsallaşmıştı. Sonunda Askeri Yargıtay, polis ifadelerine maddi delillerle desteklenmedikçe delil değeri vermemeye başladı. Tabi işkence sonucu maddi kanıt elde ediliyorsa bunlar kanıt değeri alabilecekti. AİHM sürecinde zorunlu olarak CMK'ya konan 148. Madde ile “yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez “ hükmü ile birlikte getirilen “mecburi müdafilik” hukukumuzda nadir görülen olumluluklardan oldu.

Bu hüküm ile “şüpheliden delile değil, delilden şüpheliye gitme” yolundaki gidişat güçlendi.

12 Eylül sıkıyönetim yargılamalarının bu gün de etkisinin görüldüğü ikinci karakteristiği; siyasi açısından hep bir tehdit olarak görünen merkez dışı özellikle sol yasal oluşumların bir gün içinde hiçbir yasal değişiklik olmadan yargı tarafından yasadışı hale getirilmeleri idi. O dönemde sol yasal partileri, DİSK gibi sendikalar 11. Eylül 1980'de yasal iken bir gün sonra yasadışı olmuşlardı. Oysa yasalarda değişiklik yoktu. Zamanın ünlü 141., 142. ve 146. Maddeleri ve diğerleri değişikliğe uğramamışlardı. Ama iyileşemez yaramız olan “zamanın ruhu” veya “yukarıdan gelen bir emir” veya “ne olur ne olmaz hele bir mahkumiyet vereyim de Yargıtay bozsun” yollu düşünceye sahip yargıç ve savcılardan oluşan yargımız yeni duruma hemen uyum gösteriverdi. 1 gün önce suç teşkil etmeyen fiiller bir gün sonra yıllarca hapis cezasını gerektiren bir suç oluverdi. 11 Eylül'de on binlerce işçinin üye olduğu sendikalar 12 Eylül günü birden bire üye olunması da suç olan örgüt haline geliverdi.

İleride bahsedilecek, o dönem yargı bağımsızlığı diye bir sorun yoktu çünkü kimse “yargı bağımsızdır” demiyordu. O zaman yürürlükte olan 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununa göre hakimler zaten askerdi. Ve onları atayan zaten Milli Savunma Bakanıydı. İhtiyaç olduğunda sivil hakimleri de MSB atıyordu.

Sonuçta elli insan asıldı. Yasal siyasi ve soysal faaliyetler suç haline getirildi. Mağduriyetler büyük oldu. İşkence Devlet katında meşru bir kanıt arama yöntemi haline getirildi. Ve daha da vahimi toplumuna aidiyet duyguları ciddi yara aldı.

1983 yılında yeni anayasa ve yeni siyasetle nispi olağan hale dönerken 1987 yılı bizim yargı serüvenimizin tarihsel kilometre taşı oldu. Yine tarihi bir kararla Türkiye Cumhuriyeti Devleti, yurttaşlarına AİHM'ye bireysel başvuru yolunu açtı. Artık elimizde bir mihenk taşı vardır: AİHS. İnsan

hakları konusunda uygulamalarının milliyeti ortadan kalktı ve Türk yargısı AİHS ve AİHM tarafından bezenen Avrupa yargısına yüzünü döndü/dönmeye çalıştı. En azından öyle bir iddiası oldu. Hukuk ve siyaset bundan böyle evrensel normlarla şekillenecekti.

Ve otuz yıl sonra AİHM klasmanında yine çok ihlalli haliyle Ülkemizin yargısı pek kötü bir sınav veriyor. Gerçi eskisi gibi kaba ihlaller yok. İhlaller AİHS 2. ve 3. Maddelerde yazılı olan yaşam hakkı ve işkence yasağından; AİHS / 5. Maddedeki daha çok tutukluluk hali ile; 6. Maddedeki adil yargılanma hakkı ihlali ve 10. Maddedeki ifade ve basın özgürlüğü ihlallerine doğru bir süreç izledi.

I- PEKİ ŞİMDİ DURUM NE? VE 15 TEMMUZ 2016 SÜRECİ

Hepimiz TV ekranlarında dehşetle izlemiştik. Halkını bombalayan askerler, polisler, ondan önce 2010 süreci ve adaletsizlik ve zulüm yaratan bir Cemaat Yargısı. Ve bu gün 14 Temmuz 2016 tarihi itibarıyla tüm yargıç ve savcıların yüzde yirmi altısı ya meslekten atılmış ya tutuklu ya hükümlü ya da firari.

2010 sürecindeki uygulamaların aynısı bu gün 2010 sürecini uygulayanlarla birlikte muhalefete/olası muhaliflere yapılıyor. Hukukta rövanşizmin yaşanması gibi bir olumsuzluk bu gün tüm şiddetiyle hüküm sürüyor.

Ben tebliğimi belli bir sınır içinde tutmak istiyorum. Çerçeveyi toplumda “içerideki gazeteciler” adıyla anılan çoğu tutuklu olan sanık grubu üzerinden yapmaya çalışacağım.

Bu kesim üzerinde yargının yaklaşım çerçevesini aktarmaya çalışacağım. Bunun için de önce yaşanan bu hukuk felaketine teşhis konması gerekiyor.

Birinci bölümde bu dönemin yargısının tümünü ilgilendiren hususlara değinmeyi düşünüyorum.

Bunun için de bildirimim başlığında belirtmiş olduğum üç adet iddianame ile açılmış olun davaları konu alacağım.

Bu davaların konuları şöylece özetlenebilir:

1-Davaların şüpheli/sanıklarının hepsinin gazeteci olması;

2-Hepsinin sabaha karşı operasyonlarıyla gözaltına alınması;

3-Sanki yasal bir zorunluluk varmış gibi her soruşturmada savcılığın tutuklama istemi ve bu istemi mutlaka kabul eden Sulh Ceza Hakimliği kararı;

4-Soruşturmalar ve kovuşturmaların; TCK 220/7 veya 8. Maddelerinin yollamasıyla TCK 314/2. veya TCK 309, 311, ve 312. Maddelerde yer alan;

YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)

Anayasayı cebir ve şiddet kullanarak ihlal, cebir şiddet göstererek yasama organına karşı suç, cebir ve şiddet kullanarak Hükümete karşı suç iddiaları olması...

Ama tartışmalar cebir ve şiddet üzerinden değil, yazı ve konuşmalar üzerinden yapıldığından yani her üç davada da kanıt olarak getirilenler yalnızca; örneğin, Cumhuriyet Gazetesi Vakfı üyelerinin aldığı kararlar, bazı köşe yazarlarının yazıları, yapılan haberler ve hatta haberlerin gazetede yer alış şekilleri, **yayın faaliyeti ve yayın politikası** ile yine Altanlar ve Alpay davalarında olduğu gibi yalnızca yazılar (yazı içerikleri değil başlıkları) olduğundan; tartışılan hususlar devamlı olarak Anayasanın 26. Ve 28. Maddelerinde yer alan ifade ve basın özgürlüklerinde düğümlenmektedir. Gerek mahkemelerde, gerek Anayasa Mahkemesinde ve gerekse AİHM’de asıl tartışmalar, yazı ve konuşmaların yukarıda yazılı suçların kanıtları olabilip olamayacağı konusunda düğümlenmektedir. Ancak ileride de belirtileceği üzere gerçek ihlaller, Anayasanın 15/2. Ve 25. Maddelerde yer alan **Düşünce ve Kanaat özgürlüğünün ihlali ile ilgilidir.**

Tebliğimizin konusunun bu üç iddianame (dava) olmasının nedeni, bu tip soruşturma ve dava nedeniyle halen yüzün üzerinde insanın (tam sayı, tahliyeler ve yeni tutuklamalar nedeniyle değiştiğinden tam sayı veremiyoruz) tutuklu olmasıdır.

Bu tebliğin konusunun yalnızca bu üç adet iddianame, bu iddianameler sonucu açılan davalar, bu davalar nedeniyle verilmiş olan Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları olmasının nedeni; Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Zühtü Aslan’ın geçtiğimiz Nisan ayında, Anayasa Mahkemesi’nin kuruluş yıldönümünde, bekleyen işlerin çözülmesi için pilot davaların görüleceği üzerine açıklamada bulunmasıydı. İşte pilot davalardan bir bölümü gazeteci davalarıydı. Ve o davalar da bu yazımızın konusu oldu.

II- Aşağıda bu davaların önemli yanlarına değineceğim ancak ondan önce bu davaları da çokça etkileyen yargı bağımsızlığına HSK tarafından vurulan ağır darbelerden bahsetmek istiyorum.

1- HSK eliyle inşa edilen bağımlı yargı:

Şimdi sizlere bir HSK açıklamasını aktaracağım . İnternet sitesinden alınmıştır. Haber aynen şöyle:

“...HSYK 2. Dairesi’nin oybirliğiyle aldığı kararın gerekçesinde, İstanbul 25. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı İbrahim Lorasdağı, üye hâkimler Barış Cömert, Necla Yeşilyurt Gülbiçim ve duruşma savcısı Göksel Turan’a isnat olunan eylemlerin nitelikleri itibarıyla meslekten çıkarmayı gerektirir ağırlıkta bulunduğu, bu nedenle soruşturma

tamamlanıncaya kadar açığa alınması talebini içeren başmüfettişlik raporuna yer verildi. 3 ay süreyle açığa alma kararında, savcı ve hâkimlerin kararlarıyla “FETÖ”nün medya ayağının olmadığı yönünde algıya ve infiale sebep olduğu” öne sürüldü.

Daha önceki duruşmalarda verilen tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlara işaret edilen gerekçede, tahliye kararı şöyle değerlendirildi:

“İlk duruşma günü olan 27-31/03/2017 tarihinde sanıkların savunmalarını aldığı ve 4 tanık dinlediği, bunun dışında dosyadaki delillerde değişen bir durum olmamasına ve tensip zaptıyla toplanmasına karar verilen ve yukarıda sözü edilen deliller dahi toplanmamış olmasına rağmen 28/02/2017 tarihli kararla da çelişki oluşturacak şekilde, duruşmada hazır bulunan cumhuriyet savcısının mütalaasına uygun olarak 13, mütalaaya aykırı olarak 8 tutuklu sanık olmak üzere toplam 21 sanığın tahliyesine karar verdiği, delillerin henüz toplanmamış olması ve dosyanın tekemmül etmemiş olması nedeniyle hâkimin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilebilecek bir durumun söz konusu olmadığı, verilen tahliye kararının makul, mantıklı ve geçerli nedenlere dayanmadığı, tutarsız ve hukukilikten uzak olduğu, haklarında eşdeğer deliller bulunan sanıklar arasında farklı işlemi gerektiren sebebi ikna edici, adil ve tutarlı bir şekilde izahtan uzak olduğu...”

Sanıkların “Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini Ortadan Kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, silahlı terör örgütü kurma ve yönetme” suçlarından yargılandığı anımsatılan kararda, şöyle denildi: “15 Temmuz kanlı darbe girişimi esnasında verilen şehit ve yaralı sayısı, kalkışmanın meydana getirdiği toplumsal travmanın izlerinin halen devam etmesi gibi realiteler göz önünde bulundurulduğunda, deliller tamamıyla toplanmadan ve kuvvetli suç şüphesini gösteren mevcut somut deliller de yeterli derecede incelenmeden, işin önemi, tutuklu sanıklara atılı suçlar için Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen ceza miktarları ile ölçülülük ilkesi gözetilmeden verilen tahliye kararının toplumda infial uyandırdığı ve kamuoyu vicdanını yaraladığı dosya kapsamından anlaşılmıştır.”

Bu davada yargılanan sanıklar 15 Temmuz’da fiilen darbe kalkışmasında bulunan kişiler değildi. İçlerinde şarkıcı, yazar ve gazeteciler vardı.

HSK’ya göre kararları beğenilmeyen hakimlerin derhal tayinlerinin çıkartılması, haklarında soruşturma açılması; tutuklama kararı vermeyen hakimlerin tutuklanması; tahliye kararı verildikten iki saat sonra aynı mahkemenin toplanıp tahliye edilen sanıklar hakkında tutuklama amacıyla yakalama kararları çıkarıldığına ben tanığım.

Bu örnekler çok uzatılabilir. Ancak şunu ifade edeyim ki bu gün HSK, mahkemelerin ara kararlarına kadar denetleme yapabilmektedir.

Bu durumun yargı bağımsızlığını temelden zedelediği açıktır. HSK'nın bu tavrını bilen yargıçlardan hukuka uygun kararlar beklemenin ne derecede doğru olacağı son derecede tartışmalıdır.

2-Tutuklama, peşin cezalandırma amacıyla ve çok yaygın uygulanmaktadır:

Tutukluluk çok ağır bir koruma tedbiridir. CMK'ya göre de uygulanması istisna olmalıdır. CMK 109. Maddesi bu konuyu açıkça düzenlemiştir. Buna göre tutukluluk koşulları bulunsa dahi yargıç, tutuklama yerine adli kontrol kararı verebilecektir. Gerçekten de, suçluluğu sabit olmayan bir kişinin suçlularla aynı koşullarda hem de uzun bir süre tutulmasını hiçbir hukuk vicdanının kabul edeceğini sanmıyorum.

Ve şu anda ülkemizde yaşanan ve yargı vasıtası ile ortaya konan hukuk sorunlarının başında bu önlemin yaygın, ölçsüz ve çok uzun olarak uygulanması gelmektedir. Tutuklu yargılama hem de yazar çizer ve gazetecilere uygulanırsa bundan hem o kişiler zarar görüyor hem de bu durum ciddi bir otosansür yaratıyor.

Bu gün itibarıyla Anayasanın 19. ve AİHS 5. Maddelerinde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının HSK'nın iradesiyle ve İhtisas Ağır Ceza Mahkemelerinin kararıyla ortadan kaldırıldığı gerçeğini yaşıyoruz.

Tutuklamanın yaygınlığının, HSK'nın yukarıda yazılı tavrının nedeni HSK'nın siyasete fazlaca bulaşmasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir anlatımla Siyaset, yargıyı HSK aracılığı ile kontrolü altında tutmaktadır.

Aşağıda düşünce ve ifade hürriyeti üzerindeki baskıyı anlatırken tutuklu yargılama refleksine yeniden döneceğim.

3-Yargılamalara egemen olması gereken temel hak ve özgürlükler standardına Anayasanın 15.maddesi uygulanmaktadır:

Bilindiği üzere 15 Temmuz kalkışmasından hemen sonra Ülkemizde Olağanüstü Hal rejimi ilan edildi.

Anayasamızın 15. Maddesi bu Olağanüstü Hal rejiminin temel hak ve hürriyetlere olan etkisini düzenlemektedir.

Hatırlatalım, 15. Maddede aynen şöyle deniyor: “Savaş, seferberlik veya Olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğa yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, “durumun gerektiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir. Veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” Dendikten sonra 2.fıkrafta; Ancak, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, suçlanamaz, suç ve cezalar geçmişe yürütülemez, mahkeme kararına kadar kimse suçlu sayılamaz.”

Madde incelendiğinde, 2. fıkrada yazılı olan durdurulamayacak tüm temel hak ve hürriyetlerin dışında olanların “durumun gerektirdiği ölçü” de durdurulabileceği anlaşılıyor.

Bunlar konumuz özelinde Anayasanın 19., AİHS'nin 5. maddelerinde yazılı olan tutuklama; Anayasanın 26, ve 28. Maddeleriyle AİHS'nin 10. Maddesinde yazılı olan ifade ve basın özgürlükleri ile AİHS'nin 6. Ve Anayasanın 36. Maddelerinde yazılı adil yargılanma hakkıdır.

Anayasa Mahkememiz Altan, Cumhuriyet ve Alpay davasında da atfı yaptığı Aydın Yavuz ve diğerleri kararında açıkça, yargılamaların kovuşturma aşamalarında da Anayasanın 15. Maddesinde yer alan kısıtlamaların sürdürülmesi gereğinin altını çizmiş bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bu tespitine şahsen katılamayacağım. Çünkü olağanüstü Hal rejiminin yargılamaların kovuşturma aşamasına yansıtılmaması gerektiği kanısını taşıyorum.

Anayasanın 15. Maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin durdurulmasının nedeni bence olağanüstü hale neden olan dolayların bastırılması, bunlarla baş edilmesi için gereken idari önlemlerin alınmasına olanak sağlamak ve bunu yine de belli bir hukuk içinde kalarak yapmak olmalıdır. Adil yargılanma esaslarından vazgeçmek olmamalıdır.

Olay ve şüpheli çokluğu suç ilişkilerinin giriftliği nedeniyle gözaltı sürelerinin uzatılması olağanüstü halde doğal sayılabilir. Ancak kovuşturma aşamasında da Anayasanın 15. Maddesinin uygulanmasının doğru olmadığı kanısını bir çok kişinin de taşıdığını tahmin ediyorum.

Ama şunu açıkça söyleyelim, AYM yargılamalarda Anayasanın 15. Maddesi çerçevesinde inceleme yapılacağı belirtilmesinden çok önce mahkemeler duruşma salonlarına çoktan olağanüstü Hali getirmişlerdi.

III- Şimdi yukarıda belirtilen iddianame veya bunu anlatan EHM'lerden, AYM ve AİHM kararlarından bazı pasajları aktarmak yer yer özetlemek istiyorum:

1-Cumhuriyet gazetesi EHM'sinden:

“ İddianamede belirtilen Cumhuriyet Vakfı yönetim kurulunun seçimi ile ilgili bazı hususların hukuki ihtilaf niteliğinde değerlendirilmesi mümkün ise de, yargılama konusu eylem ve faaliyetlerin hayata geçirilmesinin, özellikle 2013 yılından sonra gazetenin terör örgütlerinin amaçlarına hizmet eder nitelikte manipülatif yayınlar yapmak suretiyle Cumhuriyet Gazetesinin **yayın faaliyetinin** değişime uğramasının, gazetenin genel yayın yönetmeninin ve dolayısıyla **yayın politikasının** belirlenmesinde etkili olan ve Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş tarafından çıkarılmakla

birlikte sahip olduğu isim hakkını bu şirkete kiralama yoluyla veren Cumhuriyet Vakfı yönetiminin değiştirilmesi ile başladığı, bu değişiklikte rol alan Vakıf Yönetim Kurulu Üyelerinin de cezai sorumluluğunun bulunduğu dikkate alınarak, Vakıf yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin yapılan ve hukuka aykırı olduğu iddia edilen seçim usul ve işlemlerinin irdelenip değerlendirilmesi sanıkların kasıt, amaç ve hareket saiklerinin tespiti açısından önem arz etmektedir.”

Mütalaanın böyle olmasına rağmen bakınız AYM, davanın sanıklarından Turan GÜNAY hakkında verilmiş olan tutuklama kararını şöyle özetliyor:

“75. Tutuklama kararında; Şirketin gazeteyi çıkaran firma olduğu, gazetenin isim ve yayın hakkını elinde bulunduran Vakfın ise gazete ve Şirket üzerinde üst bir kurum olduğu, dolayısıyla Vakıf, Şirket ve gazete arasında organik bağ bulunduğu ve gazetenin yayınlarından Vakıf ve Şirket yönetiminin sorumlu olduğu, FETÖ/PDY ile bağlantısı olan kişilerin yönetimde yer almaları için Vakfın "Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimleri"nde usulsüzlük yapıldığı, Vakıf Yönetim Kurulundaki değişiklikler sonrasında gazetenin devletçi, **laik ve ulusalcı çizgisini değiştirip** devleti hedef aldığı, bu kapsamda gazetede FETÖ/PDY ve PKK terör örgütlerinin propagandası sayılabilecek ve bu örgütler lehine algı oluşturabilecek birçok manşet, haber ve yazıya yer verildiği, gazetenin terör örgütlerinin amaçları doğrultusunda gerçekleri perdelediği (manipülasyon yaptığı), böylece ülkeyi yönetilemez hale getirmeye çalıştığı belirtilerek gazetenin bu yayınlarından sorumlu olduğu ifade edilen başvuru dahil Vakıf ve Şirket yönetiminde bulunan şüpheliler yönünden kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu sonucuna varılmıştır. Anılan kararda, suçlamaya dayanak olmak üzere gazetenin 2013 yılı sonrası yayınlarına yer verilmiştir (bkz. § 17). İddianamede ise 2013 yılı ve sonrasında Vakıf Yönetim Kurulunda yapılan değişiklikler sonrasında gazetenin suçlamaya konu yayın politikası değişikliğinden söz edilmiştir (bkz. §§ 23, 24).

Buna karşılık bu kararın hukuka aykırılığı da şöyle belirliyor:

“89. Somut olayda Anayasa Mahkemesince, soruşturma makamlarının suçun işlendiğine dair belirtileri somut olgularla ortaya koymadan başvuru hakkında tutuklama tedbirine başvurdukları sonucuna varılmıştır (bkz. § 80). Bu itibarla "olağanüstü hal" döneminde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesinin, başvuru hakkının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen güvencelere aykırı bu müdahaleyi meşru kılmadığı değerlendirilmiştir.

90. Açıklanan gerekçelerle -Anayasa'nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde de- başvurucunun Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”

Basından takip etmiş olabilirsiniz AYM kararında (diğer kararları gibi) çok geç kalmıştır. Karar verildiğinde Turhan GÜNAY, tutukluluğunun 9. Ayında zaten tahliye edilmişti. Cumhuriyetin diğer sanıkları hakkında verilecek olan kararları hala bekliyoruz.

Aşağıda bahsedeceğimiz, tutukluluk hali devam etseydi bile Mahkeme, zaten Turhan Günay'ı tahliye etmeyecekti. Çünkü 27. Ağır Ceza Mahkemesi,26. ve 13. Ağır Ceza Mahkemeleri gibi AYM'nin ihlal kararlarının gereklerini yerine getirmiyor. Bu konu Altan davasının anlatımında detaylarıyla açıklanacaktır.

Görüldüğü üzere bir gazetenin ancak okurlarını ilgilendirebilecek olan yayın politikası bir ceza mahkemesinin konusu olabilmış ve bu nedenle insanlar aylarca tutuklu kalabilmişlerdir.

Sonunda yargılanan hemen herkese ağır cezalar verilmiştir. Bu yazı yazıldığı an itibarıyla mahkumiyet kararlarının gerekçesi henüz beklenme aşamasındaydı.

2-Altan davası:

Kısa bir özet geçelim. Bu davada tutuklamaya ve karara egemen olan kanıtlar şunlar:

2010 tarihinden başlayarak yazılan üç adet gazete ve internet sitesinde yayımlanmış olan makale;

14. Temmuz 2016 günü yani darbe teşebbüsünden bir gün önceye tekabül eden gün periyodik olarak 3 kişi arasında yapılan bir sohbet; (bu üç kişi de TCK 309. Madde gereğince Ağırlaştırılmış Müebbet Hapse mahkum edilmişlerdi)

Evindeki aramada bulunan 1 dolar;

Bir polis operasyonu kapsamına alın(ma)ması (!)

İşte bu eylemlerle TCK 309, 311 ve 312. Maddeler gereğince tutuklandıktan sonra; bu tutuklama kararı üzerine hem AYM'ye hem de AİHM'ye başvurulmuştu.

AYM vereceği kararın emsal karar olarak göz önüne alınması için dosyayı AYM GK'ye (Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu) gönderdi.

Ve AYM GK şu kararı verdi: Konuyu izah eden bazı paragrafları aynen alıntılıyorum:

107.*Anayasa Mahkemesi Aydın Yavuz ve diğerleri (bkz. §§ 187-191) kararında, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde alınan YÜHFD Cilt: XV Sayı:2 (2018)*

tedbirlere ilişkin bireysel başvuruları incelerken Anayasa'nın 15. maddesinde ortaya konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence rejimini dikkate alacağını belirtmiştir. **Buna göre olağanüstü bir durumun bulunması ve bunun ilan edilmesinin yanı sıra bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden tedbirin olağanüstü durumla bağlantılı olması hâlinde inceleme Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca yapılacaktır.**

134. Tutuklama kararında, başvuruçunun televizyon programındaki konuşması ve "Balyoz'un anlamı" başlıklı yazısıyla -soruşturma mercilerince FETÖ/PDY tarafından sahte delillerle kurgulandığı belirtilen-Balyoz soruşturmasını övücü nitelikte beyanlarda bulunarak örgütün amacı doğrultusunda kamuoyu oluşturmaya çalıştığı belirtilmiştir. **Buna karşılık söz konusu programdaki konuşmalarda başvuruçunun hangi sözlerinin bu mahiyette olduğu açıklanmamıştır (bkz. § 25). İddianamede yer verildiği şekliyle anılan programlardaki konuşmalarda, programın sunucusu olan A.N.I.'in Taraf gazetesinde yayımlanan Balyoz davasına ilişkin haberlerle bağlantılı olarak programın konuğu olan A.H.A. hakkında açılan bir davayla ilgili olarak çok sayıda meslek kuruluşunun bir araya geldiğini ifade etmesi üzerine başvuruçunun "Dünyadaki, bütün dünyadaki. Uluslararası" şeklinde sözler söylediği anlaşılmaktadır. Başvuruçunun Balyoz davasıyla ilgili olarak bunun dışında bir beyanının bulunmadığı görülmektedir (bkz. § 34).**

135. "Balyoz'un anlamı" başlıklı yazı ise ulusal ölçekte yayın yapan Star gazetesinde yayımlanmıştır. Anılan gazetenin FETÖ/PDY'nin yayın organlarından biri olduğuna dair iddia bulunmamaktadır. Öte yandan anılan yazının yayımı 2010 yılında gerçekleşmiştir. Soruşturma makamlarının bu dönemde FETÖ/PDY'nin bir suç örgütü olduğuna ve bunun kamuoyunca bilindiğine dair bir tespit ve iddiası mevcut değildir. Aksine soruşturma makamları başvuruçunun bu yapılanmanın illegal yönünü 2013 yılının son döneminde gerçekleşen -ve FETÖ/PDY'nin gerçek amacının ortaya çıktığı belirtilen- "17-25 Aralık soruşturmaları"ndan sonra bilebilecek konumda olduğunu ileri sürmektedirler (bkz. § 25). Soruşturma makamlarını, anılan soruşturmanın başlamasından üç yıl önce yazılmış ve yazıldığı dönemde ülke gündeminin ilk sıralarında yer alan güncel bir davaya ilişkin yazının FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda kaleme alındığı kanaatine sevk eden olgusal temeller ortaya konulmamıştır. Kaldı ki aynı dönemde yazılı ve görsel medyada söz konusu davaya ilişkin lehte ve aleyhte çok sayıda haber, yazı ve yoruma yer verilmiştir. Başvuruçunun hakkında anılan yazının

yazıldığı dönemde ve sonrasında soruşturma açıldığına dair bir bilgi ve belge de bulunmamaktadır.

140.Başvurucunun sarf ettiği sözlerin içeriği ve bağlamı, anılan sözler öncesinde ve sonrasında diğer konuşmacılar ile başvurucu tarafından dile getirilen hususlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; bu sözlerin -tereddütsüz bir şekilde- darbe çağrısı olarak nitelendirilmesi ve başvurucunun bunları ertesi gün gerçekleşecek olan darbe teşebbüsünü bilerek kamuoyunu buna hazırlamak amacıyla söylediğinin kabul edilmesi zordur. Aksi durumda kullanılan sözlere, objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde anlamlar yüklenmesi sonucu doğabilir (bkz. § 224). Nitekim programdaki konuşmalarda Hükümetin, iki yıl sonra yapılacak seçimlerde veya seçim öncesinde iktidar partisinden bir kısım milletvekilinin bir başka siyasetçiyle birlikte yeni bir parti kurması sonucunda değişebileceğine yönelik öngörülerde bulunulmuştur (bkz. § 34).

145.Anılan yazı incelendiğinde başvurucunun darbe girişiminin sadece FETÖ/PDY mensuplarınca gerçekleştirildiği hususundaki kuşkularını ifade ettiği, ayrıca darbe teşebbüsü sonrası alman tedbirleri eleştirdiği görülmektedir. Darbe teşebbüsü sonrasında teşebbüsün kaynağına ve teşebbüs sırasında başka unsurların da FETÖ/PDY ile birlikte hareket etmiş olabileceğine ilişkin görüşlerin yazının yayımlandığı dönemde kimi çevrelerce de dile getirildiği bilinmektedir. Kamu makamlarının değerlendirmelerinden ve çoğunluğun görüşünden farklı olan görüşlerin, görüşü ifade edenin amacından hareketle bir suça konu edilebilmesi için, bu amacın -ifadelerin içeriğinin dışında- somut olgularla ortaya konulması gerekir. Buna karşılık soruşturma makamlarınca, başvurucunun suça konu edilen yazıyı yazarken FETÖ/PDY'nin amacı doğrultusunda hareket ettiğine ilişkin kanaat oluşmasını sağlayacak nitelikte olguların varlığı gösterilememiştir (bkz. § 25).

146.Başvurucunun yukarıda belirtilen eylemlerinin FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda gerçekleştirildiğine ve bu yapılanmayla irtibatının bulunduğuna ilişkin olarak bir tanığın soyut anlatımlarına, başvurucunun evinde yapılan aramada 1 dolarlık banknotun bulunmasına, FETÖ/PDY mensubu yargı ve kolluk görevlilerince yürütüldüğü belirtilen bir soruşturmaya dâhil edilmeyişine, bazı kişilerle yaptığı -zamanı ve içeriği belirtilmeyen- telefon görüşmelerine ve Bank Asyada hesabının olmasına dayanılmıştır (bkz. § 34). **Bununla birlikte başvurucunun banknot, hesap, soruşturmaya dâhil edilmeme ve telefon görüşmelerine ilişkin hayatın olağan akışına uygun olan savunmasının aksini ortaya koyacak somut bir**

olgu belirtilmemiştir. Tanık anlatımında ise başvuruçunun somut bir eylemine dair bir bilgiye yer verilmemiştir.

147.Son olarak Cumhuriyet savcısı esas hakkında mütalaasında suç işlendiğine dair delil olarak "Bylock" üzerinden yapılan bazı yazışmalara da dayanmıştır (bkz. § 38). Anılan yazışmaların başvuruçunun dışındaki kişiler arasında yapıldığı anlaşılmaktadır. Yazışmalarda başvuruçununla ilgili bazı ifadeler yer verilmiştir. Bununla birlikte somut olayın koşulları ve başvuruçunun hakkında kullanılan ifadelerin içeriği dikkate alındığında bunların tek başına suç şüphesini gösterir kuvvetli bir belirti olarak değerlendirilmesi mümkün görülmemiştir."

İşte bu karar verildikten sonra olan oldu: Hukuk sistemimiz bir kaosa sokuldu. Önce "Mahkemece " bu karar bize tebliğ edilsin sonra karar vereceğiz" dendiikten sonranın sabahı, hükümetin yüksek yerlerinden gelen açıklama ile AY MAH GK kararının hukuka aykırı olduğu, AYM GK'nın yerindelik denetimi yaptığı, delilleri değerlendirdiği şeklinde açıklamalardan sonra Mahkeme, karara uyulmayacağını oy çokluğu ile açıkladı.

Yaptığımız itiraz bir sonraki mahkeme yani Cumhuriyet Davası'na bakan Mahkemeye geldi. O da hemen hemen aynı gerekçelerle AYM GK kararına yine oy çokluğu ile uyulmaması kararı verdi.

İlk derece Mahkemesinin AYM GK'nın kararına uymaması, kararda gösterilen ihlalin gitderilmemesi başlı başına Anayasa 36. Ve AİHM 6. Maddede söz konusu olan adil yargılama ilkesine aykırı olduğundan Anayasa Mahkemesi yapmış olduğumuz bireysel başvuru ise halen karara bağlanmamıştır.

Bu sırada yargılama sürüyordu. Ve hüküm verildi. AYM GK'nın delil yok, suç yok dediği dosya ile ilgili olarak TCK309. Maddeden ağırlaştırılmış Müebbet hapis cezasına karar verildi.

Karardan hemen sonra, gerekçeli kararın yazımı sırasında Bu kez AİHM kararı çıktı. Kararda çok özet olarak şöyle deniyordu:

AİHM KARARINDAN:

AİHM internet sitesinde; Tutuklama kararının AİHS'nin 5. ve 10. Maddelerine aykırı olduğu; Dosyada yazı ve konuşmalardan başka bir şey olmadığı; AYM GK kararında yazılı olan ihlal gerekçelerine aynen katıldığı; Mahkemenin AYM GK kararının gereklerini yerine getirmemesinin AİHM'ye göre de kabul edilemeyeceği belirtilmiş; Ancak AİHM kararından önce mahkumiyet hükmü verildiğinden kararın uygulanma koşullarının bulunmadığının da altı çizilmiştir.

Böylece AİHM, bir yandan Mehmet ALTAN'ın içinde bulunduğu hukuksuzluğu vurgularken, doğrudan kendi kusurluluğundan kaynaklanan “gecikme” halinin nedenlerine hiç değinmeden üzerinde çokça konuşulması gereken bir durumu hepimize ve hukuk alemine emanet edebilmiştir.

Oysa Altan başvurusu AİHM kararından takribi bir yıl önce yapılmıştı ve AİHM için önemini, ihlal edildiği iddia edilen temel hak ve özgürlüklerin ağırlığını gerekçe göstererek başvurumuzla ilgili olarak ”öncelikli inceleme” kararı almıştı.

AİHM'nin bu tutumu, üzerinde çokça konuşulması ve düşünülmesi gereken bir durumu işaret etmiştir. Başkaca başvurularda da sürdürülmeye başlanılan bu trend AİHM'nin varlık nedenini tartışmaya sokmaya da başlamıştır. Tevali eden bu durumun irdelenmesi, ayrı bir inceleme ve yazı konusu olduğu için şimdilik bu açıklama ile yetinelim.

AİHM kararının gecikmesinin dışında, Altan'ın “hüküm özlü” tabir edilen statüde olması nedeniyle uygulanma kabiliyetinde olmaması tespitine de katılmak mümkün değildir. Çünkü aynı kararda, ilk derece mahkemesinin Anayasa Mahkemesi'nin kararına uymamasının aynı zamanda AİHS'nin 5/1. Maddesine aykırı olduğu tespitinin hali hazırda giderilmesi gereken bir hali olduğu da açıktır. İşte bu nedenle AİHM kararının tarafı olan Adalet Bakanlığı'nın eylemlilikte bulunup vaki ihlal halinin giderilmesi için bu kararı merciine yani İstinaf Mahkemesi'ne göndermesi gerekmektedir.

Konuya ilişkin olarak Bakanlık göndermiş olduğumuz dilekçelerimiz bu güne kadar karşılık bulmamıştır. Bu durumun ayrıca hukuksuzluğa neden olduğu açıktır.

Yargılama aşamaları bittiğinde,yani en aleyhe kabul olarak verilmiş olan mahkumiyet hükmü Yargıtay tarafından onandığında yine başvurulacak merciin Anayasa Mahkemesi olacağı açıktır. Ve Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karar da yukarıda belirtildiği gibi olacaktır. Ortada bırakalım mahkumiyet için tartışılması gereken bir kanıt; gözaltına alınması için gerekli olan suçluluğu gösteren bir kanıt bile bulunmamaktadır.

Tüm bunlara rağmen Mehmet ALTAN'ın ve onunla aynı hukuki statüde bulunan başta abisi Ahmet ALTAN'ın tutukluluk halinin devam etmesi çerçevesindeki ihlal halinin başta ulusal ve uluslar arası insan hakları kuruluşları ile hukuk çevreleri arasında çokça konuşulacağı kanısını taşıyorum.

Bu vahim hukuk serüveninin devamının bundan böyle ne hal alacağını Ülkemiz hukuk kurumları tarafından ilgiyle izlenmesi gerektiği konusunu

ilgililer kimse onlara okuyanlara emanet ederken yazımıza Şahin ALPAY dosyasıyla devam edelim.

3- Şahir ALPAY Davası

İddianameden bir bölüm:

“Şüpheliler Mümtazer TÜRKÖNE, Ali BULAÇ, İbrahim KARAYEĞEN, Ahmet Turan ALKAN, Mustafa ÜNAL, Şahin ALPAY, Nuriye URAL, Lalezar SARIİBRAHİMOĞLU, Orhan Kemal CENGİZ, İhsan Duran DAĞI FETÖ-PDY medya organlarında görev yapan köşe yazarlarının; yazı başlıklarının ve yazılarından seçilen kısımların “cimbızla çekilip” alınmadığı, konjonktürel ve tarihi perspektifle bakıldığında bu yazılardaki ifadelerin “mecaz” ya da “metafor” olarak izah edilemeyeceği, genel olarak operasyonların ve yargı sürecinin devam ettiği dönemlerde kaleme alınan yazılarda Hükümete sadece muhalefet yapılmadığı veya eleştiri yöneltmediği; **görünürde suç unsuruna rastlanılmayan yazılarında dahi basın ve ifade özgürlüğünün sınırlarını aşarak devlet yetkililerinin ve kurumlarının haklarını ihlal niteliğinde ifadeler kullandıkları ya da ön hazırlık niteliğinde yazılar yazdıkları; şüpheli yazarların genel itibarıyla de süreç içerisinde böyle bir duruş sergiledikleri, basın ve ifade özgürlüğünün sınırlarını aşarak devlet yetkililerinin ve kurumlarının haklarını ihlal niteliğinde ifadeler kullanarak örgüt amacına hizmet ettikleri; ulusal güvenliği tehdit edebilecek, toplum huzurunu, toplumsal barışı ve asayışı bozabilecek beyanlarda buldukları, askeri darbe çağrısında bulunmaktan çekinmedikleri, bu haliyle şüpheli yazarların gerek suç unsuru ihtiva ettiği tespit edilen yazılarıyla gerek tek **başına suç unsuru olduğu belirlenmemekle birlikte** örgütsel hedef ve amacı tamamlayan yazılarla FETÖ-PDY terör örgütü hiyerarşisi içerisindeki görevlerini yerine getirdikleri, “**

İstenen cezalar ise:

“**Bu şekilde FETÖ-PDY silahlı terör örgütü üyesi olduğu anlaşılan şüphelilerin FETÖ-PDY silahlı terör örgütünün medya gücünü oluşturdukları, FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün genel amacı doğrultusunda, Anayasal düzeni ortadan kaldırmak, TBMM'yi ortadan kaldırmak ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmak için örgüt stratejisi ve hiyerarşisi içerisinde rollerini yerine getirerek üzerlerine atılı suçları işledikleri anlaşılmıştır. “**

Yani 3 kez ağırlaştırılmış Müebbet Hapis cezası.

Hukuk düzeninde, **görünürde suç unsuruna rastlanmamak suretiyle ifade özgürlüğünün sınırlarının aşılması** halinin irdelenmesi gerekir.

Bu hal diğer iki davada da mahiyet olarak görülen ancak Alpay Davasında “açık edilen” haldir. Yani asıl konu, ifade ve basın özgürlüğünün (Ay.26,28) ihlali değil, gazetecilerin enterne edilmesi için onların olağanüstü Hal’de dahi Anayasanın 15/2. Maddesine göre “durdurma yasağına” tabi ve Anayasanın 25. Maddesine göre “istisnası olmayan haklarının” ihlalidir. Her üç davada da insanlar, “düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmışlardır.” Yazı ve sözlerin içerik itibarıyla suç teşkil ettiği konusunda bir iddiada bulunmadan; hukukta yeri olmayan “ifade özgürlüğünün sınırlarının aşılması” gibi bir iddia ile suçlanıldığı zaman savunma olarak o yazılarınız ve sözlerinizle “ne demek istediğinizi açıklamak “zorunda bırakılmanız”, AY 15/2. ve 25.maddelerin ihlaline tekabül etmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, bu üç pilot davada görülen ancak faşizme yakın otoriter bir düzende olabilecek ihlaller nedeniyle bu gün yüzün üzerinde gazeteci tutukludur. Onların isimlerinin gereği kadar bilinmemesi, zamanında Merkez tabir edilen medyada çalışmamalarından, dolayısıyla olmayan popülaritelerinden kaynaklanmaktadır.

Sonuç yerine:

Yukarıda, takribi olarak yüz civarında tutuklu gazetecinin davasını ilgilendiren 3 dava ve iddianameden ve bu arada verilmiş olan AYM GK ve AİHM kararından bahsettik. AYM GK ve AİHM kararlarından görüldüğü üzere bu 3 davada da yargılanan insanların görevleri gazeteciliktir. Aynı yüzün üzerinde insan gibi dosyalarında kanıt olarak yazı veya konuşmadan başka bir şey bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi çok gecikmiş olsa da görevinin bir bölümünü yerine getirmiş ve ihlalleri sergilemiştir. Çağlayan Adliyesindeki 4 adet Ağır Ceza Mahkemesi (asıl ve itirazları karara bağlayan mahkemeler) ise arkalarına siyasetin rüzgarını da alarak bu içtihatları yok saymıştır. Diğer Ağır Ceza Mahkemeleri hukuku değil bu ilk derece mahkemelerinin takip ettiği istikameti benimseyerek yaşanan hukuk trajedilerine yol açmaktadır. Hukuk tarihimizde ilk kez görüldüğü üzere hukuk değil hukuksuzluk yerleşik içtihat haline getirilmiştir.

Şu ana kadar yaşanan hukuk darbesinin en önemli nedeni yürütmenin yani hakim siyasetin HSK yoluyla yargıya ağır baskısıdır. Bu baskı benim gördüğüm kadarıyla cumhuriyet tarihinden bu güne kadar yapılan en ağır baskıdır. HSK, yukarıda belirtmiş olduğum kararı ve benzerleriyle neredeyse mahkemelerin ara kararlarına kadar nüfus etmektedir. Bunu da açıktan açığa ve asıl önemlisi diğer yargıçlara ibret olsun diye göstere

göstere yapmaktadır. Bu baskı mahkeme kararlarına tabiri caizse adeta ipotek koymaktadır.

15. Temmuz 2016 tarihinden itibaren hakim ve savcılarının %26'sı meslekten uzaklaştırılmıştır. Açığın kapatılması için stajlarını dahi bitirmeyen stajyer yargıç ve savcılar boş kürsülere gönderilmiştir.

Bunun zorunluluk nedeniyle olduğu açıktır. Ancak bir de açıktan açığa yargının üzerine yürütmenin HSK aracılığı ile adeta vasi olarak görev icrası, hukukun yargı yoluyla giderilmesi on yılları alacak tahribatına neden olmuştur. Tahribat bütün hızıyla halen devam etmektedir.

Meslek yaşamının başında olan genç yargıç ve savcılar açısından son derecede olumsuz bir mesleki bir alt kültür oluşmaktadır.

Bu alt kültür, yargının devletin bürokratik aygıtlarından biri olduğu gibi zaten yaygın bir anlayışı daha da güçlendirecektir.

Yargının görevi devleti korumak olmayacağını, Devletin gerçek korunmasının hukukun tam anlamıyla egemen olması halinde söz konusu olabileceği gerçekliğinin egemen olması gerekmektedir.

Bu önce hukuk eğitiminden geçmektedir. Bu meyanda lisans eğitiminden hemen sonra Adalet Akademisi stajında; Yargıçların asıl görevlerinin suçlulukla mücadele olmadığının öğretilmesi gerekmektedir. Bu mücadelenin Devletin emniyet ve kolluk birimlerinin görevi olduğunun, yargıcın bilincine kazınması şarttır. Onun asıl görevinin, evrensel hukuk; özellikle usul hukuku kurallarının tatbiki ile suçluyla suçsuzu ayırt etme olacağı içselleştirilmelidir.

Şimdi başlasa etkisi çok zaman sonra görülebilecek bu olguyla birlikte olarak, HSK'nın yürütmenin egemenliğinden tam anlamıyla kurtulması yani siyasetin yargıdan elini çekmesi gerekmektedir. En zoru budur. Bunun için yaygın bir demokratik kültürün topluma nüfuz etmesi gerekmektedir.

Mutlu yaşamın ve zenginleşmenin yolunun insan haklarının derinlemesine yerleşmesinden geçtiği artık matematik kesinliktir. Yargısal adaletin, toplumsal adaletin ilk adımı olduğu artık bilinmelidir.

Ceza Hukukunda Adalet İlkesi
Yorumlar ve Tartışma

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Tuğrul Katoğlu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ozan Erözden, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Katılımcıların Katkıları

CEZA HUKUKUNDA ADALET İLKESİ BAŞLIKLILIK OTURUMDAKİ BİLDİRİLERE YORUM Tuğrul KATOĞLU

Adaletin tanımı tartışılmalıdır. Doçent Dr. Hasan Sınar'ın bildirisi, adalete ulaşılması bakımından hukukun içeriği ve uygulanması sorunları üzerine kurulmuş, çok ayrıntılı ve titiz bir çalışmadır. Bu çerçevede Doçent Dr. Sınar, adaletin gerçekleşmesi bakımından, hukukun içeriğinin yanı sıra, uygulanmasının da adil olması gerektiği anafikrini yansıtmaktadır.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, adil yargılanma hakkının kurucu unsurlarından olan bağımsız ve tarafsız mahkeme kavramları ile ilgili olarak, adaletin yerine getirildiğinin görülmesi ve hissedilmesi gerektiği yönündeki görüşü, adalete ulaşılması bakımından pozitif hukukun içeriğinin yanı sıra hukukun uygulanmasına da dikkat çeken bir anlayışın ifadesidir.

Bildiride, adil yargılanma hakkı ve ceza muhakemesi koruma tedbirleri bakımından olağanüstü hal rejimine ilişkin normatif gelişmelerle, cinsel istismar suçları, ölüm cezası gibi önemli güncel konulara ilişkin tartışmalar ele almış, berrak ve eleştirel bir biçimde sunmuştur.

Avukat Ergin Cinmen de, güncel örneklerle Türkiye'de ceza adaletinin krizine ilişkin bir bildiri hazırlamıştır. Özellikle bireysel başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararların uygulanmaması ya da zoraki uygulanması, adil yargılanma hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından oluşan ciddi tehdidin önemli örnekleri arasında paylaşmıştır.

Bu çerçevede yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, adil yargılanma hakkının kurucu unsurlarından bağımsız ve tarafsız mahkeme kavramlarında yer alan mahkeme bileşenini tanımlarken dikkate aldığı temel ölçütleri hatırlamak zorunludur. Mahkeme, bir uyumsuzluğu tam yargısal açıdan ele alan yani maddi olay yargılaması yapan ve hukuki sorunu çözen, verdiği kararlar ise bağlayıcı olup devlet gücüyle uygulanan bir makamdır. Yani kararı uygulanmayan bir merciin, adil yargılanma hakkı bakımından mahkeme olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Bu nedenle, ilk derece mahkemelerinin, bireysel başvuru sonucunda verilen kararları uygulamamasının bireysel başvuru yolunu işlevsiz kılacağı, Anayasa Mahkemesi'nin mahkeme niteliğine de gölge düşüreceği açıktır.

Doçent Dr. Hasan Sınar, adalet amacı bakımından ceza ve ceza muhakemesi hukuku kurumlarını ele almıştır. Ceza ve ceza muhakemesinin,

devletin zor kullanma yetkisinin en ileri derecede somutlaştığı hukuk dalları olduğunda kuşku yoktur.

Olağanüstü hal rejiminin, bu durumu çok daha ciddi bir hale getirdiği açıktır. Bununla birlikte, olağanüstü hal ilanından önce de olağan olmayan haller söz konusuydu.

Berke Vardar, Aydınlanma Dönemi Fransız Yazını adlı eserinde, Aydınlanma Dönemi'ni, edebiyatçıların hukuki sorunlar üzerinde yazdığı, hukukçuların ise, edebi bir biçimi tercih ettiği bir zaman kesiti olarak tanımlar. Hukukçu olmayanlar da hukuki sorunlar üzerinde durmuşlar, işkence, hapis cezası, bedensel cezalar, kişi özgürlüğü ve güvenliği gibi konular, edebi eserlerin de konusunu oluşturmuşlardır. Zira herkes, keyfi zor uygulamalarının hedefindedir. Mevcut dönemde, düzenli olarak yine bu konuların gündemde olması, olağan olmayan haller içinde yaşandığının açık bir göstergesidir. Olağanüstü hal ilanı öncesinde de, yıllar boyunca, yakalama, tutuklama, gözaltı, bağımsız ve tarafsız yargı sorunlarının trajik örnekleriyle tartışmaların odağına yerleşmiş olması, her halde olağan bir durum değildir. Geçtiğimiz yıllar boyunca, Prof. Dr. Nurullah Kunter'in deyimiyle, olağan olmayan dönemlerin mahkemeleri Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin yarattığı sorunlar, bunların devamı niteliğindeki özel yetkili mahkemelerin ibret teşkil eden tasarrufları ve sulh ceza hakimliklerinin kararları gündemi oluşturdu. 2010 referandumundan bugüne, Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun yapısı çeşitli kereler değiştirildi. 2012'de "Gezi Olayları" sonrasında, siyasal ve toplumsal konjonktüre göre birçok kanun değişikliği yapıldı. 2013 Aralık ayından sonra bu konjonktüre göre, bunun ardından tersi konjonktüre göre, başta koruma tedbirleri olmak üzere pek çok konuda (savunma hakkı gibi) değişiklikler yapıldı.

Ardından "İç Güvenlik Paketi" olarak bilinen kanuni düzenlemeler ve değişiklikler yapıldı. Kolluk yetkilerinin genişletilmesi, idari mercilere, ceza muhakemesine ilişkin yetkilerin verilmesi sonucunu doğuran düzenlemeler ile, ilan edilmeyen bir olağanüstü hal devreye girdi. Yani olağanüstü hal ilan edilmeden kolluk yetkileri genişletilmiş oldu.

Bunların ardından olağanüstü hal ilan edildi. Hatırlanacağı üzere, 2010 referandumu ile Anayasa'nın Geçici 15. maddesi kaldırılmıştı. Ancak olağanüstü hale ilişkin tedbirlerin düzenlendiği 6755 sayılı kanunun 37. maddesiyle, olağanüstü hal süresince görev ifa edenler ile siviller bakımından sorumsuzluk hükümleri getirildi. Yapılamaz denemeler yapıldı. Türk Ceza Kanunu'nda, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesiyle değişiklik yapılarak ceza müeyyidesi ağırlaştırıldı.

Daha da önemlisi, olağanüstü hal koşulları ile baş edebilmek için çıkarılan kanun hükmünde kararname, aynen kanunlaştırılarak sürekli kanun haline geldi ve olağanüstü hale ilişkin düzenlemeler kalıcılaştırıldı. Bu durum, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin kanunlaştırılmasının, temel hak ve özgürlükler ile hukuk devletinin kurucu unsurları bakımından gerçekten bir güvence sağlayıp sağlamadığını da tartışmayı gerektirmektedir.

Bu çerçevede, müdafii yasaklanmasına ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 151. maddesinin üçüncü fıkrasında 676 sayılı kanun hükmünde kararname (KHK) ile yapılan değişiklik 7070 sayılı Kanun ile aynen kabul edildi.

Kovuşturma evresinde müdafii yardımının sınırlandırılmasına ilişkin olarak CMK'nun 149. maddesinin ikinci fıkrasında 676 sayılı KHK ile yapılan değişiklik 7070 sayılı kanun ile aynen kabul edildi.

Zorunlu müdafiliğin kanunen öngörüldüğü hallerde müdafii olmaksızın duruşmaya devam edilmesine ilişkin olarak 676 ve 696 sayılı KHK'ler ile CMK m. 188'de, hükmün açıklanması aşamasına ilişkin olarak 694 sayılı KHK ile CMK'nun 216. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikler, 7070 sayılı Kanun ile aynen kabul edildi.

CMK'nun 154. maddesine KHK ile eklenen ve müdafii ile görüşmenin yirmi dört saat için kısıtlanmasına ilişkin düzenleme 7070 sayılı KHK ile aynen kabul edildi.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 59. maddesinde, 676 sayılı KHK ile yapılan ve infaz aşamasında, avukatın yardımının kısıtlanmasına ilişkin değişiklik 7070 sayılı Kanun ile aynen kabul edildi.

Tutuklulukta ek süreyi uzatan ve TCK'nun ikinci kitap dördüncü kısım 4., 5., 6., 7. Bölümlerinde öngörülen ve Terörle Mücadele Kanunu'nda kabul edilen suçların muhakemesinde bu süreyi beş yıla çıkaran düzenleme 7070 sayılı Kanun'un 136. maddesiyle aynen kabul edildi.

Önceden sadece tutuklulukta salıverme talebi üzerine verilen red kararlarına itiraz edilebiliyorken, salıverme önündeki kararlara da itiraz yolunun açılmasına ilişkin olarak CMK m. 105/f. 1'de yapılan değişiklik 7079 sayılı Kanun'un 88. maddesiyle aynen kabul edildi.

CMK'nun 129. maddesinin üçüncü fıkrasında 696 sayılı KHK'nin 94. maddesiyle yapılan ve postada el koyma tedbiri bakımından, öncekinden farklı olarak, gönderilen zarf ve paketlerin, Cumhuriyet savcısının talimatıyla kolluk tarafından açılmasına olanak veren değişiklik 7079 sayılı Kanun'un 89. maddesiyle aynen kabul edildi. Öte yandan, bu tedbirin

uygulanacağı suçlara KHK ile yeni suçlar eklendi ve bu düzenleme de aynen kanunlaştırıldı.

CMK'nun gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin 139. maddesinin üçüncü fıkrasında 694 sayılı KHK ile yapılan değişiklik 7078 sayılı Kanun'un 137. maddesiyle, teknik araçlarla izleme tedbirine ilişkin 140. maddesinin üçüncü fıkrasında 694 sayılı KHK'nin 143. Maddesinde yapılan düzenleme, 7078 sayılı Kanun'un 138. maddesiyle aynen kabul edildi.

CMK'nun 135 ila 140. maddelerinde öngörülen koruma tedbirlerinin uygulanmasına yönelik yönetmelik çıkarılması hususu da, 696 sayılı KHK ile eklenen 140/A maddesiyle düzenlendi. Bu düzenleme de 7079 sayılı Kanun'un 90. maddesiyle aynen kabul edildi.

Tüm bu kanuni düzenlemeler, olağanüstü hale ilişkin değişikliklerin kalıcı hale geldiğinin göstergesi olup, ceza ve ceza muhakemesi hukukunda adalete ulaşmayı güçleştirmektedir.

**Bildiri Sunanların Yorum ve Eleştiriler Üzerine Genel
Değerlendirmeleri**

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Fazıl Sağlam

Ioanna Kuçuradi,
Ülker Yükselbaba,
Gülriiz Uygur,
Sevtap Metin,
Altan Heper,
Erkan Duymaz,
İlker Gökhan Şen,
Hasan Sınar,
Ergin Cinmen

Katılımcıların Görüşleri ve Kapanış Konuşması

(Sempozyumun bu bölümündeki bazı konuşmalar kaydedilememiştir.)

Gülriz Uygur: Nelerin çalışılmasına dair olduğunu belirtti bunlar önemliydi. Bunun dışında ben neyin altını çizmek istiyorum kendimce gördüğüm belirli bir şeyler var. Biz şeye çok dikkat ediyoruz en temelde ahlak ve etik ayrımına. Bu iki kavram birbirinden çok farklı. Etik deyince belki ahlak felsefesi demek isteniyorsa o zaman doğru yerinde kullanılıyor ama ahlak bizim için çok tehlikeli bir kavram. O yüzden mümkün olduğunca ondan uzak etik kavramımız veya denilecekse de ahlak felsefesi burada temel noktamız. çünkü ahlak ve etiği karıştırmak bizim karşımıza çok vahim sonuçlar çıkarıyor. Ve etiğin de, Nazlı da belirtti sunuşunda, bir bilgi konusu olduğunu fark etmemiz gerekiyor. Ahlak başka bir şey. Herkes etiği bildiğini iddia ediyor ama kastedilen genellikle ahlak oluyor. Etik bilgi konusu. Onun öğrenilmesi gerekiyor bunun altını çizmek gerekiyor. İkinci bir şey hani hukuk felsefesi geleneğinde hep hukuki pozitivizm doğal hukuk evet doğru bu iki akım var. Adalet deyince de doğal hukuk akla geliyor tamam burası da problem değil. Ama adaletle ilgilenen ve adaletle ilgili görüşleri olan herkes doğal hukukçu değil. Bunu da bilmemiz bizim için önem taşıyor. Örneğin ben adaletsizlik üzerine çalışıyorum ama doğal hukukçu değilim. Ben Kuçuradi'nin adalet kavramıyla ilgili görüşlerini izliyorum. Örneğin John Rawls adalet teorisini getirdi ama o da doğal hukukçu değildir. Yani dolayısıyla her adalet görüşünü dile getiren doğal hukukçu değildir. Son olarak da ben bir arkadaşımızın soruları olmuştu o çerçevede konuyu toparlamak istiyorum. Aslında temel iddiam argümanın ulaşamadığı yerde adaletsizliği görmekle ilgilidir. Argümanın ulaşamadığı yer en büyük engel olarak adaletsizliği görmemeye neden oluyor. Dolayısıyla burada üzerinde durduğum davalardan hareketle sadece bir kadın problemi gibi durum anlaşılmamalıdır. Toplumsal cinsiyetle ilgili problem dediğimizde buraya toplumsal cinsiyetin, hegemonik kadınlığın, hegemonik erkekliğin hüküm sürdüğü ama bunun dışında farklı kadınlar, farklı erkekler, LGBTİ bireyler, transların olduğunu da bilmek gerekiyor. Toplumsal cinsiyet hep bunlarla ilgili. Bunun dışında kadınlar arasında da farklılıklar var, erkekler arasında da farklılıklar var. Özellikle feminizmin dördüncü dalgasıyla beraber 21. Yüzyılda erkeklik çalışmaları gittikçe artmaya başlayarak hegemonik erkekliğin, erkeklere neler yaptığı ve hukukun da nasıl etkilediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Benim üzerimde durduğu nokta bütün dezavantajlı gruplarla ilgili önyargı. Yani önyargı ile bilgiyi ayırt etmediğimiz sürece ve ön yargıya bilgiymiş gibi muamele ettiğimiz müddetçe işte o ilk kabullerimizi, sorgulamadığımız sürece test etmediğimizde, bilgiymiş muamelesi yaptığımızda karşımıza neler çıkıyor? Göstermek istediğimiz bu noktaydı. Dolayısıyla adaletsizliği görmek için önyargı farkındalığını öncelikle görmek gerekiyor. Bunun için hukuk

eğitimi gerçekten önemli ve bununla ilgili olarak da belirli bir erdem, “Dertlenerek ilgilenmek” olarak adlandırdığım erdemim önem taşıdığını ileri sürüyorum.. Ben Ankara hukukta otuz saat ders veriyorum. Niye veriyorum? Birden dörde kadar veriyorum arada seimliklerim de var ve bu dersler yüz öğrenciyle birlikte birebir çalışabilme imkanı bana vermektedir. Bu süreçte neler işliyor neler işlemiyor? etik farklılık oluyor mu olmuyor mu? Bununla ilgili hukuk klinikleri, örneğin hapishaneler klinikleri vasıtasıyla kendimizi sınıyoruz. n yargıyla öğrencinin en temel hesaplaştığı yer hapishaneler oluyor. Yani bu işin içindeyim adaletsizliği görmek en temel problemim. Onu da nasıl başaracağız? alışınca biraz oluyor ama tamamen oluyor mu? Yok, daha biraz daha sorular var kafamda onun üzerine çalışıyorum. Yani buradaki problemi ben doğru olarak ortaya koymak istedim. nyargı meselesinin altını çizmek istedim. n yargı çeşitli gruplara karşı olabilir özellikle dezavantajlı gruplar örneğin engelli, yaşlı, ocuk, LGBTİ, kadınlar, farklı erkeklik durumunda bulunanlarla ilgili olduğunu belirtmek istedim. Bir de hukuk mesleği ile ilgili bir arkadaşımız belirtti. Kadınların sayısı artsa bir Şey değiştirir mi diye? Değiştirir mi değiştirmez mi gerçekten bu konuda bir çalışma yok. En son çalışmada da çok az kişiye yer verilip görüşleri alınmış. Ama bunun için de kararlara bakmak gerekiyor. Bu çalışmayı yaparken ben sadece tek başıma da yapmıyorum. Birlikte çalıştığımız hâkimler burada kesin bir Şey söyleyemeyiz ama bazen özellikle cinsel suçlarla ilgili davalarda erkek hâkimin fark edemediğini kadın hâkimler daha iyi fark edebiliyor, kadın hâkimlere erkeklere göre daha dikkatli diyorlar ama bu duyumlar tam olarak ortaya konulmuş değil. Dolayısıyla bu konuda da kesin bir Şey söyleyemeyiz bunun da altını çizmek gerekiyor. Bu kadar. Çok teşekkür ediyorum.

Fazıl Sağlam: Çok teşekkürler.

İlker Gökhan Şen: Aslında konuşmamda söylemek istediklerimi söylemiştim. Ancak Şöyle bir ekleme yapayım özellikle gelen eleştiriler zerine: Sunumumda herhangi bir yargıya veya sonuca varmak gibi bir amaç yok. Öncelikli amacım kavramsal bir ereve çizmek.... “İçinde bulunduğumuz veri bombardımanı karşısında bu veriyi nasıl izleyip anlamlandırabiliriz?” Benim kafamda yanıtını vermeye çalıştığım soru bu. Mevcut taslak metinde de bu doğrultuda olası bir metodolojiyi oluşturmadan önce alt yapı teşkil edebilecek kavramların tanımlanması kaygısı var. Buradaki tanım ve kavramsallaştırmalara aslında “wikipedia bilgisi”

diyebiliriz çok rahatlıkla. Burada bulunan herkesin zaten bildiği ve birçok kaynakta erişilebilir ve doktrinde de kabul edilen tanımlar. Açıkçası bu tanımları tekrarlayarak buradaki dinleyicilerin bilgi ve algısına saygısızlık etmek istemedim.

Bu bilgileri tekrarlayanın bir amacı içinden geçtiğimiz siyasi-hukuki süreçteki veriyi işleyip anlamlandırabilmek için gerekli olan metodolojiyi oluştururken kavramsal bağlantı noktalarını oluşturmak. Çünkü her farklı alanda anayasa hukuku, siyaset bilimi, siyaset biliminin ampirik kısmı ve hukuk sosyolojisi ve hukuk felsefesi bunların hepsi bir araya toplayıp birbirlerinden belki habersiz olarak derin ve üretken bir literatür alanının özeti ve bunlar arasındaki farklı kelimelerle aynı şeyden bahsettiklerinin fark edilmesi amacı var. Buradan hukuktan siyaset bilimine geçmemiz gerekiyor o zaman. Anayasa hukuku derslerinde öğrendiğimiz siyaset biliminden gelen o klasik otoriter sistemden totaliter sistemden ve demokratik sistemden ayrımı şu anda terk edilmiş durumda. Bugün artık demokratik sistem, hibrit sistem en kabul gören şekliyle geçiş çabasındaki otoriter sistemde ve konsolide otoriter sistem ayrımları var. Türkiye konsolide olmuş bir otoriter sisteme doğru hızla ilerliyor. Konsolide otoriter sistemlerde Rusya gibi, Orta Asya devletleri gibi ilk sunumumda da söylemiştim Singapur gibi ülkelerde hukukun sürekli bir meşrulaştırıcı rolü var. Ve bunun incelenmesi bizim içinde bulunduğumuz dönemi anlamlandırabilmek açısından bir ışık tutabilir diye düşünüyorum. Bunun dışında Bülent'in (Bülent Yücel-Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi) sorusu var: "Dual state kavramlaştırmasına ilişkin olarak mevcut siyasal dönemi yani içinden geçtiğimiz dönemi nasıl yorumlarsınız?" Türkiye'deki uygulamalar bizim bizzat hem öznesi hem nesnesi olduğumuz bu KHK rejiminin nasıl anlamlandırılabilir...En temel pozitivist ilkelerin bile ihlal edildiği bir dönemdeyiz. Ama çok garip durumlar da var örneğin bir Dinçer Demirkent, Murat Sevinç ve Kerem Altıparmak'ın yazmış olduğu metinde de anlatılıyor: Kanun oldu bizi attıkları KHK'lar. Biz OHAL Komisyonu'na başvurduk, orası bir idari kurum. Bunlar bizi iade ederlerse kanun mu iptal edilmiş olacak? Yoksa Komisyon konuyu Anayasa Mahkemesi'ne mi gönderecek? Biz şimdi kanunla ihraç edilmiş olduk, hakkımızda kanun çıkarılmış. Bu çok büyük bir şeref (!) İnsanın gerçekten egosunu okşayan bir durum (!)

Tekrar başa dönerek bitireyim. Bugünü anlamlandırmak için bir metodoloji oluşturmak lazım. Sonuç olarak ben yine sonuca ulaşmak istemiyorum. Buradan gelen geri dönüşler benim için çok kıymetli. Bu

konuda da ortak çalışmak isteyen olursa bu konuyu geliştirmek ve devam ettirmek isterim. Teşekkürler.

Fazıl Sağlam: Çok teşekkürler. Şimdi sıra Erkan'da.

Erkan Duymaz: Bana herhangi bir soru ulaşmadı, bu nedenle sadece sunumumun genel sonucu hakkında bir şeyler söylemek istiyorum. Çünkü sonuç kısmına değinme fırsatı bulamamıştım. Öncelikle, yorumlarını ve görüşlerini bana ulaştıran herkese çok teşekkür ediyorum. İlk başta, "AİHM kararlarında hukukun üstünlüğü ilkesi" başlığının diğer sunum başlıklarına göre oldukça spesifik bir konuyu ele aldığımı düşünüyordum. Ancak yazdıkça ve burada konuştuğumuzda aslında bu konunun o kadar da spesifik olmadığını ve içerisinde birden fazla önemli, temel başlık barındırdığını ve her birinin ayrı ayrı tartışmaya muhtaç olduğunu gördüm. Elimden geldiğince bunları toparlamaya çalıştım. Söylemek istediğim aslında şuydu: AİHM, hukukun üstünlüğü ilkesini çok seviyor, çok kullanıyor, bu ilkeye değişik anlamlar ve misyonlar yüklüyor. Hatta o kadar çok seviyor ki, bazı durumlarda, demokrasinin karşısında konumlanma pahasına veya çoğunluk iradesinin karşısında yer alma pahasına hukukun üstünlüğünü savunuyor. Bunu bilhassa demokratik geçiş dönemlerine ilişkin kararlarında ve siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin başvuruları incelerken yapıyor; halkın desteğini almış bir hükümetin programının önüne geçmek için hukukun üstünlüğü ilkesini kullanabiliyor. Kısacası, otoriter veya totaliter rejimlere kayma riski gördüğü zaman hukukun üstünlüğü ilkesine başvuruyor. Mahkeme, tabii ki bunu yaparken bir meşruiyet sorununun ortaya çıktığının farkında, fakat buna henüz net bir yanıt verebilmiş değil.

AİHM "Avrupa Anayasa Mahkemesi" olduğu iddiasını dile getirdi. Bunu çok fazla tekrarlamadı ancak, tabiri caizse, cin şişeden çıkmış oldu. Mahkemenin bu yetkisini nereden aldığını açıklaması, bu iddiasının dayanağını ortaya koyması gerekiyor. Mahkeme, bu konuda, AİHS'nin Başlangıç kısmında anılan Avrupa devletlerinin ortak değerlerine, ortak mirasına, insan haklarına, demokrasiye, hukukun üstünlüğüne atıf yapmakla yetiniyor. Aslında bu bir kısır döngü. Mahkeme sürekli bu kavramlara gönderme yaparak yetkisini genişletmeye çalışıyor ancak kendisini tam olarak nerede konumlandığı konusunda net bir söylem üretmiyor. Bununla birlikte, sunumda değinilen kararların arka planında AİHM'nin bir Avrupa Anayasa Mahkemesi gibi çalıştığını ve kendisini bu şekilde gördüğünü anlayabiliyoruz. Bu güçlü iddia karşısında, hukukun üstünlüğünü doğrudan koruyan ve bu kavramın gelişimine katkı sunan bir organ olarak

Mahkemenin de hukukun üstünlüğüne bağlı kalmasını beklemeliyiz. Bu noktada Mahkeme hukukun üstünlüğü ilkesine nasıl bağlı kalabilir sorusu akla gelecektir. Tabii ki, Mahkemeyi bu konuda denetleyecek bir organ yok. Yine de verdiği kararlarda tutarlı davranmaması veya Türkiye örneğinde olduğu gibi, binlerce insanın sorgusuz sualsiz, yargı denetimi dışında bırakılan işlemlerle işten çıkarılmasına şimdilik sessiz kalmayı tercih etmesi Mahkeme'nin hukukun üstünlüğüne bağlılığının sorgulanmasına yol açacaktır. Gerçekten de, Mahkemenin, hukukun üstünlüğüne tek bir gönderme dahi yapmadan binlerce başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı vermesi, bizlere Mahkeme içtihadını ciddi şekilde eleştirme hakkını vermektedir. Hukukun üstünlüğü ve adalet ilişkisi bakımından bir tartışma yapılacaksa bu noktaların da tartışmaya dâhil edilmesi gerektiğini düşünüyorum. Teşekkür ediyorum.

Fazıl Sağlam: Teşekkür ederim. Şimdi sözü ceza hukukçularına vermeden önce benim kafamdaki bir soruyu onlara yöneltmek istiyorum. Gerek milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması ve gerekse Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında herhangi bir soruşturma ve kovuşturma açılması, Meclis'in ve/veya Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde karar vermesine bağlıdır. Her ikisinde de bir istisna var; "**ağır cezayı gerektiren suç üstü halleri**". Bu ne demektir? Bir öğrenci bana Meclis'le ilgili olarak bu soruyu sorsa verebileceğim ilk cevap ancak şu olabilir diye düşünüyorum: Bir milletvekili birini tabancayla vurdu, sıcağı sıcağına yakaladılar. Birkaç kez gerçekleşmiş bir olay. İşte tipik bir suçüstü hali Bu halde dokunulmazlığın kaldırılmasına gerek kalmadan, - Anayasa'nın kullandığı terimlere göre- "tutulabiliyor, sorguya çekilebiliyor, tutuklanabiliyor ve yargılanabiliyor". Benzer bir ilke Anayasa Mahkemesi üyeleri, açısından da geçerli. Ama bakıyoruz, Anayasa Mahkemesi, KHK'nin isteğine uyarak iki üyesini meslekten çıkardı, kendi izni olmadan neden yakalandığını ve tutuklandığını bile sormadı. Meslekten çıkarmayı da "*kanıt gerekmiyor*" "*çevre bilgileri yeterlidir*" gibi hukuksal bir nitelik taşımayan gerekçelere dayandırdı. Aradan önemli bir süre geçtikten sonra Alparslan Altan'ın yaptığı bireysel başvuru üzerine verilen karardan öğrendik ki "*terör suçları temadi eden suçlardır ve temadi eden suçlarda en son aşamada bir kişi hakkında kuvvetli suç belirtisi varsa o zaten suçüstü halidir*". Doğrusu şaşırıdım kaldım. Bir istisna kuralı bu kadar geniş nasıl yorumlanabilir? Özellikle Anayasa Mahkemesi, özel yasasının kendi üyesiyle ilgili özel güvence kurallarını yok sayarak, kendisini Sulh Ceza Mahkemesi'nin ya da Ağır Ceza Mahkemesi'nin tutuklama ya da

tutukluluğun devamına ilişkin gerekçeleriyle bağlı sayıyorsa, aynı alanda sorun yaşayan kişileri nasıl koruyacak? Böylesine geniş bir suçüstü yorumu Yargıtay'ın sözde yerleşik içtihadı ile haklı kılınabilir mi? Daha da önemlisi böyle bir yerleşik içtihat var mı? Anayasa Mahkemesi üyeleri açısından bu konuda yerleşik bir içtihattan söz edilemeyeceğini biliyorum. Eğer bu şekilde meseleyi çözmek mümkünse, milletvekillerinin, özellikle HDP milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılması için bir anayasa değişikliği yapılmasına neden gerek duyuldu? Bunlar benim aklıma takılan sorular. Bu konuda ceza hukukçularının ne düşündüğünü merak ediyorum.

Hasan Sınar: Teşekkürler Sayın hocam. Şuradan başlayayım isterseniz; ben buradaki pek çok arkadaşım gibi İstanbul Üniversitesi çıkışlıyım. İstanbul hukukta taze asistanken Tefvik hocamdan da yüksek lisans dersi almıştım (ilkel toplumlarda toplumsal kontrol). Sonra, tez aşamasına geçtikten sonra bir gün yemeğe giderken hocamla yolda karşılaştık ne yapıyorsun ne çalışıyorsun dedi. Ben de, o sırada internet suçları üzerine yüksek lisans tezimi hazırlamaya başlamışım. Anlatmaya başladım, internette işlenen suçlardan doğan ceza sorumluluğu falan. Tefvik hoca şöyle bir baktı bana ve *pozitif hukukla uğraşmak boş iştir Hasan* dedi ve yürüdü gitti. Aradan geçen yıllar bana sürekli hocanın ne kadar haklı olduğunu ispatladı. Bugünkü toplantı da bunun bir başka teyidi oldu, bunun altını çizmek lazım. Şimdi burada bir de not kâğıdı var hocam sizin sorunuzla bağlantılı olarak isterseniz onu da bir okuyayım. Bir çıkarım yapmaya çalışalım. Sayın Elif Ermiş bir soru yöneltmiş. Ceza muhakemesinde delillerin takdiri ve değerlendirilmesi noktasında öğreti ve kanun açık olmasına rağmen Yargıtay içtihatlarıyla bu hükümlerin içlerinin boşaltılması ceza hukuku anlamında adalet anlayışını zedeler mi? Şimdi kuşkusuz, biz medeni hukukçu değiliz: Biz de MK Md. 2 gibi hâkim kendisi norm oluşturabilir diye bir şey söz konusu değil. Sınırlarımız son derece net çizilmiş. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi var. Hâkimin yapabileceği yorum da çok sınırlı ve onun da hangi esaslara göre yapılacağı çok sıkı sıkıya belirlenmiş ama biz buna alışkınız. Yargı bunu hangi konjonktürel ortam içinde gerçekleştiriyor? Bu aslında Türkiye'nin ezeli ve korkarım ki ebedi yargı bağımlılığı kültürünün bir tezahürüdür. Hocamızın sorusu da aynı şekilde. Bugün genelde konuşmalar yapılırken milat olarak 12 Eylül alındı. Daha da geriye götürülebilir. Ben adil yargılanma hakkını anlatırken biraz daha geriye gidip 1881 Yıldız Mahkemesi'nden başlatırım genelde. Biliyorsunuz Mithat Paşa ve arkadaşlarının Sultan Abdülaziz'in öldürülmesini azmettirdikleri gerekçesiyle ölümünden beş yıl sonra

başlayan yargılamadır. Yargılamayı yapan heyetin üzerine bir divan kurulur. Dönemin Adalet Bakanı Ahmet Cevdet Paşa yukarıdan mahkemeyi izler. Mahkemenin başkanı da Mithat Paşa'nın Tuna vadisindeyken yolsuzluk yaparken yakaladığı ve görevden azlettiği Sububi Efendi isimli bir adamdır. Bu örneği unutmayalım sene 2013, 17-25 Aralık vakıaları oldu hepimiz biliyoruz. Ortada birçok da delil var adam elinde ayakkabı kutusuyla Avrupa Birliği Bakanlığı İstanbul il temsilciliğine giriyor. Ayakkabı kutusu olmadan dışarı çıkıyor, kayıtlar da var. Hepsi sulh ceza hâkimi tarafından hukuka uygun olarak elde edilmiş deliller. “Abi az daha yere saçılıyordu valla ucuz kurtulduk” gibi söylemler de var çok net. Bu kadar delil arasında takipsizlik verecek bir baba yiğite ihtiyaç var. Hiçbir savcı göz göre göre böyle bir vakıada takipsizlik vermez. Şöyle bir şey buldular: O savcılar görevden aldılar, daha önce HSYK tarafından bir iş adamının kesesinden tatile gittiği tespit edildiği için disiplin cezası almış bir savcıyı bulup o vakaya atadılar. Samimi söylüyorum, o savcı bu delillerin varlığına rağmen delillerin hepsi hukuka aykırıdır dedi ve söz konusu şahıslar hakkında takipsizlik kararı verdi. Hatta biliyorsunuz, el koyulan paraları faiziyle geri verdiler. Aradan altı ay geçtikten sonra, HSYK vazifesini başarıyla ifa eden bu savcının bir buçuk yıl önce aldığı disiplin cezasını kaldırdı. 1881-2015 bazı şeyler hiç değişmiyor. Tabii bunun yılgnlığa yol açmaması lazım. Yıldız Mahkemeleri de böyleydi. Allah aşkına İstiklal Mahkemeleri farklı bir şey miydi? Daha yakına gelelim; Yassıada Mahkemeleri farklı bir şey miydi? 12 Eylül Devlet Güvenlik Mahkemelerini hepimiz biliyoruz, özel yetkili mahkemelerin yaptıklarını biliyoruz. Bugün sulh ceza hâkimliklerinin yaptıklarını biliyoruz. Ama bunların hepsinin tarihe gömüldüklerini de biliyoruz. Her türlü toplantıya gidiyoruz. Buradaki tartışmanın yapıldığı, saptamaların ortaya koyulduğu başka hiçbir muktedir yapamadı ve yapamayacak. En büyük umut kaynağımız bu. Dolayısıyla geleceğe yönelik olarak, nasıl geçmiştekiler ortadan kalktıysa bugün yaşanan da son derece vahim ve ciddi mağduriyetler oluşuyor zaten onun için hep söylüyoruz bunları tespit etmek çok önemli. Kayıt altına almak çok önemli, tartışmak dile getirmek çok önemli. Bize düşen temel görev bu ama bu hiçbir şekilde ağır ve vahim hukuksuzluklar karşısında yılgnlığa, karamsarlığa düşeceğimiz anlamına gelmiyor. Sonuçta 12 Eylülcüler karşısında da, Devlet Güvenlik Mahkemelerini kuranlar karşısında da, özel yetkili mahkemeleri kuranların karşısında da yılgnlığa düşmeyelim. O anlı şanlı mahkemeleri hatırlıyorum -o dönemin basın konseyinde genel sekreter olarak görev yapıyordum-. Oda TV yargılamasını yapan 16. Ağır Ceza Mahkemesine üç ayrı koruma halkasından geçerek ulaşıyordunuz. Bizzat

dönemin başbakanı şimdiki cumhurbaşkanı kendi zırhlı Mercedesini vermişti o mahkemenin başkanına. Bir odası vardı, şu salondan daha büyüktü. Öylesine bir muhteşem güç, yetki ve erkle donatılmıştı ama meşruiyet ve adalet temeline dayanmadığı için, şu an bildiğim kadarıyla, o hâkim de dâhil olmak üzere o mahkemenin bütün hâkim ve savcılar ceza evinde. Dolayısıyla, biz geçmişte, bugünde ve geleceğe ilişkin de hukukun üstünlüğünü savunanlar deniz feneri gibi hep doğruyu gösteriyoruz. Biz bu eylemimizden vazgeçmediğimiz sürece bu muktedirler gelip geçecek ama sonuçta hep söylediğim gibi hukukun üstünlüğünü savunanlar kazanacak. Teşekkür ediyorum.

Ergin Cinmen: Ece Hoca iki soru sormuş biri sulh ceza mahkemelerinin karşı oylarını veren hâkimlere ne oldu? Herhangi bir şey yok ama şunu söyleyeyim ben size: Biliyorsunuz Hâkimler ve Savcılar Kanununa göre yargıçlar ve savcılar için çift sicil tutuluyor. Birincisi açık diğeri gizli sicil. Gizli sicile kim bakıyor kanunda yazmıyor, gizli sicil öyle duruyor birileri bakarsa bakar. O gizli sicil üzerinde kimin nasıl bir faaliyet göstereceği de belli değil. Zamanı gelince ortaya çıkar. Bilemiyorum, onların gizli siciline mi girdi, ne oldu ne bitti bilemiyorum yani ama gizli sicil olayı var.

Hasan Sınar: Çok özür diliyorum araya girdiğim için ama ben her iki karşı oyu da hem 13. hem de 26. Ağır Ceza Mahkemelerinin karşı oylarını okudum. Karşı oylar karşı oy falan değil. Kurnazca yazılmış. İleride biz de bir ceza yargılamasıyla karşı karşıya kalırsak bunu ileri sürebilelim diye yazılmış. Şunu söylüyor; evet Anayasa Mahkemesi görev gaspı yapmıştır, yerindelik denetimi yapmıştır, buna hakkı yoktur. Mahkememizin kararına kesinlikle katılıyoruz ama Anayasa Md. 153 bağlayıcı olduğu için yanlış da olsa biz bu AYM kararına katılmak zorundayız. İkisi de bunları söylüyorlar ki, ileride kendilerini bir anlamda güvenceye alabilmek için yoksa hukukun üstünlüğünü falan savundukları yok.

Ergin Cinmen: Yok tabii. Böylesi bir durum var orada. Ceza evlerindeki duruşma salonları mahkeme olarak nasıl değerlendirilir? Yürütme organının denetimindeki bir mekânda bağımsız yargı olabilir mi? Tabii ki sorunun içinde cevabı da var. Şu anda şunu söyleyeyim. Burada bahsetmeye çalıştığım üç dosya ve yüzün üzerinde yargılanan insanı temsil eden pilot dosyalar. Bu dosyalarla ilgili işlem yapılmıyor. Yargılamanın yapıldığı yer de mahkeme falan değil. Buralar birer büro halinde. Ben bunu değişik yerlerde de söyledim. Bu belki suçtur ama kendilerini de bildikleri için

herhangi bir suç duyurusunda bulunmuyorlar çünkü adli safhaya düştüğünde gerçekten bunlar konuşulur. Bunlar mahkeme falan değil. Bunlara mahkeme gözüyle bakmayalım. Dilerim geçer bu işler ve geçecek. Fakat ben bu olayı zombi benzetmesiyle görüyorum. Bakın hiç bitmiyorlar bunlar. Sıkıyönetim Mahkemeleri, İstiklal Mahkemeleri, Devlet Güvenlik Mahkemeleri, leri leri leri... bir zombi bitmiyor. Bunun çözümü için, siyasetin yargının üzerinden elini çekmesi lazım. Çekmediği müddetçe istediğiniz kadar HSK'nın yapısını değiştirin, adalet bakanlığına hangi iktidar gelirse gelsin, ki bu artık usul haline geldi, orada durur ve bakan ve müsteşar eliyle HSK düzenlenir ve böyle gider. Az önceki konuşmamda HSK'nın bir kararını okudum size. Bu basit bir şey değil yani. HSK, tahliye kararlarını beğenmediği için hâkimlerin meslekten çıkarılmalarını istiyor, İşlediği suç bunu gerektiren bir fiildir diyor ve üç ay müddetle açığa alıyorum diyor daha ne desin? Bu denizin bittiği yerdir arkadaşlar. Yargının üzerinde bir HSK yani siyasetini açıkça ilan ediyor; o hâkimlere söylerken herkese söylüyor. Ben nelerle karşılaştım. Ağır Ceza Mahkemesi, Muğla'da on sanığa tahliye kararı verdi iki saat sonra tahliye kararı verdikleri sanıklar hakkında tutuklama amaçlı yakalama kararı çıkardılar. Evlerinden hepsini topladılar. Muğla küçük yer olduğu için. İki gün sonra avukatların bürosuna da tebliğ gönderdiler duruşma yaptılar ve tekrar tutukladılar. Aynı heyet. Görünürde tahliyelere itiraz da yok. Ne oldu diye araştırdım. HSK'dan telefon gelmiş; "yapmazsanız sizi alacağım" diye. Böyle fiili şeyler konuşuyoruz yani biz. Akademi çalışacak tabii ki ama yaşadığımız şeyler bu kadar kaba. Onun için mesela burada hukukun üstünlüğü yerine siyasi yargının üstünlüğü gibi bir kavram koyup tartışalım. Birden bire aklıma o geldi. Bakın lütfen, şunun iyice altını çizmek istiyorum. Türkiye'de hukuk meselesi yok; sorunumuzun belki %5'i hukuk kurallarından kaynaklanıyor. Bizim yargı ve yargıç eliyle yargının ortaya koyduğu felaketler var. Hukuksal değil yargısal her şey. Yargı iyiyeye doğru gidiyorsa iyi, kötüye doğru gidiyorsa kötü. Ben kötüye doğru gidiyor diye düşünüyorum.

Tekrar altını çiziyorum; gerçekten hukukla ilgili bir sorunumuz yok. Sorunu doğru ifade edecek bir kavram kullanmak istiyorsak, yargısal sorun, yargının üstünlüğü gibi bir terim bulmalıyız. Hukuksal kısmı ben bir kenara koydum. %5 veya %6'dır hukuksal sorunumuz. İkincisi, akademinin biz avukatlarla bir bağlantısının olması lazım. Hukuksal veya yargısal adaletle ilgili ne kadar çok şey üretirseniz üretin, bunun yarısı kadar veya dörtte biri kadar veya iki misli duruşma salonlarında dolaşamıyorsa gerçekten bir şey ifade etmiyor. Onun insana dokunması lazım bunun bir mahkeme kararıyla olması lazım. Bir de bunun altını çizmek istiyorum ben yani avukatlarla bir

şekilde bağlantı kurulmalı. Bakın barolar da demiyorum, barolar da teslim olmuş durumda. Ben dilekçeler verdim bu işe el koyun diye, duruşmalardan atılan avukatlar var inanılmaz kararlar çıkıyor. Barolar da korkuyor; bir korku iklimi her tarafa sinmiş durumda. Bunu ben resmen yaşıyorum. Çözümü, konuştuğumuz şeylerdir. Bu konuşmalar bile bir şeydir. Çok ağır bir baskı ortamı, medyada oto sansür ve üniversitede de bir oto sansür var gibime geliyor. Üniversiteler bunlara sesini çıkaramıyorlar, haklı yanları vardır tabii ki, ama durumu bir kere tespit etmek lazım. Bir korku iklimi var ve herkes bu korku ikliminin altında. Bunu söyleyebilirsiniz veya söyleyemezsiniz onu bilemem ama bu tespitleri yaptıktan sonra bir şeyler yapabiliriz diye düşünüyorum. Benim de söyleyeceklerim bunlar efendim.

Fazıl Sağlam: Çok teşekkür ederim böylece maratona tamamlamış olduk. Toplantıyı kapatıyorum diyebilirim ya da bir iki bir şey ilave etme ihtiyacı duyabilirim. Ama ben orta bir yol bulacağım yani uzun bir konuşma yapmak istemiyorum. Aslında hiç istemiyorum da bazı şeyleri de söylemeden geçemeyeceğim. Bizim bu toplantılarımızdan ikincisi - sanıyorum Kıbrıs'ta yaptığımız toplantı- orada son oturumda Kıbrıs sorunu tartışılıyor. Rahmetli Rauf Denктаş da katılımcılar arasında. Ama toplantıdan ayrılması gerekiyor. Mümtaz Soysal konuştu. Arkasından şu anda Kıbrıs'ta başbakanlık yapan Tufan Erhürman konuşma yaptı. İki farklı görüşle ilgili olarak son derece medeni bir diyalog yaşadık. Sonradan bunu genç arkadaşlara örnek olarak gösterdim. “İşte örnek alın. Zıt görüşlü dediğiniz kimseler nasıl konuşuyorlar?”. O arada, Rauf Bey ayrılmadan önce söz istedi. İyi ki de o sözü istemiş. Çünkü onun yaptığı konuşmadan sonra elektrikler kesildi. O konuşma, elektrik kesilmesinden önce yapılmasaydı, Denктаş'ın son konuşmasından yoksun kalacaktık. Denктаş, bir süre toplantı salonunu süzdü ve söze şöyle başladı: “**Kafam karıştı**”. Doğrusu benim de şu an kafam da karışmış durumda. Ama galiba bu toplantıların bir işlevi de, alışılmış düşünceleri sarsarak, yeniden düşünmeyi sağlayacak biçimde kafaları karıştırmak.

Aklımdan geçen birkaç şeyden söz etmek gerekirse: İlk örneği konuşmacı arkadaşları teyit etmek üzere veriyorum: Ağır Ceza Mahkemesi'nin Anayasa Mahkemesi kararına karşı üstelik üzerine basarak direnmesi örneği. Bundan altı ay kadar önce böyle bir şeyi tasavvur edebilir miydik? Öyle sanıyorum ki hiç birimizin aklına gelmezdi. Bu aşamaya nasıl geldik? Anayasa Mahkemesi, benzer nitelikte bir kararı iki yıl kadar önce Can Dündar'ın başvurusu üzerine vermişti. Sayın Cumhurbaşkanı, o sıralarda silah yüklü kamyon olayını kamuya yansıtanlara çok kızdığı için

Ağır Ceza Mahkemesi'ne hitaben mealen şunları söyledi: “Niye direnmediniz? Direnmiş olsaydınız, ilgililer AİHM’e gidecekti. Onların da vereceği karar malûm. Öderdik tazminatı konu kapanmış olurdu” Tabii bu biraz geç kalmış bir müdahale idi. Aradan iki yıl geçtikten sonra benzer nitelikte bir karar Şahin Alpay ve Mehmet Altan için verilince Ağır Ceza Mahkemesi Cumhurbaşkanının bu konuşmasını hatırlamış olmalı. Direnme uyarısına uygun bir karar verdi. Bu direnmeye karşı Anayasa Mahkemesi ne yaptı? Dış görünüşe göre daha önce kendi iki üyesi ile ilgili olarak yürütülen yargısal işlemlere nasıl seyirci kaldıysa, burada da seyirci kaldı. Ama yine de ön yargılı davranmayalım: Belki de arkadan “Bu gelişme devam ederse, AİHM bireysel başvuru yolunun Türkiye’de etkisiz olduğuna karar verebilir” diye bir haber uçurmuş da olabilirler. Çünkü Cumhurbaşkanı direnme kararından birkaç gün sonra Yargıtay’da yaptığı konuşmada dedi ki *“her ne kadar biz Anayasa Mahkemesi kararlarını eleştirdiysek de onlara uymazlık etmedik”*. Bu ikinci ve daha güncel bir uyarıydı. Aynı Ağır Ceza Mahkemesi, AYM ve AİHM’nin kısa aralıklarla aynı konuda verdikleri kararlardan sonra direnmekten vaz geçti ve tahliye kararı verdi. Ama kendimizi yanıltmayalım: Cumhurbaşkanı o konuşmayı yapmamış olsaydı, AYM’nin yeni kararı ile AİHM kararının bir etkisi olmazdı. Böylesine tatsız bir kilitlenmeye geldi dayandı Türkiye. Arada bir gündeme sürülen “yargı hep böyleydi” düşüncesine katılmıyorum. Yargının çok bağımsız olmasının temelleri atılmıştı 1960 döneminde. İlk darbeyi 12 Mart’ta aldı, sonra 12 Eylül. Ve yargı zaten 12 Mart’tan itibaren siyasi iktidarın etkisine açık bir statü içine girmişti. Ama yine de o eski dönemin bağımsız davranma alışkanlığı yargıda egemendi. Yanıldığımız nokta, bunun henüz içselleştirilmiş bir bağımsızlık olmadığı gerçeği idi. Güç dengesi değişince, “Cumhurbaşkanı bu konuda ne düşünüyor” sorusu adeta bir üst norm özelliği kazanmış oldu..

Ergin Cinmen: Hocam musluğu kapattıkları zaman konu da kapanıyor. Ben o anlamda söyledim. Yapısal bir sorun yaşanıyor.

Fazıl Sağlam: Bizim yanıldığımız bir nokta daha var. Biz sandık ki Türk halkı demokrasiye yatkın, demokrasiye inanıyor. 15 – 20 yıl kadar önce birileri gelip de çoğulcu demokrasimizin bu şekilde dibe vuracağını anlatsaydı, inanmazdık. Hemen “Türkiye bir İran mı?” derdik. Hâlâ da diyenlerimiz var. Ama, biz halkı tanımamışız. Bazıları bizden daha iyi tanımış. Bizim tanımadığımız o halk kesimi her zaman varmış. Biz fark edememişiz, bizim kusurumuz belki de orada.

Gülriiz Uygur: Kesinlikle.

Fazıl Sağlam: Bizim düşüncemize göre insan haklarına, demokrasiye ve hukuk devletine aykırı davranan bir iktidarın oy kaybetmesi lazım. Ama bunlar Türkiye’de oy kaybettirmiyor. Biraz önce arkadaşlar gelir dağılımındaki farklılıklar, çarpıklıklar hakkında rakamlar verdiler. Türkiye ile ilgili. Bu da oy kaybettirtmiyor. Bunu nasıl açıklayacağız?

O zaman benim o karışık kafamda şöyle bir tablo beliriyor: Avrupalılar demokrasiyi Kopenhag kriterlerinde arıyorlarsa kendileri için arıyorlar. Türkiye için pek de meraklı değiller, yeter ki Türkiye küresel sermayenin taleplerini yerine getirsin. Geçen yıl yaptığımız toplantıda bir genç bilim kadınıımız, Ayşe Cebeci çıktı ve yasalaşma sürecini bütün çıplaklığı ile önümüze serdi. Şaşırdım kaldım. Belli kurullarda toplanmış olan küresel sermaye temsilcilerinin, reform adı altında aldıkları kararlar, Meclis’e gelip kanun oluyor. Biz de milli iradenin sonucu diye bakıyoruz bu görüntüye. Şimdi bunları söyledim de ne oldu? Belki sizlerin de kafasını karıştırmış oldum. Ne yapacağız? Hukukçular olarak yeterince bilmiyoruz ne yapacağımızı. Bilmediğimiz için de burada bizim dışımızda hukukçu olmayanları da toplayarak tartışmalarla doğruyu bulmaya çalışıyoruz. Bu sözlerimle toplantıyı kapatmak istiyorum. Hepinize çok teşekkür ediyorum. İki gün boyunca adeta hiç fire vermeden nasıl bir sabır gösterdiniz? Doğrusu hayretler içindeyim.

Toplantıyı kapatırken iki ricamızı dile getirmek isterim. Tebliğ sunan arkadaşlar nasılsa tebliğlerini geliştirerek baskıya hazır hale getirip bize teslim edecekler. Onun için bol zamanları var. Ama yorumcularda biraz zorlanıyoruz. Çünkü yorumcuların toplantı öncesinde bir metin göndermeleri gerekmiyor. Onlardan ricam, katkılarını yazılı hale getirip bize teslim etmeleri. Onların da yeterli zamanları olacak. Ama ilk taslağı sıcağı sıcağına yazmaları isabetli olur diye düşünüyorum. İkinci ricamız gündemin son maddesiydi, ama gerçekleştiremedik. Gelecek toplantı nasıl olmalı? Bu konuda bize lütfen yardımcı olun, sonra bize sitem ediyorsunuz. Bizim bir araya gelişimizin özü gönüllülüktür. KHP toplantıları, gönüllü mensuplarının öneri ve katkılarıyla besleniyor. Bize e posta yoluyla gerekçeli öneriler getirmenizi bekliyoruz. Bunları okuyarak bir karara varıyoruz. Hepinize teşekkür ediyorum. İleriki toplantılarda yine bir arada olmayı diliyorum. Bizim yılğınlığa kapılma lüksümüz yok. Öyle bir eğilimimiz de yok. Biz ne biliyorsak onu söylüyoruz, ağızımızı kısmıyoruz.

Dikkat etmeye kalksak hiç konuşamayız. Ama konuşuyoruz ve tartışıyoruz. Yılgınlık yok sadece çare arıyoruz. Teşekkür ediyorum.