

YIL/YEAR: 1 SAYI/ISSUE: 2 TEMMUZ/JULY 2015 • T.C. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU AKADEMİK HAKEMLİ DERGİSİ



KAMU DENETÇİLİĞİ  
KURUMU

# OMBUDSMAN AKADEMİK DERGİSİ

JOURNAL OF TURKISH  
OMBUDSMAN INSTITUTE



YIL/YEAR:1

SAYI/ISSUE:2

TEMMUZ/JULY 2015

# OMBUDSMAN AKADEMİK DERGİSİ

## JOURNAL OF TURKISH OMBUDSMAN INSTITUTE



**KAMU DENETÇİLİĞİ  
KURUMU**

**T.C.  
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU  
AKADEMİK HAKEMLİ DERGİSİ**

**OMBUDSMAN AKADEMİK DERGİSİ**  
**JOURNAL OF TURKİSH OMBUDSMAN INSTITUTE**

**YIL/YEAR: 1**

**SAYI/ISSUE: 2**

**TEMMUZ/JULY 2015**

**T.C. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU AKADEMİK HAKEMLİ**  
**DERGİSİ**

**Kamu Denetçiliği Kurumu Adına İmtiyaz Sahibi**

M. Nihat ÖMEROĞLU

Kamu Başdenetçisi

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü**

Ümit ŞAHİN

**Editör**

Ümit ŞAHİN

**Yönetim ve İletişim**

Kavaklıdere Mah. Nevzat Tandoğan Cad. No:4 Çankaya/ANKARA

e-posta: [dergi@ombudsman.gov.tr](mailto:dergi@ombudsman.gov.tr)

Tel: 0312 465 22 00 Faks: 0312 465 22 65

**Yayın Türü**

Yaygın süreli yayın

Ombudsman Akademik Dergisi altı (6) ayda bir yayımlanır.

**ISSN**

2148-256X

**Grafik Tasarım Baskı**

İlkay Ofset Ajans Matbaacılık

Zübeyde Hanım Mah. Çilingir Sokak No: 33

İskitler / ANKARA

Tel: 0312 341 72 71

**Baskı Adedi**

1.000

Ombudsman Akademik Dergisinde yayımlanan yazılardaki görüşler yazarına aittir.

Her hakkı saklıdır. Dergide yer alan yazı, makale, illüstrasyonların elektronik ortamlar da dahil olmak üzere çoğaltılma hakları sadece Kamu Denetçiliği Kurumu'na aittir.

Yazıların tamamının veya bir bölümünün çoğaltılması yasaktır.

Yazılar ancak kaynak gösterilerek alıntılanabilir.

## **Yayın Kurulu**

Ümit ŞAHİN

Erkan ATAKLI

Ömür DEMİR

İlker ZİLAN

Osman ARDIÇ

Berna SÜER

Duygu Zeynep YAĞIZ

Hamza GÜNAYDIN

Emre Can YUMUŞ

Beril EZER

Rıdvan DEĞİRMENCİ

Rıdvan ASLAN

Merve ÜSTÜN

Onur ONAT

Tolga AKKUŞ

## **Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Adem ÇAYLAK/Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ/Kırıkkale Üniversitesi

Prof. Dr. Ali ULUSOY/Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN/İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Cemil KAYA/İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL/Hacettepe Üniversitesi

Prof. Dr. Ekrem YILDIZ/Kırıkkale Üniversitesi

Prof. Dr. Ercan BEYAZITLI/Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY/Gazi Üniversitesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU/Hacettepe Üniversitesi/RTÜK Başkan Yardımcısı

Prof. Dr. Hayati BEŞİRLİ/Gazi Üniversitesi

Prof. Dr. Hüseyin BAĞCI/Ortadoğu Teknik Üniversitesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ/İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN/ Gazi Üniversitesi

Prof. Dr. Metin GÜNDAY/Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Nail ÖZTAŞ/Gazi Üniversitesi

Prof. Dr. Nevzat AYPEK/Gazi Üniversitesi

Prof. Dr. Nevzat TARHAN/Üsküdar Üniversitesi  
Prof. Dr. Recep BOZLAĞAN/Marmara Üniversitesi  
Prof. Dr. Tevfik ERDEM/Gazi Üniversitesi  
Prof. Dr. Ülkü DOĞANAY/Ankara Üniversitesi  
Prof. Dr. Zakir AVŞAR/Gazi Üniversitesi  
Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ/Mevlana Üniversitesi  
Prof. Dr. İskender PALA/Yazar  
Doç. Dr. Mustafa AVCI/Anadolu Üniversitesi  
Doç. Dr. Sedat ÇAL/Hacettepe Üniversitesi  
Doç. Dr. Mustafa Erkan ÜYÜMEZ/Anadolu Üniversitesi  
Doç. Dr. Selami DEMİRKOL/Danıştay Üyesi  
Yrd. Doç. Dr. Erdem İlker MUTLU/Hacettepe Üniversitesi  
Yrd. Doç. Dr. Esra ÇUHADAR/Bilkent Üniversitesi  
Yrd. Doç. Dr. Levent KORKUT/Medipol Üniversitesi  
Dr. Hikmet TÜLEN/İnsan Hakları Kurumu  
İbrahim PEKTAŞ/Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

### **Bu Sayının Hakemleri**

Prof. Dr. Bayram COŞKUN/ Muş Alparslan Üniversitesi  
Prof. Dr. Berdal ARAL/İstanbul Şehir Üniversitesi  
Prof. Dr. Hamza ATEŞ/Medeniyet Üniversitesi  
Prof. Dr. Ramazan ŞENGÜL/Kocaeli Üniversitesi  
Prof. Dr. Turgay UZUN/ Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi  
Doç. Dr. Bülent KENT/ Sabahattin Zaim Üniversitesi  
Doç. Dr. Erbay ARIKBOĞA/Marmara Üniversitesi  
Doç. Dr. Haluk ÖZDEMİR/Kırıkkale Üniversitesi  
Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY/Ankara Üniversitesi  
Doç. Dr. Muharrem ES/Yalova Üniversitesi  
Doç. Dr. Özcan SEZER/ Bülent Ecevit Üniversitesi  
Yrd. Doç. Dr. Bayram SINKAYA/Yıldırım Beyazıt Üniversitesi  
Yrd. Doç. Dr. Levent KORKUT/Medipol Üniversitesi  
Dr. Ahmet TANER/Sayıştay Başkanlığı

# HAKEMLİ “OMBUDSMAN AKADEMİK” DERGİSİNİN 3. SAYISI İÇİN MAKALE ÇAĞRISI

Kurumumuz tarafından yılda iki defa hakemli yayımlanan Ombudsman Akademik Dergisi'nin Aralık 2015'te yayımlanacak 3'üncü sayısı için akademik araştırma, inceleme ve çalışmalarınızı en geç **1 Ekim 2015** tarihine kadar [dergi@ombudsman.gov.tr](mailto:dergi@ombudsman.gov.tr) adresine gönderebilirsiniz.

Konular:

- Hukuk
- Kamu Yönetimi
- Kamu Personel Rejimi
- Maliye, Ekonomi
- Eğitim-Öğretim
- Sağlık
- Sosyal Güvenlik
- Uyuşmazlıkların Çözümü
- İnsan hakları
- Hakkaniyete uygunluk
- İyi yönetim
- Sivil toplum
- Uluslararası örgütler
- Kadın ve çocuk hakları
- Avrupa Birliği vb.

**NOT: Dergi ve yayın kuralları hakkında daha fazla bilgi [www.ombudsman.gov.tr](http://www.ombudsman.gov.tr) internet sitesindedir.**

Önemle duyurulur.

**Kamu Denetçiliği Kurumu**  
**Yayın Kurulu**



## ÖNSÖZ

Güçler ayrılığı ilkesine dayanan demokrasilerde idarenin toplumun ihtiyaçlarına en iyi şekilde cevap verebilecek şekilde yeniden yapılanması neticesinde, bu ihtiyaçları hızlı ve etkin bir şekilde idareye ileten, toplumsal uzlaşa misyonuyla birey ve devlet arasında adeta bir köprü işlevi gören Ombudsmanlık Kurumları meydana gelmiştir. Ombudsmanın idarenin işlem, eylem ve tutum ve davranışlarının hukuka ve hakkaniyete uygunluk konularında tavsiyede bulunmasını sağlayan özellikleri, akademik literatürde başlı başına bir inceleme konusu olmasını sağlamıştır. Ombudsmanlığın uluslararası standartlarda kendine özgü inceleme ve çözüm üretebilme teknikleri ile Kurumumuz çalışmalarının gün geçtikçe kamuoyunda daha fazla yankı bulması neticesinde akademide de bu alana artan bir ilgi olacağı beklenmektedir.

Ombudsmanlığın teorik arka planıyla pratikteki uygulamalarını bir araya getirerek teorinin ayaklarının yer basması, pratiğin ise evrensel ilkelerle zenginleşmesini sağlamak gerekliliği, akademik çevrelere Ombudsmanlığı icra edenin bakış açısının yansıtılması fikrini doğurmuş ve elinizdeki dergi bu noktadan hareketle hazırlanmıştır. Bu sayıda tavsiye kararlarımızın kamu yönetiminde uygulanması önündeki engeller ile yeni bir örgüt modeli olarak Kamu Denetçiliği Kurumunun neden kurulduğu ele alınmıştır. Bir diğer inceleme konusu ise TBMM tarafından devlet kurumlarına üye atanmasının hukuki rejimidir. İnsan haklarının korunmasına katkıda bulunmamızın uluslararası gelişmeleri de takip etmemizi zorunlu kılmasından hareketle AB'nin İnsan Hakları Sözleşmesi'ne katılımı da bu sayıda irdelenen konular arasındadır. Kurumumuzun çokça şikâyet aldığı yükseköğrenim ise, konunun insan hakkı olup olmadığı tartışmasıyla ele alınmaktadır. Bir diğer makale ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin toplantı gösteri yürüyüşü hakkını yorumlaması ve Kurumumuzun bu konudaki kararlarında ölçülülük ilkesinin somutlaştırılmasını analiz etmektedir. Son çalışmada ise Devlet Denetleme Kurulu ve Kurumumuz hakkında bir irdeleme yapılmaktadır.

Bu alanda çalışmalarda bulunanları teşvik etmek ve çalışmalarımızda bizler için de ufuk açıcı olmasını dilediğim, kuruluşumuzun 2. yılında 2. sayısını yayımladığımız hakemli Dergimiz için bizlerden desteğini esirgemeyen değerli hakemlerimize, makale hazırlayanlara ve emeğe geçen tüm çalışma arkadaşlarıma teşekkürlerimi sunuyor, Dergimizin herkese faydalı olmasını temenni ediyorum.

**M. Nihat ÖMEROĞLU**

**Kamu Başdenetçisi**

## İÇİNDEKİLER

YENİ ÖRGÜTLERİN ORTAYA ÇIKIŞI: TÜRK KAMU DENEÇİLİĞİ KURUMU ÖRNEĞİ (THE EMERGENCE OF NEW ORGANIZATIONS: THE CASE OF TURKISH OMBUDSMAN)	
<b>Doç. Dr. Oktay Koç</b> .....	11
OMBUDSMAN TAVSİYE KARARLARI VE TÜRK KAMU YÖNETİMİNDE UYGULANABİLME SORUNU (OMBUDSMAN RECOMMENDATIONS AND APPLICABILITY PROBLEMS IN TURKISH PUBLIC ADMINISTRATION)	
<b>Yrd. Doç. Dr. Şükrü Mert Karacı</b> .....	34
TBMM TARAFINDAN DEVLET KURUMLARINA ÜYE ATANMASI İŞLEMİNİN HUKUKİ REJİMİ (LEGAL CHARACTERISTICS OF THE APPOINTMENTS OF MEMBERS TO GOVERNMENT AGENCIES BY THE TURKISH GRAND NATIONAL ASSEMBLY)	
<b>Doç. Dr. Ahmet Nohutçu, Nazlı Ece Özın</b> .....	59
AVRUPA BİRLİĞİ'NİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE KATILIMI: SAATLER İLERİYE Mİ YOKSA GERİYE Mİ İŞLİYOR? (EUROPEAN UNION ACCESSION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: DO CLOCKS GO FORWARD OR BACKWARD FOR ACCESSION?)	
<b>Dr. Servet Alyanak</b> .....	72
YÜKSEKÖĞRETİM VE İNSAN HAKLARI: BİTMEYEN BİR TARTIŞMA (HIGHER EDUCATION AND HUMAN RIGHTS: UNENDING DISPUTE)	
<b>Doç Dr. Nezir Akyeşılmen</b> .....	89
ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ BAĞLAMINDA KOLLUĞUN TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKINA MÜDAHALESİ: AİHM İÇTİHATLARI VE OMBUDSMAN KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİR ANALİZ (POLICE INTERFERENCE IN THE RIGHT OF ASSEMBLY AND THE RIGHT OF DEMONSTRATION WITHIN THE CONTEXT OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: AN ANALYSIS IN THE FRAME OF PRECEDENTS OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND DECISIONS OF OMBUDSMAN)	
<b>Rıdvan Değirmenci</b> .....	103
İDAREYİ DENETLEYEN İKİ ANAYASAL KURUMA İLİŞKİN KISA BİR DEĞERLENDİRME: DEVLET DENETLEME KURULU-KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU (BRIEF EVALUATION ON TWO CONSTITUTIONAL INSTITUTIONS SUPERVISING THE STATE: STATE SUPERVISORY COUNCIL-OMBUDSMAN INSTITUTION)	
<b>Onur Onat</b> .....	121





## YENİ ÖRGÜTLERİN ORTAYA ÇIKIŞI: TÜRK KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU ÖRNEĞİ

Doç. Dr. Oktay Koç\*

### ÖZET:

Yeni örgütlerin neden ortaya çıktığı sorunu, halen daha dikkate değer bir araştırma çerçevesini ifade etmektedir. Mevcut çalışmada, Kamu Denetçiliği Kurumu/Ombudsman Türkiye deneyiminden hareketle bir kamu örgütünün neden kurulduğu sorusuna, özellikle arşivlerden elde edilen ikincil veri kaynakları incelenerek cevap verilmiştir. Buna göre örgütlerin (özelde kamu örgütlerinin); ulusüstü aktörlerin müdahaleleri, kamu yönetiminde değişen kurumsal mantıklar ile siyasi taahhüt ve vaatler gibi bir takım içsel ve/veya dışsal etkenler doğrultusunda kuruldukları belirlenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Örgütsel Yaratım, Örgütsel Çevre, Örgüt-Çevre İlişkisi, Ombudsman

## THE EMERGENCE OF NEW ORGANIZATIONS: THE CASE OF TURKISH OMBUDSMAN

### ABSTRACT:

The issue of “why do organizations emerge?” depicts still a particular research frame. In current study, the question of “why was a public organization created?” is answered in the context of Turkish Ombudsman experience by using particularly secondary data gathered from archives. Thus, it is determined that organizations (and specially public organizations) have been constructed in the direction of the intervention of supranational actors, changing institutional logics in public sector, and political promises and liabilities.

**Keywords:** Organizational Creation, Organizational Environment, Organization-Environment Relationship, Ombudsman

---

\* Kocaeli Üniversitesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, oktaykoc@yahoo.com

## GİRİŞ

Örgüt çalışmaları bakımından oldukça önemli olan örgütlerin yaratımı veya kurulması (Tucker vd., 1990); örgüt kuramları literatüründe -ve özellikle belirtmek gerekirse- örgüt-çevre ilişkileri bağlamında incelenmiş bir konudur. Yeni örgütlerin doğuşu, örgüt tiplerinin kökenleri ile örgütsel ölümler konusunda belki en dikkate değer önermeleri, Popülasyon Ekolojisi (Hannan ve Freeman, 1977; 1989) olarak bilinen örgüt kuramının ürettiği ifade edilebilir. Buna göre, örgüt yapılarındaki değişimlerin çoğu, yeni örgütler ile örgüt biçimlerinin yaratımı ve bunların eskileriyle yer değiştirmesi yoluyla meydana gelir (Hannan ve Freeman, 1977). Bir başka örgüt kuramı olarak Kaynak Bağımlılığı Kuramı, örgütlerin kaynak ve bağımlılık ilişkilerini yönetmek üzere yeni örgütlerin üretimine de girişebileceği yönünde deliller sunmaktadır (Örn: Pfeffer, 1972; Pfeffer ve Salancik, 2003). Çevre-örgüt ilişkileri bakımından daha genel olarak Aldrich (1979) ise aynı bağlamda, örgütlerin çevrelerini kontrol altına almak veya yönetmek veyahut da en azından çevreye olan bağımlılıklarını yönetmek açısından harekete geçebileceklerini ifade etmektedir. Son olarak Yeni Kurumsal Kuram araştırmacılarının da örgütlerin oluşturulması ve meşruiyetlerini yitirmeleri ile ilgili bir takım önermeler geliştirdikleri ifade edilebilir. Bu anlamda örneğin herhangi bir alanda bir aktör olarak yeni örgütlerin oluşturulmasını, kurumsal mantıkların gerektirdiğini, ancak yine de bu amaçla bir kurumsal girişimciye ihtiyaç duyulacağını ifade eden çalışmalardan söz etmek mümkündür (Friedland ve Alford, 1991; Thornton, 2004; Tracey vd., 2011).

Örgütlerin yaratımı konusundaki tartışmaları, örgüt kuramları dışında en isabetli şekilde örgüt yaratımını konu edinen girişimcilik (Wortman, 1987) temelli çalışmalarda bulmak herhalde mümkün ise de; Pennings (1982) bu alana ilişkin araştırmaların, örgüt yaratımının çevresel öncüllerini açıkça ele almada yetersiz kaldığını ileri sürmüştür. Yine de girişimcilik yazınına göre örgütlerin; para, teknoloji, çaba ve enformasyon gibi toparlanması için girişimcilerin oldukça zaman harcamasını gerektirecek kaynaklarla ancak kurulabildiklerini ifade etmek gereklidir (Örn: Audia vd. 2006). Bu araştırma alanına evrimci örgüt lensi ile bakan Aldrich ve Martinez (2001) ise, örgüt yaratımında bu kaynakların yanı sıra, biçimsel eğitim ve deneyimlerden elde edilecek belirli bir miktar bilgiye de ihtiyaç duyulacağını ileri sürmüşlerdir.

Mevcut çalışmada, bütün bu yaklaşımlar gözönünde bulundurularak ikincil kaynaklardan elde edilen verilere dayalı olarak örgüt-çevre ilişkisi ekseninde “bir örgütün neden kurulduğu” hakkında bir araştırma yapılmıştır. Zira Tucker vd. 'ne (1990) göre örgüt kuramcıları, örgütler üzerinde yaptıkları çalışmalarda, örgütlerin varlığını verili olarak kabul etmektedirler. Bu kapsamda Pennings de (1982) örgütsel araştırmalar açısından oldukça önemli bir konu olan örgütsel yaratıma, araştırmacıların görece daha az ilgi göstermekte olduklarını ileri sürmüştür. Bunlardan hareketle mevcut çalışmayı temellendiren araştırma sorusunun seçilmesinde, öncelikle örgütlerin kuruluş nedenlerinin (Örn: Brunsson ve Sahlin Andersson, 2000) ve daha özel olarak makro ve mikro temelde örgüt yaratımına ilişkin çevresel etmenlerin –özellikle siyasi ve kurumsal faktörlerin- araştırılmasına ihtiyaç olduğu (Örn: Rainey ve Milward, 1983; Scott, 2003; Wortman, 1987) yönündeki çağrılara, -işin doğrusu- literatürde çok da sık rastlanılmayan kamu sektöründen bir örgütsel aktörün kuruluşu incelenerek karşılık verilmiştir. Böyle bir örnek seçilmesini motive eden temel neden ise, örgüt kuramları kapsamında daha çoklukla özel sektör işletmelerinin incelenmesi karşısında (Christensen vd., 2007), Ferlie vd. nin (2003) “kamu sektörü örgütleri niçin vardır?” sorusunun araştırmacılarca ele alınmasına gereksinim duyulduğu yönündeki

bildirimleridir. Nihayet, ikincil kaynaklardan (DPT raporları, kanun gerekçeleri, AYM iptal kararları, AB raporları gibi) veri toplanarak, örnek olarak seçilen “Türk Kamu Denetçiliği Kurumu’nun (Ombudsman)” yeni bir örgüt olarak kuruluş gerekçeleri, belli bir örgüt kuramı merkeze alınmaksızın ve belki biraz daha genel olacak şekilde örgüt-çevre ilişkileri kapsamında belirlenmiştir. Burada hemen vurgulamak gerekir ki; kamu örgütlerinin sık sık sektörlere dışsal yapılar olarak kabul edilmişlikleri (Van de Ven, 1993), diğer bir deyişle sektör bazlı analizlerde özel sektör kuruluşları benzeri bir yaklaşımla ele alınmayışları, analize elverişli olmadıkları anlamına gelmemektedir. Doğrusu, mevcut çalışma açısından da bu yaklaşım gözardı edilmıştır.

Çalışma bulguları örgütlerin (ve daha özel olarak bir kamu örgütünün); ulusüstü aktörlerin müdahaleleri, kamu yönetiminde değişen kurumsal mantıklar ile siyasi taahhüt ve vaatler gibi bir takım içsel ve/veya dışsal etkenler doğrultusunda kurulduğunu göstermektedir.

Son olarak mevcut çalışmanın dört bölümden oluştuğu ifade edilmelidir. Buna göre çalışmanın giriş bölümünün ardından, örgütlerin kuruluşlarına ilişkin genel bir literatür taraması yapılmıştır. Bunu izleyecek şekilde, yöntem ve analizlerin yapıldığı bölüme yer verilmiştir. Çalışmanın son kısmı ise, sonuç bölümüne ayrılmıştır.

## 1. Kuramsal Arka Plan

Türk kamu yönetimi, son 10 yılda oldukça ciddi ve bazı alanlarda geçmişle bağlarını kopartacak nitelikte değişimler geçirmiştir. Bu değişimleri motive eden çok çeşitli faktörler sayılabilecekse de iktidara mensup siyasi aktörlerin beyanatları dikkate alındığında, temel gerekçenin, kurumsal mantıklarda meydana gelen köklü farklılaşmalar olduğu ileri sürülebilir. Bu kapsamda belki de en dikkat çekici ifadelerden birisi 2014 yılında başbakan olan Ahmet Davutoğlu’na aittir. Partisi’nin 98. Genişletilmiş İl Başkanları toplantısında Davutoğlu; “Eski Türkiye buydu. Devlet mutlaka kendini gösterirdi, 'Ben buradayım' diye. 'Bir huzuruma gelsin şu vatandaş, bir hesap sorayım, bakayım gerçekten doğdu mu öldü mü, boşandı mı, ne yapıyor? Yeni devlet halkının hizmetinde ve emrindeki devlettir, vatandaşın devletidir. Yeni Türkiye bu. Artık devlet amir, vatandaş memur olmayacak; vatandaş amir, devlet ise o amire tabi memurdur.” (AK Parti, 2015) diyerek, kamu yönetimindeki anlayış değişimini açıkça ortaya koymuştur. Bu doğrultuda nihayet bir bütün olarak Türk kamu yönetiminde emredici (zorlayıcı/tahakkümcü) kurumsal mantıklardan, hizmetçi kurumsal mantıklara doğru şu veya bu düzeyde bir değişimin gerçekleştiği (veya gerçekleştirilmekte olduğu) ileri sürülebilir<sup>1</sup>.

Bu ve benzeri değişimleri reform başlığı altında ele alan Brunsson ve Sahlin-Andersson (2000), kamu kesimindeki birçok reformun, örgütler yaratmaya dönük girişimler olarak değerlendirilebileceğini ileri sürerlerken, Türk kamu sektöründe meydana gelen reformist hareketleri incelemede, araştırmacılar için –belki- farklı bir ölçüt de önermiş oluyordular. Örgütlerin yaratımını reformlarla ilişkilendirmek, çekici ve fakat oldukça genel bir tartışma alanı ortaya koyarken, örneğin Kimberley (1979) ve Aldrich (1990) gibi yazarlar, daha özel olarak kamu ve özel sektörlerde politik, ekonomik, sosyal ve psikolojik faktörlere (*doğrusu bunlardaki değişimlere*<sup>2</sup>) bağlı olarak sürekli yeni örgütlerin yaratıldığını ileri sürmektedirler. Scott (2003) ise bu kapsamda, örgütlerin hem bu değişimlerin meydana gelmesine yardımcı olduklarını, hem de bu değişimler sonucunda yaratıldıklarını ifade

<sup>1</sup> Kurumsal mantıklar konusunda temel bir okuma olarak Thornton (2004) yayınına bakılması önerilir.

<sup>2</sup> Yazar tarafından eklenmiştir.

etmektedir. Dolayısıyla örgütlerin yaratımında, bir bütün olarak çevrenin önemli bir faktör olarak kendini gösterdiği ileri sürülebilir. Çevrenin, kamu yönetiminin yanıt verebilirliği açısından bu düzeyde belirleyici olması; politikacı ve bürokratların, kamusal gereksinim ve taleplere karşı duyarlı, reaktif ve sempatik olma zorunluluklarına dayalıdır ve haliyle dinamik bir toplumda bunu başarabilmek, sistematik bir yaklaşım izlemeyi gerektirmektedir (Vigoda, 2002). Nihayet, kamu yönetiminde yeni örgütlerin ortaya çıkmasını sağlayan reformların da sistematik girişimler oldukları ileri sürülebilir.

Doğrusu Türk kamu kesiminde son 10 yılda gerçekleştirilen reformlar çerçevesinde örgüt oluşturmaya ilişkin oldukça güncel ve dikkate değer çeşitli örneklerin bulunabileceği ifade edilmelidir. İlgili reformların sonuçlarına veya yeni yaratılan örgütlere ilişkin birtakım örnekler sunmak mümkün ise de, burada işin özünden uzaklaşmadan, kamu kesimi için bir örgütsel doğum, yaratım veya üretiminin tam olarak ne anlama geldiğini ifade etmek yerinde olacaktır. Delacroix ve Carrol (1983) bu manada bir örgütün doğumunun; tedarikçilerden elde ettiği girdileri kullanarak belirli bir kitle için (müşteriler, talep edenler, hastalar gibi) çıktılar üretmek üzere işleyen bir varlık yaratma anlamına geldiğini ileri sürmektedirler. Bu tanıma bakıldığında, bir sistem dâhilinde çeşitli işlevler üstlenen belki karmaşık yapılar olarak, ancak mutlaka üstlendikleri araçsal rol(ler) üzerinden tanımlanarak örgütlerin yaratımından söz edilmekte olduğu ifade edilebilir. Aynı kapsamda ve belki daha özel olarak Hannan ve Freeman (1987) örgüt yaratmayı; özel amaçlar doğrultusunda insan ve kaynakları harekete geçirmek olarak kavramlaştırmaktadır. Marret (1980) ise benzeri bir tartışmada, yeni örgütlerin, bazı bakımlardan mevcut olandan farklılaşan veya diğerleriyle benzeşse de faaliyete yeni başlayan örgütler olduklarını ve bu anlamda her örgütün bir dönem yeni olduğunu ileri sürmektedir. Bu çalışmanın kapsamında yeni örgüt kavramı, Marret'in (1980) ifade ettiği ikinci anlamda, yani; diğer kamu örgütlerine benzese de faaliyete yeni başlayan bir kamu örgütünü ifade etmek üzere kullanılmıştır.

Yeni örgütlerin kökenlerinin ne olduğu veya kimin yeni bir örgüt kurmayı ilk defa neden önerdiği veyahut da örneğin bir ihtiyacı karşılamak üzere yeni örgüt kurma fikrinin ilk defa nasıl ortaya çıktığı gibi sorulara (Scott, 2003: 151 ) yanıt bulmak, örgütsel davranış ve faaliyetlerin incelenmesi kadar yaşamsal bir konu olarak kabul edilmelidir. Bu anlamda Stinchombe (1965), okur-yazarlığın yaygınlaşması, özelleşmiş ileri okullaşma, kentleşme, para ekonomisi ve siyasi devrimler (geleneksel seçkin sınıfı ortadan kaldırması bakımından) gibi etkenlerin, bir topluluğun özel amaçlı örgütler geliştirme ve destekleme kapasitesini belirlediğini ileri sürmektedir. Buradan hareketle, sosyal yapı ve işleyişteki farklılıklara, nihayet yeni örgütlerin kurulması yoluyla ancak yanıt verilebildiği sonucuna varılabilir. Bunu doğrulayacak şekilde Hannan ve Freeman (1989), çevredeki değişikliklerin, mevcut örgütlerin yeniden biçimlendirilmesi veya yeni örgütlerin yaratılmasına değin, toplumu ciddi sorunlarla karşı karşıya bırakabileceğini ileri sürmektedirler. Böylece, toplumun mevcut ve/veya gelecekteki belirsizlik veya sorunlarla başa çıkmasına katkı vermek üzere izlenecek yol ve yöntemlerden birinin de örgüt yaratımı olduğu ifade edilebilir. Örgütlerin ortaya çıkışlarını, toplumsal çevrenin onayıyla ilişkilendiren Parson (1960) ise, özellikle örgütlerin kendilerine özgü işlev ve bağımsız varlıklarının sosyal olarak meşrulaştırılmasının, *-en azından başka<sup>3</sup>-*örgütlerin yaratılmasını destekleyeceğini ileri sürmektedir. Aynı çerçevede Aldrich de (1979); çevrelerinde daha uygun koşullar oluşturmak için örgütlerin devlet gücünü kullanmaya kalkışabileceklerini ileri sürerek, aslında örgütleri kuranların devlet gücünden şu veya bu şekilde yararlanmak isteyenler olabileceğinin işaretlerini vermektedir. Bir başka açıdan Scott (2003), daha eski araştırmalara da dayanarak, tarihsel süreçte bireyselliğin ortaya çıkması ile

<sup>3</sup> Yazar tarafından eklenmiştir.



özel amaçlı örgütlerin gelişmesi arasında karşılıklı, destekleyici ve yakın ilişki bulunduğunu ifade etmektedir. Hannan ve Freeman (1987) ise, çok daha iddialı olarak, bir alanda atalet yaratan güçlerin etkinliklerinin artması durumunda, örgüt popülasyonlarının yeni ve ayrık örgütler oluşturarak değişime konu olabileceklerini ileri sürmektedirler. Bu çerçevede sosyo-kültürel yapılara daha çok gönderme yapan Meyer ve Scott (1983), modern kurumsal yapıların rasyonel bir örgüt yaratmanın kaynağı olduğunu; Aldrich (1979) ise, daha açık olarak egemen ulus devletlerin siyasi istikrar, tutarlı yasalar ve kaynak tahsisatını esas alan kurumsal düzenlemeleri desteklemeyi içeren öncül koşulları oluşturarak, örgüt yaratımını etkilediklerini ileri sürmektedir.

Örgüt yaratımını kimin üstlendiği sorusuna, kamu ve özel sektörü birlikte ele alarak Van de Ven (1993), örgüt kurmayı, kilit rolleri gerektiren kolektif bir başarımlık olarak ele almakla yanıt vermektedir. Aynı kapsamda Marret (1980) biçimsel grupların; Brint ve Karabel ise (1991) ise örgütsel elitlerin hazırlıklı ve arzulu olmaları halinde örgütlerin ancak kurulabileceklerini ve bu örgütlerin de ilgililerin çıkarlarına hizmet edeceğini ileri sürmektedirler. Dolayısıyla örgütsel yaratımın, sıradan bir iş olmaktan daha çok, belki özel kaynak ve yetkileri elinde bulunduran kesimlerin üstlendikleri grupsal bir faaliyet olduğu ileri sürülebilir.

## 2. Araştırma Tasarımı, Yöntem, Veri Ve Analizler

Mevcut araştırma, bir kamu örgütünün neden yaratıldığı sorusuna yanıt vermek üzere tasarlanmıştır. Bu gibi soruların çözümünde mutlaka çok farklı nicel veya nitel yöntemler kullanılabilecekse de bu çalışmada bir örnek olarak Kamu Denetçiliği Kurumu/Türk Ombudsmanı incelenmiştir. Araştırma açısından mevcut çalışmanın örnek olay yöntemine dayandırılmasının temel nedeni; çok iyi anlaşılammış fenomenlerin örnek olay incelemesi yoluyla araştırılmasının uygun olabileceğine dair değerlendirmeler (Eisenhardt, 1989) ile “neden” ve “nasıl” sorularına yanıt aramada örnek olay incelemelerinin uygun olduğuna dair varsayımlardır (Yin, 2003).

Çalışma sonucunda elde edilen bulgulara nasıl ulaşıldığını okuyucuların anlaması bakımından örnek olay incelemesinde, Türk Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulmasını gerektiren olaylar zinciri aşama aşama ele alınmıştır (Yin, 2003). Bu amaçla kullanılan veri, ikinci kaynaklardan tedarik edilmiştir. Aşağıda yer alan Tablo 1.'de araştırma sorusunun çözümü bakımından gerekli verinin toplandığı ikincil veri kaynakları sunulmuştur. Bu kaynaklardan elde edilen veri, basitçe kodlanıp tasnif edilerek nihayet bir kamu örgütü olarak Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yaratılma gerekçeleri belirlenmiştir. Ayrıca belge incelemesi (arşiv araştırması) sonucu oluşturulan kategorilerin açıklanmasında, ilgili belgelerden kısa pasajlar halinde alıntılar yapılarak, bulguların delillendirilmesi sağlanmıştır.

Bu kapsamda, öncelikle Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu'nun oluşturulması süreci, ana hatlarıyla bir bütün olarak ele alınmış, ardından araştırma sorusuna karşılık bulmak üzere analizler yapılmıştır.

Tablo 1. Araştırma Bağlamında İncelenen Metinler

Kaynak	Belge Adı	Tarihi
AB Parlamenterler Asamblesi	Conclusions of the meeting of the Assembly's Legal Affairs Committee with the Ombudsmen and Parliamentary Commissioners in Council of Europe member states	1975
AB Parlamenterler Asamblesi	Strengthening the institution of ombudsman in Europe	2013
AB Komisyonu	Türkiye'nin Katılım Yönünde İlerlemesi Üzerine Komisyon'un 1998 Düzenli Raporu	1998
AB Komisyonu	Türkiye 2005 İlerleme Raporu	2005
AB Komisyonu	Türkiye 2006 İlerleme Raporu	2006
AB Komisyonu	Katılım Ortaklığı Belgesinde Yer Alan İlkeler, Öncelikler ve Koşullara İlişkin 23 Ocak 2006 tarihli Konsey Kararı	2006
AB Komisyonu	Türkiye 2007 İlerleme Raporu	2007
AB Komisyonu	2006/35/EC Sayılı Kararın Feshine ve Türkiye ile Katılım Ortaklığının kapsadığı ilkeler, öncelikler ve koşullara dair bir Konsey Kararı	2008
AB Komisyonu	Türkiye 2008 İlerleme Raporu	2008
AB Komisyonu	Türkiye 2009 İlerleme Raporu	2009
AB Komisyonu	Türkiye 2010 İlerleme Raporu	2010
AK Parti	2002 Genel Seçimleri Seçim Beyannamesi	2002
AK Parti	2007 Genel Seçimleri Seçim Beyannamesi	2007
AK Parti	2011 Genel Seçimleri Seçim Beyannamesi	2011
AK Parti	Başbakan Konuşma Metni	2015
AB	Maastricht Antlaşması	1992
Resmi Gazete (RG)	Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu Ve İzlenmesine Dair Karar	2008
Resmi Gazete (RG)	28.9.2006 Günlü, 5548 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Tümü'nün Anayasa'ya Aykırı Olduğuna ve İptaline Dair Karar	2009
Resmi Gazete (RG)	Saydamlığın Artırılması ve Yolsuzlukla Mücadelenin Güçlendirilmesi Stratejisi (2010-2014)	2010

Resmi Gazete (RG)	Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun	2010
Resmi Gazete (RG)	Yüksek Seçim Kurulu Kararı	2010
Resmi Gazete (RG)	Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu	2012
Resmi Gazete (RG)	Kamu Başdenetçiliği Seçimine İlişkin Karar	2012
Resmi Gazete (RG)	Anayasa Mahkemesi Kararı	2013
TBMM	Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi	2000
SDE	Siyasi Partilerin Seçim Beyannameleri Üzerine Bir Karşılaştırma	2011
TBMM	Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı ile İçişleri, Plan ve Bütçe ve Anayasa Komisyonları Raporları	2003
TBMM	Kamu Denetçiliği Kanunu Tasarısı	2005
TBMM	Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Anayasa Komisyonu Raporları	2012

## 2.1. Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumu’nun Oluşturulması

Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumu’nun yaratımı konusundaki temel çıkış noktası; Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi’nin 1975 yılında gerçekleştirdiği toplantıda aldığı 10 numaralı kararda Bakanlar Komitesi’nin; “henüz Ombudsman kurumuna sahip olmayan üye ülkelerin, ulusal, bölgesel ve/veya yerel düzeyde bu görevi yerine getirecek görevli(ler) atamayı gözönünde bulundurmaları” (AB Parlamenterler Asamblesi, 1975) yönündeki önerisi gibi görünmektedir. Asamble’nin, bu yönlü önerilerinin ana dayanağı, tam karşılığı ile “kötü yönetime (*maladministration*) karşı vatandaşları korumak” olarak özellikle vurgulanmakla birlikte; Ombudsman’ın, demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını pekiştiren yaşamsal bir rol üstlenecek olması da mutlaka buna eklenmiş olmalıdır (AB Parlamenterler Asamblesi, 2013). Bu kapsamda Ombudsmana verdiği hassas rol ile Asamble’nin, idare karşısında, vatandaş bakımından bir denge unsuru olarak Ombudsman kurumunun geliştirilmesini önerdiği ileri sürülebilir.

Bunlara dayalı olarak, Konsey’in eski üyelerinden biri olan Türkiye’nin, Kamu Denetçiliği Kurumu’nu oluşturmaya dönük yoğun çabalarının, 7. Beş Yıllık Kalkınma Planı’nda (1996-2000), “Kamu Hizmetlerinde Etkinliğin Artırılması Projesi” çerçevesinde, “Denetim ve Halkla İlişkilerin” geliştirilmesi amacıyla yapılacak bir düzenleme olarak “Kamu Denetçisi (Ombudsman) sisteminin kurulması” yönündeki teklif ile başladığı ileri sürülebilir (DPT, 1995). Bunun ardından hazırlanan 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı’nda da (2001-2005) Kamu Denetçiliği Kurumu’nun oluşturulmasına dönük bir öneriye, “Kamu Hizmetlerinde Etkinliğin Artırılması” başlığı altında yer verilmiştir (DPT, 2000). Ancak hemen ifade etmek gerekir ki; Kamu Denetçiliği Kurumu gibi kritik roller üstlenmesi umulan ve tüzel kişiliğe sahip olacak bir örgütün yaratımı için, mutlaka çok iyi düzenlenmiş bir

kanuna ihtiyaç duyulacaktır. Zira Anayasa'nın 123. Maddesi, “kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur” (RG, 1982) hükmünü haizdir. Bu anlamda Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yaratımı açısından ilk kodifikasyon girişimi, gerekçesinde, mezkur her iki Kalkınma Planına da atıf yapılarak Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan ve 14/9/2000 tarihinde Bakanlar Kurulu'nca TBMM Başkanlığı'na arzı kararlaştırılan, 1/763 esas no.lu “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı'dır”. Ancak anılan kanun tasarısı Meclis Başkanlığı'na sunulmuş olmasına karşın, ilgili dönem içerisinde görüşülmesi mümkün olmamış ve mezkûr tasarı hükümsüz kalmıştır<sup>4</sup>.

Ombudsmanlık (Halk Denetçiliği) konusundaki ikinci girişim, Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı ile gerçekleştirilmiştir. 20/10/2003 tarihinde TBMM Başkanlığı'na arzı kararlaştırılan, 1/731 esas no.lu tasarının 42. maddesinde yer alan düzenleme, “mahallî idareler bakımından, bir halk denetimi aracı olarak mahallî idareler halk denetçiliği sistemi” önermektedir (TBMM, 2003). Ancak anılan tasarı da 2004 yılında Cumhurbaşkanı'nca veto edilmiş ve TBMM'ye geri gönderilmiştir. Bundan sonra ise, anılan kanun ile ilgili herhangi bir çalışma yapılmamıştır.

Akim kalan bu girişimlerin ardından, Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu'nun oluşturulması noktasında, her ne kadar AB İlerleme Raporlarında bir takım eleştiriler yapılmış olsa da (Örn: AB Komisyonu, 2005), kurumun yaratımına dönük kanun yapma girişimi bakımından 2006 yılına değin beklemek gerekmiştir. 2006 yılına gelindiğinde, 5521 sayılı “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu”, tasarı olarak hazırlanmış ve TBMM tarafından kabul edilerek onay amacıyla Cumhurbaşkanlığı'na sunulmuştur. Anılan kanun, Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanması uygun bulunmayan 3., 4., 9., 11., 13., 15., 22., 26., 30., 33., geçici 1. ve 41. maddelerinin bir kez daha görüşülmesi için, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na geri gönderilmiştir. Bunun ardından kanun, aynı yıl içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda yeniden görüşülerek, 5548 sayılı kanun olarak aynen kabul edilmiş ve 13/10/2006 tarihli ve 26318 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak, yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, 27/10/2006 tarihli ve E. 2006/140, K. 2006/33 sayılı kararıyla; kanunun, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulmasını öngören geçici 1. maddesinin yürürlüğünü durdurmuş ve 25/12/2008 tarihli ve E. 2006/140, K. 2008/185 sayılı kararıyla da kanunun tümünü, Anayasa'nın 6., 87. ve 123. maddelerine aykırı görerek iptal etmiştir. Söz konusu iptal kararı, 4/4/2009 tarihli ve 27190 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanmış ve böylece Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yaratımını sağlayacak yasal zemin oluşturulamamıştır. Bu karara göre; Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurucu yasal dayanağı olarak ele alınan 5548 sayılı kanunun anayasal temelini olmaması, anılan kanunun iptal edilmesini gerektirmiştir (RG, 2009). Burada anılan kararın, AB İlerleme Raporlarında eleştirildiği hemen ifade edilmelidir (Örn: AB Komisyonu, 2009).

Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yaratımı açısından her ne kadar 2006 yılındaki yasa yapma girişimleri AYM iptaliyle sonuçlanmışsa da, hükümet tarafından Avrupa Birliği'ne uyum kapsamında bir Kamu Denetçiliği Kurumu'nun oluşturulması yönünde, iç ve dış dönük bir takım taahhütlerde bulunduğu ifade edilebilir. Bu çerçevede, örneğin, AK Parti tarafından 2002, 2007 ve 2011 genel seçimlerine dönük hazırlanan Seçim Beyannamesi'nde Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulacağı yönünde bir taahhüt mevcuttur (AK Parti, 2002; 2007; 2011). Benzer şekilde, 2008 yılında oluşturulan “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı'nda” siyasi kriterlerin yerine getirilmesi

<sup>4</sup> Hükümsüzlük kararı için bakınız: [www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_gd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=1124](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=1124)

kapsamında, “tam anlamıyla işlevsel bir kamu denetçiliği kurumu kurulacağı da” ifade edilmektedir. Yine Ulusal Program'ın 23'üncü fasıl "yargı ve temel haklar" bölümü altında 2009 yılı itibariyle bir Kamu Denetçiliği kurumu kurulmasının planlandığı, bu amaçla 5.000'i ulusal ve 1.170.000'i AB kaynaklarından olmak üzere toplamda 1.175.000 Euro bir eğitim ve yatırım bütçesi öngörüldüğü ifade edilmelidir (RG, 2008).

Bunlarla birlikte, 2009 yılında Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan ilerleme raporunda; AYM'nin, “Anayasanın bu tür bir kurumun TBMM ile ilişkilendirilmesine izin vermediği” gerekçesiyle 2006 tarihli Kamu Denetçiliği Kurumu yasasını iptal ettiği, Ombudsmanlık sisteminin oluşturulması için Anayasada değişiklik yapılması gerektiği, ancak bunun için de TBMM'de gerekli mutabakatın sağlanamadığı belirtilmektedir. Devamla, “özellikle bağımsız bir insan hakları kurumunun ve Ombudsmanlık kurumunun kurulması bağlamında, insan haklarına ilişkin kurumsal çerçevenin güçlendirilmesi için daha çok çaba gösterilmesine ihtiyaç bulunmaktadır” denilmiştir. (www.ab.gov.tr/files/AB\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye\_ilerleme\_rap\_2009.pdf) .

Tam da bu dönemlerde Türkiye'nin de taraf olduğu ve 2010/56 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanıp 27501 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, “Saydamlığın Artırılması ve Yolsuzlukla Mücadelenin Güçlendirilmesi Stratejisi (2010-2014)” isimli antlaşmanın, ‘Stratejinin Temel Bileşenleri’ ana başlığı ve ‘Önemli Yönelik Tedbirler’ alt başlığı altında “Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsman) kurulmasına ilişkin çalışmaların tamamlanması” şeklinde bir hükmün bulunduğu ifade edilmelidir (RG, 2010a).

Bunun ardından, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında belirtilen hususlar gözönünde bulundurularak, 5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un” 8. maddesiyle, Anayasa'nın 74. maddesinde değişiklik yapılmış ve ‘Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na bağlı olarak kurulacak Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kuruluşu, görevi, çalışması ve inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçi'si ve Kamu Denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği’ (RG, 2010b) hükme bağlanmıştır. Söz konusu Anayasa değişikliği, 2010 yılında yapılan halkoylamasında kabul edilmiş ve kesin sonuçların Resmî Gazetede yayımlanmasıyla yürürlüğe girmiştir (RG, 2010c). Böylece bir önceki kanunun (5548) Anayasal dayanaksızlık nedeniyle AYM tarafından iptal edilmesindeki ana gerekçe ortadan kaldırılmış ve Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yaratımını sağlayacak yeni bir kanun yapmanın önündeki en önemli engel ortadan kaldırılmıştır.

Nihayet,14/06/2012 tarihinde TBMM'de kabul edilen ve 29/06/2012 tarih ile 28338 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6328 sayılı kanun ile Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulması mümkün olmuştur. Kanunun geçici 1. maddesine göre; “Başdenetçi ve denetçilerin seçimi ile Kamu Denetçiliği Kurumu'nun” kurulması ancak mümkün olabilecektir. Kanunun, “Kuruluş, Görev ve Çalışma İlkeleri” başlıklı, “Kuruluş” alt başlıklı 4. maddesinde ise, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli ve merkezi Ankara'da bulunacak şekilde kurulduğu hükme bağlanmıştır. Devamla maddede, kurumun Başdenetçilik ve Genel Sekreterlik'ten oluştuğu da ifade edilmiştir. Kanunun 5. maddesi ise, “idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak” (RG, 2012a) yönüyle görevlendirilerek Kurumun tesis edildiğine dair

bir hüküm barındırmaktadır. Burada hemen belirtmek gerekir ki; mezkur kanunun bazı maddelerinin yürürlüklerinin durdurulması ve iptali istemiyle her ne kadar ana muhalefet partisi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş ise de; yüksek mahkeme vermiş olduğu 2012/206 sayılı kararı ile istemleri reddetmiştir (RG, 2013).

Bütün bunların ardından yasanın gösterdiği şekilde Kamu Başdenetçisi'nin, Resmi Gazete'de yayımlanan 1028 no.lu 27/12/2012 tarihli TBMM kararı ile seçildiğinin duyurulması ve buna ek olarak Kamu Denetçilerinin de seçilmesi neticesinde kurulmuştur (RG, 2012b). Bunun ardından kurum, 29/3/2013 tarihi itibarıyla şikayet başvuruları almaya başlamıştır ([www.ombudsman.gov.tr/custom\\_page-346-hakkimizda.html](http://www.ombudsman.gov.tr/custom_page-346-hakkimizda.html)).

### **2.1.1. Türk Kamu Denetçiliği Kurumu'nun Kuruluş Gerekçeleri**

Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulmasına ilişkin 3 temel gerekçe üretilmesi, eldeki metinlerin incelenmesi neticesinde mümkün olmuştur. Buna göre, özellikle AB üyeliğine aday bir ülke ve AB Konseyi'nin 1950'den beri üyesi olan Türkiye'yi, bir Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturmaya, AB öneri ve raporlarının motive ettiği ileri sürülebilir. Doğrusu bu gerekçe, doğrudan AB'nin müdahalesi değil, ama genelleştirilerek ulusüstü aktörlerin müdahaleleri olarak kavramsallaştırılmıştır. Bunun hemen ardından, farklı hükümetlerce, bir kamu tüzel kişiliği olarak kurulması planlanan Kamu Denetçiliği Kurumu'na meşrutiyet kazandırmak üzere hazırlanan bütün kanun tasarılarında açıkça ifade edildiği gibi, kamu sektöründeki değişen kurumsal mantıklar, bir başka gerekçe olarak sıralanabilir. Mevcut araştırma çerçevesinde yapılan arşiv incelemeleri, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yaratımı noktasında üçüncü önemli gerekçenin, politik vaat ve taahhütler olduğunu ortaya koymuştur. Aşağıda, bu üç temel gerekçeye ilişkin hem genel bir tartışma ve hem de bu çerçevede arşivlerden elde edilen metinler delil olarak sunulmuştur.

#### **2.1.1.1. Ulusüstü Aktörlerin Müdahaleleri**

Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yaratımı noktasında herhalde en yoğun ve kesintisiz baskı, bu mekanizmayı etkin olarak kullanan ve kurulmasını öneren AB ve bağlı organlarından gelmiş olmalıdır. Zira 1975 yılındaki Parlamenterler Asamblesi'nin kararından İlerleme Raporlarına değin birçok metinde, üye ülkeler kapsamında Türkiye'de de bir Ombudsmanlık sistemi kurulması önerilmekte ve yer yer politik eleştiriler yapılmaktadır (Örn: AB Parlamenterler Asamblesi, 1975; AB Komisyonu, 1998; 2005; 2006a; 2009).

Doğrusu AB bağlamında Kamu Denetçiliği Kurumu'ndan bahsederken, Maastricht kriterlerinden evvelemez söz etmek elzemdir. Zira anılan kriterlerin 8d maddesi, "birlik üyesi her vatandaşın, 138. md. doğrultusunda kurulmuş Ombudsmana müracaat edebileceği" konusunda bir hüküm bulundurmaktadır. Bu maddeye dayanak teşkil eden 138. maddeye bakıldığında ise, "Birliğin kurum veya organlarının faaliyetlerinden kaynaklanan kötü yönetim bağlamında, vatandaş veya uygun şekilde yerleşik diğer kişilerin şikâyetlerini almak üzere, Avrupa Parlamentosu'nun bir Ombudsman tayin etmesi gerektiği" hüküm altına alınmıştır (Maastricht Treaty, 1992).

1950 yılında AB Komisyonu üyesi olan ve 2005 yılından itibaren de üyelik müzakereleri sürdüren bir ülke olarak Türkiye'nin, AB müktesebatı doğrultusunda gerekli düzenlemeleri yapmak ve gereken kurum/kuruluşları oluşturmak sorumluluğunun mevcut

olduğunu burada yeniden belirtmek yerinde olacaktır. Kaldı ki, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu kanununun gerekçesinde yer alan Anayasa Komisyonu raporunda, “Avrupa Birliği müktesebatının Kamu Denetçiliği Kurumu’nu oluşturmayı zorunlu kıldığı” belirtilmektedir. Aynı metinde yer alan AB Komisyonu raporunda tasarıya atfen,

“Tasarının temel amacı; idareyi yargı dışında denetleyen ama idareye de bağlı olmayan bir denetim sistemine olan ihtiyacın, Avrupa Birliğinin kendi bünyesinde ve üye ülkelerin çoğunda bulunan ve halkın şikâyetleriyle ilgilenen bir Kamu Denetçisi (Ombudsman) sisteminin Türkiye’de de kurulması yoluyla karşılanması ve idare ile vatandaş ilişkilerinde karşılaşılan uyumsuzlukların etkin ve hızlı bir şekilde çözümünün sağlanmasıdır”

denilmektedir (TBMM, 2012). Yine aynı metnin 40. sayfasında mevcut muhalefet şerhinde ise;

“Kamu Denetçiliği, Avrupa Birliği (AB) tarafından da özel önem atfedilen konuların başında gelmektedir”

ifadesine yer verilmektedir. Aynı sayfada daha ilginç olarak “hükümetin hazırlanan bu tasarı ile AB tavsiyelerini *yüzeysel*<sup>5</sup> olarak ele aldığı” yönünde bir eleştiri de kendisine yer bulmuştur. Aynı metnin 48. sayfasında yer alan muhalefet şerhinde de;

“AB’ye katılım sürecinde, Kamu Denetçiliği biriminin kurulmasına dönük çabaların yoğunluk kazandığı”

ileri sürülmüştür. Doğrusu bu ifadeyle de, Türk Kamu Denetçiliği Kurumu’nun yaratımında AB’nin baskın rolü (veya müdahalesi) açıkça ifade edilmiştir.

Bunun öncesinde çıkartılan 2006 tarihli 5521 sayılı kanunun genel gerekçesine bakıldığında ise, çok açık olmasa da çeşitli “Avrupa ülkelerinde Ombudsman kurumunun mevcut olması” ile “Avrupa Birliği’nin de, Avrupa Birliği bürokrasisi tarafından yapılacak yanlış uygulamalara karşı üye ülke vatandaşlarının haklarını korumak üzere “Ombudsman” kurumunu oluşturulduğuna” (TBMM, 2005) gönderme yapılarak, Türk Kamu Denetçiliği Kurumu’na, Avrupa Birliği yönelimli meşru bir zemin hazırlanmak istenmiş gibi görünmektedir. Bunlardan belki daha ilginç olan, 2000 yılında TBMM Başkanlığı’na sevk edilen fakat görüşülmediğinden bahisle hükümsüz kalan “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı’nın” gerekçesinde, Kamu Denetçiliği Kurumu’nun AB ile olan bağlantısı oldukça zayıf bir gönderme yapılarak “Avrupa Birliğinin kendi bünyesinde ve üye ülkelerin çoğunda bulunan” (TBMM, 2000) Kamu Denetçisinden (Ombudsman) bahsedilmiş olmasıdır. Bu hususu ilginç yapan, Türkiye hakkında AB Komisyonunca 1998 yılında hazırlanan İlerleme Raporu’nda

“Bağımsız bir ombudsman atanması, uzun zamandan beri TBMM tarafından tartışılmaktadır. Bu düzenlemenin benimsenmesi, Türkiye’de insan haklarının korunmasını çok büyük ölçüde iyileştirecektir” (AB Komisyonu, 1998)

denilmiş olmasıdır. Bu ifadenin yer aldığı raporun yayınlanmasından kısa bir süre sonra, koalisyon hükümeti (DSP-ANAP-MHP) tarafından bir kanun teklifi hazırlanarak

<sup>5</sup> Yatay yazım vurgu amacıyla yazar tarafından yapılmıştır.

TBMM Başkanlığı'na sunulmuş olması, Ombudsman Kurumu'nun yaratımında, ulusüstü bir aktör olarak Avrupa Birliği'nin etkisini göstermesi bakımından önemlidir.

Öte yandan, 5521 sayılı kanunun AYM tarafından iptalinden sonra, ihtiyaç duyulan Anayasa değişikliği için çıkartılan 2010 tarih ve 5928 sayılı kanunun, Kamu Denetçiliği Kurumu'na ilişkin 9. maddesinin gerekçesinde,

“Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulup faaliyete geçirilmesi, Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı'nın da bir gereğidir”

denilerek, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun oluşturulmasında Avrupa Birliği'nin ne denli etkili olduğu, bir kez daha açıkça ortaya konmuştur. Bununla birlikte, AB Komisyonu tarafından hazırlanan Katılım Ortaklığı belgelerinde yer alan “Tam anlamıyla işleyen bir Ombudsman sistemini kurmayı amaçlayan mevzuatın uygulanması” (AB Komisyonu, 2006b; 2008a) yönündeki ifade ile Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulmasına dönük önerilere de yer verilmiştir. Benzeri şekilde Türkiye İlerleme Raporlarında da Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulmasına ilişkin önerilere yer verilmiştir. Örneğin; 2010 Yılı İlerleme Raporu'nda, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulması konusunda daha fazla çaba gösterilmesi ve siyasi destek sağlanması önerilirken (AB Komisyonu, 2010), 2007 ve 2008 yılı raporlarında, AYM'nin iptal başvurusu üzerine karar noktasında ilerleme sağlanamaması, kanunun yürürlüğünü askıya alması gibi konular eleştirilmekte ve Ombudsman kurumunun oluşturulması halinde sağlanacak yararlar bahsedilmektedir (AB Komisyonu, 2007; 2008b). Ancak buradaki örneklerdense, 2005 yılında Komisyon tarafından yayımlanmış olan İlerleme Raporunu hususen ayrı ele almak gereklidir. Zira bu raporun 13. sayfasında yer alan;

“Ombudsman' kurulması konusunda hiçbir gelişme olmamıştır. Bu makam, kamu idaresinin etkinliğinin artırılmasında ve suiistimalin ortaya çıkarılmasında kilit bir kurum olacaktır”

ifadesiyle AB'nin, aday ülke Türkiye üzerinde, en azından Kamu Denetçiliği Kurumu'nun oluşturulması yönüyle ciddi bir baskı uyguladığı ileri sürülebilir.

### 2.1.1.2. Kamu Sektöründeki Kurumsal Mantık Değişimleri

Kurumsal mantıkları, “farklı kurumsal ve sosyal sektörlerde mevcut maddi uygulamalar ile kültürel söylemlere dayalı olarak, örgütlenme ve eylemde bulunmayı sağlayan ana ilkeler” (Thornton, 2004:3) şeklinde tanımlamak mümkündür. Yeni Kurumsal Kuram olarak isimlendirilen örgüt kuramı bağlamında ele alınan önemli hususlardan birisi olarak kurumsal mantıkların, “dünyayı algılama ve yorumlama biçimlerini şekillendiren örgütlenme ilkeleri” (Suddaby ve Greenwood, 2005) olarak da kavramlaştırılması olanaklıdır. Buna göre kurumsal mantıklar, belirli bir alanda yer alan bireysel veya örgütsel aktörlerden, bunların eylem ve faaliyetlerine kadar her şeyi hem var, hem de kontrol ederek her seferinde kendine uygun normlar, değerler ve inanışlar çerçevesinde bunların yeniden üretimini sağlar. Kurumsal mantıklar, aktörler bakımından salt özel sektörü değil, kamu kesimini de biçimlendirir. Bu anlamda çoğu kez alanlarda (sektörlerde) meydana gelen değişimlerin, kurumsal mantıklardaki değişikliklerle ilişkili olduğu kabul edilir. Zira Scott vd. 'ne (2000: 349) göre, “ ilgililerin sadece şeyleri farklı yapmalarına değil, aynı zamanda farklı şeyleri yapmalarına da neden olabilecek kurumsal mantıklardaki değişimlerdir”. Bu anlamda, son 10 yılda Türk kamu kesiminde meydana gelen oldukça köklü değişimleri, daha önce de temas



edildiği üzere kurumsal mantıklarda meydana gelen değişimlerin yarattığı ifade edilebilir. Genel olarak kamu kesimi ele alındığında, kurumsal mantıklardaki bu değişimleri, özellikle kanun yapma çalışmalarında tespit etmek olanaklıdır. Bu anlamda bir tasarı olarak hazırlansa da yürürlüğe giremeyen Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı'nın gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu raporunda geçen şu ifadeler oldukça dikkat çekicidir:

“Rekabete açık bir dünyada, *halkın rızasına dayalı olmayan bir yönetim*<sup>6</sup>; insanlarını mutsuz kılmakta(...)”. “Küreselleşme ve sanayi toplumundan, bilgi toplumuna geçiş ve bunun sonucu halkın artan ve çeşitlenen taleplerinin *kamuda yeni bir yapılanmayı zorunlu kaldığı(...)*” (TBMM, 2003).

Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yaratılmasını sağlayan siyasi aktör olarak AK Parti tarafından hazırlanan 2011 Genel Seçimleri Seçim Beyannamesi'nde mevcut olan;

“AK Parti siyasetinde kendi insanından korkan, her farklılığı düşmanlık olarak gören, milletin sesine kulak vermeyen ceberrut siyaset anlayışına yer yoktur”. (AK Parti, 2011)

ifadesi de en azından kurumsal mantıklarda meydana gelen değişimi ifade eder nitelikte kabul edilebilir.

Bu ifadelerle bakıldığında, özellikle geçmişten bugüne kamu kesiminde hüküm süren ceberrut/tahakkümcü olarak isimlendirilebilecek bir yönetsel anlayıştan, hizmetkâr/emir alan bir anlayışa geçiş olduğuna dair izler elde etmek mümkündür. Kaldı ki Buğra (1994: 264), katı ve tahakkümcü bir devlet anlayışının olası nedenini; “1980 sonrası Türkiye’de resmi ideolojinin gereği olarak, genelde yönetsel unsurların güçlerinin genişletilmesine ve böylece karar mekanizmalarının merkezileştirilmesini sağlayacak biçimde devlet aygıtının yeniden örgütlenmesine” bağlamaktadır. Bu katı ve emredici yapının, toplumda yaşanan hızlı değişime ayak uyduramadığı ve bunun sonucunda da kamu tarafından sunulan hizmetlerin kalitesinin toplumsal talepleri karşılayacak düzeyden uzak kaldığı ileri sürülebilir (Gül, 2002). Doğrusu, kurumsal mantıklarda bir değişimden söz edildiğinde, Başbakan Davutoğlu'nun; “Artık devlet amir, vatandaş memur olmayacak; vatandaş amir, devlet ise o amire tabi memurdur” (AK Parti, 2015) yönündeki beyanı, herhalde oldukça kuvvetli bir delil olarak kabul edilmelidir.

Bu çalışma özelinde, kamu kesimindeki kurumsal mantık değişimlerini teşhis etmek açısından, 2000 yılından beri yaratılmaya çalışılan Kamu Denetçiliği Kurumu kanun tasarılarına (bunların gerekçelerine) ve bunlara temel teşkil eden Beş Yıllık Kalkınma planlarına bakmak gereklidir. Buna göre, 7. Beş Yıllık Kalkınma Planı'nda Kamu Denetçiliği Kurumu'nun oluşturulmasına ilişkin gerekçeler izah edilirken;

“Yönetim-birey ilişkilerinde karşılaşılan uyumsuzlukların etkin ve hızlı bir şekilde çözümü amacıyla; yargının katı işleyiş kurallarına bağlı oluşu ve zaman alıcı işlemesi gerçeği karşısında, yönetimi yargı dışında denetleyen ama yönetime de bağlı olmayan bir denetim sistemi ihtiyacı sonucunda ortaya çıkmış olan (...) halkın şikayetleriyle ilgilenen bir Kamu Denetçisi (ombudsman) sisteminin Türkiye’de de kurulması sağlanacaktır” (DPT, 1995).

denilerek, Ombudsman örneğinde kamu kesiminde hizmetçi bir yapısal dönüşümün

<sup>6</sup> Yatay yazım vurgu amacıyla yazar tarafından yapılmıştır.

işaretleri verilmiştir. Benzeri bir ifadenin 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı'nda da mevcut olduğu ifade edilmektedir.

Bu planlara dayalı olarak hazırlanan kanun tasarılarının gerekçelerine bakıldığında; 2000 yılında TBMM Başkanlığı'na sunulan Kamu Denetçiliği Kanun Tasarısı'nın genel gerekçesinde yer alan;

“Kamu yönetiminin dünyada ve ülkemizdeki değişme ve gelişmelere paralel olarak yeniden yapılanması ihtiyacı, her geçen gün artarak devam etmektedir. O nedenle, kamu hizmetleri ile ilgili devlet görevlilerinin yeniden değerlendirilmesi ve halkın şikâyetlerini en aza indirecek bir yönetim anlayışının yerleştirilmesi zorunluluk arz etmektedir” (TBMM, 2000).

ifadesi, yine Türkiye’de kamu kesimindeki kurumsal mantık değişimlerinin sinyallerini barındırması bakımından önemli görülmelidir.

Kamu Denetçiliği Kurumu açısından bakıldığında, kamu kesiminde kurumsal mantıkların değiştiğini gösteren ve ilgili yasal düzenlemelerde yer alan bazı emarelerden söz etmek de mümkündür. Örneğin; 2012 yılında TBMM Başkanlığı'nca hazırlanan “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Anayasa Komisyonu Raporları” başlıklı dökümanda yer alan değerlendirmede mevcut;

“Kapsamı giderek genişleyen idare-birey (vatandaş) ilişkilerinden kaynaklanan şikâyetlere etkin ve hızlı çözümler getiren, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyetleri inceleyen ve önerilerde bulunan bir kuruma ihtiyaç duyulması” (TBMM, 2012),

yönündeki ifade, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yaratımı bakımından, kamu kesiminde meydana gelen kurumsal mantık değişimlerinin temel işaretlerinden birisi gibi görünmektedir. Bu kapsamda yapılan değerlendirmeler, kurumsal mantıklarda meydana gelen değişimler ekseninde ortaya çıkan reformist hareketlerin temel nedenlerini içermekte ve daha ötesinde –örtük de olsa- bu hareketlerin neticesinde karşılaşılan yeni örgüt yaratımlarının bir başka gerekçesi olarak tasnif edilebilmektedir.

### 2.1.1.3. Politik Vaat ve Taahhütler

Türk Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yaratımı açısından dikkate değer bir başka gerekçe, politik aktörlerin vaat ve taahhütleri olarak tasnif edilebilir. Daha önce de değinildiği üzere, “elit aktörlerin” hazırlıklı ve arzulu olmaları durumunda ancak yeni örgütlerin kurulması mümkün olabilmektedir (Brint ve Karabel, 1991). Bu anlamda toplumsal talep ve beklentilere karşılık vermesi gereken politik aktörlerin, yeni örgütlerin yaratımını temel alan faaliyetlere girişmeleri olanaklı görünmektedir. Kamu Denetçiliği Kurumu açısından bakıldığında, özellikle beklentilere karşılık verebilmek adına politik aktörlerin çoklu denemeleri sonucunda ancak bu örgütsel aktörün yaratımı mümkün olabilmıştır.

Politik aktörlerin, özellikle yürütme gücünü elinde bulunduran politik aktörlerin (AY, md. 8), Kamu Denetçiliği Kurumu gibi özerk ve tüzel kişiliği haiz örgütsel aktörler eliyle kendi kendilerini denetlemeye yönelmelerini, işin doğrusu politik taahhüt ve vaatlerle açıklamak olası görünmektedir. Zira 2002 yılında yapılan genel seçimlere dönük olarak AK Parti tarafından çıkartılan Seçim Beyannamesi'ne bakıldığında, işin doğrusu böyle bir

taahhüdün ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır. Aşağıda yer alan metin, bu seçim beyannamesi kapsamında, politik aktörlerce ileri sürülen bir proje gibi görünmektedir.

“Kamu yönetiminin denetlenmesinde ve insan haklarının korunmasında kamu denetçisi (Ombudsman) yöntemi, hukuki alt yapısı oluşturularak, etkili bir şekilde kullanılacak ve yerel düzeyde de Ombudsman uygulaması getirilecektir”. (AK Parti, 2002: 35)

Dikkat edilecek olursa, bu metinde hükümet kurmaya namzet bir aktör olarak AK Parti, sadece genel bir Ombudsman oluşturmaktan değil, bunun ötesine geçerek bir yerel Ombudsman da oluşturmak taahhüdünde bulunmaktadır. Bu veya benzeri bir kurumun oluşturulması için yapılan ilk girişimin 2003 yılında hazırlanan Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı’nda “mahallî idareler halk denetçiliği” adıyla yer aldığını ifade etmek gereklidir. İkinci girişim ise, Cumhurbaşkanı tarafından veto edilen 2006 tarihli 5521 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ve bunun aynıyla kabul edilip kanunlaştırılmış halini içeren, fakat AYM tarafından iptal edilen aynı tarihli 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu’dur.

2007 genel seçimlerine gelindiğinde, bir dönem önce iktidar olmuş ve Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturma girişimleri nakıs kalmış AK Parti tarafından hazırlanmış olan seçim beyannamesinde yine;

“Halk denetçisi (Ombudsman) düzenlemeleri sonuçlandırılacak, merkezi ve yerel düzeyde etkili bir şekilde kullanılacaktır”. (AK Parti, 2007: 155)

denilerek, yine Kamu Denetçiliği Kurumu’nun hem merkezde hem de yerel olarak oluşturulması noktasında, yeni bir taahhütte bulunulmuştur. Ancak bu taahhüdün de yerine getirilmesi, özellikle bir önceki kanunun iptal edilmesinde öne çıkan Anayasal dayanak sorunu nedeniyle bir miktar gecikmiştir. Nihayet 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile bireylere Kamu Denetçisi’ne başvuru hakkı getirilmiş ve 2012 yılında çıkartılan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile ancak Kamu Denetçiliği sistemi ile ilgili iktidar partisi olan siyasi aktörce verilen taahhütler yerine getirilmiştir. Bu çerçevede AK Parti’nin 2011 Genel Seçimleri Seçim Beyannamesi’nde yer alan aşağıdaki ifade, Kamu Denetçiliği Kurumu’na ilişkin siyasi taahhütler açısından önemli görünmektedir:

“Bireylere kamu denetçisine başvuru hakkı getirilmiş ve bu yolla idarenin işleyişinin denetlenmesi sağlanmıştır”. (AK Parti, 2011: 10)

Aynı metinde yer alan, “AK Parti siyasetinde kendi insanından korkan, her farklılığı düşmanlık olarak gören, milletin sesine kulak vermeyen ceberrut siyaset anlayışına yer yoktur” (AK Parti, 2011: 8) ifadesi, burada yer verilen taahhütlere ilişkin temel gerekçe bir gerekçe olarak kabul edilebilir. Buna benzer olarak Stratejik Düşünce Enstitüsü tarafından hazırlanan “Siyasi Partilerin Seçim Beyannameleri Üzerine Bir Karşılaştırma” isimli yayında; “AK parti, yeni dönemde Ombudsmanlık kurumunun kurulacağını, istinaf mahkemelerinin oluşturulacağını ve yargılamayı hızlandıracak tedbirlerin alınmasına devam edileceğini de vaat etmektedir” (SDE, 2011: 7) denilerek, doğrusu, siyasi bir taahhüt olarak Kamu Denetçiliği Kurumu’nun yaratıldığına dair önemli bir delil sunulmaktadır.

## 2.2. Tartışma

Mevcut çalışma, Kamu Denetçiliği Kurumu örneğinde, bir örgütün ve özel olarak bir kamu örgütünün neden yaratıldığı sorusuna odaklı olarak tasarlanmıştır. Bu çerçevede özel bir kuram lensiyle araştırma sorusunun ele alınması yerine, daha genel olarak örgüt-çevre ilişkileri kapsamında inceleme yapılmıştır. Doğrusu literatürde, örgütsel yaratımın (özellikle de kamu örgütlerinin) gerekçeleri bakımından çok fazla kaynağa rastlamak olanaklı olmasa da, bu çalışmada ele alınan soru ve ilişkili örgüte dair, oldukça nitelikli yaratılma gerekçeleri elde edildiği ifade edilmelidir.

Buna göre özellikle ulusüstü aktör olarak isimlendirilebilecek AB veya bağlı örgütlerinin, Türkiye ve diğer AB üyesi veya namzedi ülkelerde Ombudsman Kurumu'nun oluşturulması noktasında önerilerde bulunduğu, baskı yaptığı ve yer yer eleştiriler geliştirdiği, yapılan arşiv araştırması ve buna dayalı belge incelemelerinden anlaşılmıştır. Doğrusu Pennings'in de (1982) örgütsel yaratımın, örgütün içinden çıkacağı sosyo-ekonomik niteliklere dayandığını ileri sürmesi, bir anlamda burada zikredilen ulusüstü aktör baskısını açıklayıcı olabilir. Yine Kimberley (1979) ve Aldrich (1990) gibi yazarların, kamu ve özel sektörlerde politik, ekonomik, sosyal ve psikolojik faktörlerin örgüt yaratımı bakımından etken olabileceğini ileri sürmeleri, AB gibi aktörlerin, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yaratımı noktasında üstlendiği rolü anlamada yardımcı olabilecektir.

Öte yandan, çalışma kapsamında incelenen metinlerden elde edilen veriye göre, kamu kesiminde son 10 yılda yaşanan kurumsal mantık değişimlerinin, Kamu Denetçiliği Kurumu özelinde yeni bir örgüt yaratımına olanak sağladığı ifade edilmelidir DiMaggio ve Powell (1991: 30) bu süreci, aktörler tarafından çoklu mantıkların kullanılması olarak değerlendirmişlerdir. Aynı kapsamda Scott (2003), örgütlerin hem sosyal, kültürel ve politik değişimlerin meydana gelmesine yardımcı olduklarını, hem de bu değişimler sonucunda yaratıldıklarını ifade etmekte, dolayısıyla bu çalışma ile elde edilen bulguyu destekler mahiyette bir önerme ileri sürmektedir. Ancak böyle bir durum kendiliğinden olmayacağından, AB Parlamenterler Asamblesinin de önerdiği üzere devletin; “Ombudsmanın görevini yerine getirebilmesi bakımından gerekli kaynakları sağlaması, onun kamusal bilinirliğinin artırılması ve Ombudsman dostu bir ortam yaratılması zorunluluğu olduğunu” ifade etmek gereklidir (AB Parlamenterler Asamblesi, 2013).

Çevrenin, kamu yönetiminin yanıt verebilirliği açısından bu düzeyde belirleyici olması; politikacı ve bürokratların, kamusal gereksinim ve taleplere karşı duyarlı, reaktif ve sempatik olma zorunluluklarına dayalıdır ve haliyle dinamik bir toplumda bunu başarabilmek, sistematik bir yaklaşım izlemeyi gerektirmektedir (Vigoda, 2002). Aynı şekilde Aldrich ve Pfeffer, örgütlerin çevrelerine verdikleri tepkilerin, çevresel koşullar doğrultusunda bilinçli ve planlı olduğunu ileri sürmektedirler (Aldrich ve Pfeffer, 1976). Dolayısıyla politik aktörlerin, vaat ve taahhütleri de yeni bir örgütün yaratılması anlamında önemli bir gerekçe olarak kabul edilebilir. Daha önce de değinildiği gibi, bu tip aktörlerin hazırlıklı, arzulu olmaları ve girişimde bulunmaları halinde ancak yeni örgütler yaratılabilir (Brint ve Karabel, 1991). Bu anlamda Rao vd. de (2000) “yeni örgüt biçimlerinin yapılandırılmasını, kolektif eyleme dayanan bir politik proje olarak” ele alarak, en azından yeni örgütlerin yaratımında, aktörlerin eylemlerini motive eden niyetlerine zimni de olsa bir gönderme yapmışlardır.

## SONUÇ

Mevcut çalışma, yeni bir örgütün neden yaratıldığı sorusuna, bir kamu örgütünün (Türk Kamu Denetçiliği Kurumu) kuruluşunu inceleyerek yanıt vermiştir. Buna göre örgütlerin kurulmasında, ulus/uluslararası veya ulusüstü politik aktörlerin baskı ve önerilerinin etkili olabileceği ileri sürülebilir. Örgüt yaratımı bakımından bu çalışma sonucunda ortaya çıkartılan bir başka neden ise, kurumsal mantıklarda meydana gelen değişimlerdir. Alanları ve bireysel ve/veya örgütsel aktörlerin eylem ve faaliyetlerini biçimlendiren kurumsal mantıkların değişimi halinde, değişimin gerçekleştiği alanda yeni kurumsal mantığın varlığını gösteren yeni tip aktörlerin ortaya çıkması da beklenecektir. Dolayısıyla kurumsal mantıkların değişimi ile birlikte yeni tip örgütlerin ortaya çıkması, bu yeni tip örgütsel aktörlerin, yeni kurumsal mantığın temsilcisi olarak görünecekleri anlamına da gelecektir. Son olarak çalışma bulguları, örgütsel yaratımın bir gerekçesinin de politik aktörlerin vaat ve taahhütleri olduğunu göstermektedir. Buna göre gerek örgütsel aktörler olarak siyasi partiler ve gerekse bireysel politik aktörlerin, vaat veya taahhüt ettikleri projelerin gerçekleşmesi bakımından yeni örgüt yaratımına yöneldikleri ifade edilebilir.

Çalışmanın kendi ölçeğinde bir takım kısıtları mevcuttur. Buna göre, ilgili literatürün zengin olmaması ve çalışmanın belirli bir kuram lensiyle çalışılmak yerine, genel olarak örgüt-çevre ilişkileri bağlamında ele alınması, onun zayıf yanlarını oluşturmaktadır. Bununla birlikte, çalışmada salt ikincil kaynaklardan elde edilen verilerin kullanılması da bir başka kısıt olarak görünmektedir.

**KAYNAKÇA**

- AB Parlamenterler Asamblesi (1975). “Conclusions of the meeting of the Assembly's Legal Affairs Committee with the Ombudsmen and Parliamentary Commissioners in Council of Europe member states”, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XHTML2HTML-en.asp?fileid=14791&lang=en> (04.03.2015)
- AB Parlamenterler Asamblesi (2013). “Strengthening the institution of ombudsman in Europe”,  
[www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=19786&lang=en](http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=19786&lang=en)  
 (05.03.2015)
- AB Komisyonu (1998). “Türkiye’nin Katılım Yönünde İlerlemesi Üzerine Komisyon’un 1998 Düzenli Raporu”,  
[www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye\\_Ilerleme\\_Rap\\_1998.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_1998.pdf) (14.03.2015)
- AB Komisyonu (2005). “Türkiye 2005 İlerleme Raporu”,  
[www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye\\_ilerleme\\_rap\\_2005.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2005.pdf) (12.03.2015)
- AB Komisyonu (2006a). “Türkiye 2006 İlerleme Raporu”,  
[www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye\\_ilerleme\\_rap\\_2006.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2006.pdf) (17.03.2015)
- AB Komisyonu (2006b). “Katılım Ortaklığı Belgesinde Yer Alan İlkeler, Öncelikler ve Koşullara İlişkin 23 Ocak 2006 tarihli Konsey Kararı”,  
[www.abgs.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/Kob/Turkiye\\_Kat\\_Ort\\_Belg\\_2006.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/Kob/Turkiye_Kat_Ort_Belg_2006.pdf) (23.03.2015)
- AB Komisyonu (2007). “Türkiye 2007 İlerleme Raporu”,  
[www.ab.gov.tr/index.php?p=46224&l=1](http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46224&l=1) (29.03.2015)
- AB Komisyonu (2008a). “2006/35/EC Sayılı Kararın Feshine ve Türkiye ile Katılım Ortaklığının kapsadığı ilkeler, öncelikler ve koşullara dair bir Konsey Kararı”,  
[www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/Kob/Turkiye\\_Kat\\_Ort\\_Belg\\_2007.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/Kob/Turkiye_Kat_Ort_Belg_2007.pdf) (04.03.2015)
- AB Komisyonu (2008b). “Türkiye 2008 İlerleme Raporu”,  
[www.ab.gov.tr/index.php?p=46224&l=1](http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46224&l=1) (12.03.2015)
- AB Komisyonu (2009). “Türkiye 2009 İlerleme Raporu”,  
[www.ab.gov.tr/index.php?p=46224&l=1](http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46224&l=1) (04.04.2015)
- AB Komisyonu (2010). “Türkiye 2010 İlerleme Raporu”,  
[www.ab.gov.tr/index.php?p=46224&l=1](http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46224&l=1) (16.03.2015)

- AK Parti (2002). “2002 Genel Seçimleri Seçim Beyannamesi”, [www.tbmm.gov.tr/eyayin/GAZETELER/WEB/KUTUPHANEDE%20BULUNAN%20ODIJITAL%20KAYNAKLAR/KITAPLAR/SIYASI%20PARTI%20YAYINLARI/200304063%20AK%20PARTI%20SECIM%20BEYANNAMESI%202002/200304063%20AK%20PARTI%20SECIM%20BEYANNAMESI%202002%200000\\_0000.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/eyayin/GAZETELER/WEB/KUTUPHANEDE%20BULUNAN%20ODIJITAL%20KAYNAKLAR/KITAPLAR/SIYASI%20PARTI%20YAYINLARI/200304063%20AK%20PARTI%20SECIM%20BEYANNAMESI%202002/200304063%20AK%20PARTI%20SECIM%20BEYANNAMESI%202002%200000_0000.pdf) (04.04.2015)
- AK Parti (2007). “2007 Genel Seçimleri Seçim Beyannamesi”, [http://kurzman.unc.edu/files/2011/06/AKP\\_beyanname-2007.pdf](http://kurzman.unc.edu/files/2011/06/AKP_beyanname-2007.pdf) (13.04.2015)
- AK Parti (2011). “2011 Genel Seçimleri Seçim Beyannamesi”, [www.minelokbeyaz.com.tr/upload/Node/2367/files/beyanname2011.pdf](http://www.minelokbeyaz.com.tr/upload/Node/2367/files/beyanname2011.pdf) (04.04.2015)
- AK Parti (2015). [www.akparti.org.tr/site/haberler/yeni-devlet-halkinin-hizmetinde/67946#1](http://www.akparti.org.tr/site/haberler/yeni-devlet-halkinin-hizmetinde/67946#1) (10.04.2015)
- ALDRİCH E. Howard (1979). **Organizations and Environments**, New Jersey: Prentice-Hall
- ALDRİCH E. Howard (1990). “Using an ecological perspective to study organization founding rates”. **Entrepreneurship Theory and Practice**, Vol: 14(3), ss.7-24.
- ALDRİCH E. Howard ve Pfeffer Jeffrey (1976). “Environments and Organizations”, **Annual Review of Sociology**, Vol. 2, s. 79-105
- ALDRİCH E. Howard ve Martinez A. Martha (2001). “Many are Called, but Few are Chosen: An Evolutionary Perspective for the Study of Entrepreneurship”, **Entrepreneurship Theory and Practice**, Vol: 25(4), s. 41–56
- AUDIA G. Pino, Freeman H. John ve Reynolds D. Paul (2006). “Organizational Foundings in Community Context: Instruments Manufacturers and Their Interrelationship with Other Organization”, **Administrative Science Quarterly**, Vol: 51, s.381-419
- BRINT Steven ve Karabel Jerome (1991). Institutional Origins and Transformations: The Case of American Community Colleges, W.W. Powell ve P.J. DiMaggio (Ed), **The new institutionalism in organizational analysis** içinde s. 337-360, Chicago: The University of Chicago Press
- BUĞRA Ayşe (1994). **State and Business in Modern Turkey**, New York: State University of New York Press
- CHRISTIENSEN Tom, Laegreid Per, Roness G. Paul ve Rovik A. Kjell (2007). **Organization Theory and the Public Sector**, London: Routledge
- DELACROIX Jacques ve Carrol Glenn R. (1983). “Organizational Foundings: An Ecological Study of the Newspaper Industries of Argentina and Ireland”. **Administrative Science Quarterly**, Vol. 28, No. 2, s. 274-291

- DIMAGGIO J. Paul ve Powell W. Walter (1991). “Introduction”, W.W. Powell ve P.J. DiMaggio (Ed), *The new institutionalism in organizational analysis* içinde s. 1-41, Chicago: The University of Chicago Press
- DPT/Devlet Planlama Teşkilatı (1995). 7. Beş Yıllık Kalkınma Planı, [www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalkinma%20Planlar/Attachments/3/plan7.pdf](http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalkinma%20Planlar/Attachments/3/plan7.pdf) (04.03.2015)
- DPT/Devlet Planlama Teşkilatı (2000). 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı, [www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalkinma%20Planlar/Attachments/3/plan8.pdf](http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalkinma%20Planlar/Attachments/3/plan8.pdf) (04.03.2015)
- EISENHARDT M.K. (1989). “Building Theories from Case Study Research”. **Academy of Management Review**, Vol 14(4), s. 532-550
- FERLIE Ewan, Hartley Jean ve Martin Steve (2003). “Changing Public Service Organizations: Current Perspectives and Future Prospects”, **British Journal of Management**, Vol: 14, s.1-14
- FRIEDLAND Roger Alford (1991). “Bringing Society Back in: Symbols, Practices, and Institutional Contradictions”, Walter W. Powell ve Paul J. DiMaggio (Ed.), **The New Institutionalism in Organizational Analysis** içinde, s. 232-263, Chicago: The University of Chicago Press
- GÜL Hasan (2002). “Kamu Kuruluşlarında Elektronik Hizmetlerin Yaygınlaştırılması (E-Devlet)”, **Maliye Dergisi**, Sayı:140, s.
- HANNAN Michael ve Freeman John (1977), “The population ecology of organizations.”**American Journal of Sociology**, Vol: 82, s.929-964.
- HANNAN Michael ve Freeman John (1987), “The Ecology of Organizational Founding: American Labour Unions, 1836-1985”, **American Journal of Sociology**, Vol: 92(4), s.910-943
- Hannan Michael ve Freeman John (1989). **Organizational Ecology**, Cambridge: Harvard University Press.
- KIMBERLEY R. John (1979), “Issues in the Creation of Organizations: Initiation, Innovation, and Institutionalization”, **The Academy of Management Journal**, Vol: 22(3), s.437-457
- Maastricht Treaty (1992). [www.eurotreaties.com/maastrichtec.pdf](http://www.eurotreaties.com/maastrichtec.pdf) (12.04.2015)
- MARRET Cora B. (1980). “Influences on the Rise of New Organizations: The Formation of Women's Medical Societies”, **Administrative Science Quarterly**, Vol. 25(2), s. 185-199



- MEYER, John W., and W. Richard Scott (1983). **Organizational Environments: Ritual and Rationality**, California: Sage.
- NILS Brunsson, Kerstin Sahlin-Andersson (2000). "Constructing Organizations: The Example of Public Sector Reform", **Organization Studies**, Vol: 21, s.721-746
- PARSON Talcott (1960). *Structure and Process in Modern Societies*, Illinois: Free Press.
- PENNINGS M. Johannes (1982). "Organizational Birth Frequencies: An Empirical Investigation", **Administrative Science Quarterly**, Vol: 27(1), s. 120-144.
- PFEFFER Jeffrey (1972). "Merger as a Response to Organizational Interdependence". **Administrative Science Quarterly**, Vol. 17(3), s. 382-39
- PFEFFER Jeffrey ve Salancik R. Gerald (2003), *The External Control of Organizations*, California:Stanford University Press
- RAINEY G. Hal ve Milward Brinton (1983). "Public Organizations: Policy Networks and Environments". Hall H. Richard ve Quinn E. Robert (Ed.), **Organizational Theory and Public Policy** içinde, s. 133-147, California: Sage
- RAO Hayagreeva, Morrill Calvin ve Zald N. Mayer (2000). "Power Plays: How Social Movements and Collective Action Create New Organizational Forms", **Research in Organizational Behaviour**, Vol: 22, s. 239–282.
- SCOTT W. Richard, Ruef Martin, Mendel J. Peter ve Caronna A. Carol (2000). *Institutional Change and Healthcare Organizations: From Professional Dominance to Managed Care*, Chicago: The University of Chicago Press.
- SCOTT W. Richard (2003). **Organizations; Rational, Natural, and Open Systems**, New Jersey: Pearson Education International (Prentice Hall)
- STRATEJİK DÜŞÜNCE ENSTİTÜSÜ (2011). "Siyasi Partilerin Seçim Beyannameleleri Üzerine Bir Karşılaştırma", Ankara: SDE Yayınları
- STINCHCOMBE, Arthur L. (1965). "Social Structure and Organizations," James G. March (Ed.), **Handbook of Organizations** içinde, s. 142-193, Chicago: Rand McNally.
- SUDDABY Roy ve Greenwood Royston. (2005). "Rhetorical strategies of legitimacy", **Administrative Science Quarterly**, Vol: 50, s. 35-67.
- THORNTON H. Patricia (2004). **Markets from Culture: Institutional Logics and Organizational Decisions in Higher Education Publishing**, California: Stanford University Press.

- TRACEY Paul, Phillips Nelson ve Jarvis Owen (2011). “Bridging Institutional Entrepreneurship and the Creation of New Organizational Forms: A Multilevel Model”, **Organization Science**, Vol. 22(1), s. 60-80
- TUCKER David J., Singh Jitendra V. ve Meinhard Agnes G. (1990). “Organizational Form, Population Dynamics, and Institutional Change: The Founding Patterns of Voluntary Organizations”, **The Academy of Management Journal**, Vol. 33(1), s.151-178
- Van De Ven H. Andrew (1993). “The Development of and Infrastructure for Entrepreneurship”, **Journal of Business Venturing**, Vol: 8, s.211-230
- VIGODA Eran (2002). “From Responsiveness to Collaboration: Governance, Citizens, and the Next Generation of Public Administration”, **Public Administration Review**, Vol: 62(5), s. 527-540
- WORTMAN S. Max (1987). “Entrepreneurship: An Integrating Typology and Evaluation of the Empirical Research in the Field”, **Journal of Management**, Vol: 13(2), s.259-279
- Yin K. Robert (2003). **Case study research: Design and methods**, Thousand Oaks: Sage

## Yasal Metinler

- RG/Resmi Gazete (1982). “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası”, RG Tarih: 20 Ekim 1982, RG Sayı: 17844
- RG/Resmi Gazete (2008). “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu Ve İzlenmesine Dair Karar”, RG Tarih: 31 Aralık 2008, RG Sayı: 27097 (5. Mükerrer)
- RG/Resmi Gazete (2009). “28.9.2006 Günlü, 5548 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Tümü'nün Anayasa'ya Aykırı Olduğuna ve İptaline Dair Karar (E.No:2006/140)”, RG Tarih: 04 Nisan 2009, RG Sayı: 27190
- RG/Resmi Gazete (2010a). “Saydamlığın Artırılması ve Yolsuzlukla Mücadelenin Güçlendirilmesi Stratejisi (2010-2014)”, RG Tarih: 22 Şubat 2010, RG Sayı: 27501
- RG/Resmi Gazete (2010b). “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”. RG Tarih: 13 Mayıs 2010 RG Sayı: 27580
- RG/Resmi Gazete (2010c). “Yüksek Seçim Kurulu Kararı”, RG Tarih: 23 Eylül 2010 RG Sayı: 27708
- RG/Resmi Gazete (2012a). “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu”, RG Tarih: 29 Haziran 2012, RG Sayı: 28338

- RG/Resmi Gazete (2012b). “Kamu Başdenetçiliği Seçimine İlişkin Karar”, RG Tarih: 4 Aralık 2012, RG Sayısı: 28487
- RG/Resmi Gazete (2013). “Anayasa Mahkemesi Kararı”, RG Tarih: 25 Mayıs 2013, RG Sayı: 28657
- TBMM (2000). “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi”, [www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0763.pdf](http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0763.pdf) (04.04.2015)
- TBMM (2003). “Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı ile İçişleri, Plan ve Bütçe ve Anayasa Komisyonları Raporları”, [www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss349m.htm](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss349m.htm) (04.04.2015)
- TBMM (2005). “Kamu Denetçiliği Kanunu Tasarısı (gerekçeli)”. [www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1158.pdf](http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1158.pdf) (04.04.2015)
- TBMM (2012). “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Anayasa Komisyonu Raporları”, [www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6328ss.pdf](http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6328ss.pdf) (04.04.2015)

## OMBUDSMAN TAVSİYE KARARLARI VE TÜRK KAMU YÖNETİMİNDE UYGULANABİLME SORUNU

Yrd. Doç. Dr. Şükrü Mert Karcı\*

### ÖZET

Ombudsman kurumlarının temel bir özelliği, yaptırım gücü olmayan, tavsiye niteliğinde kararlar almalarıdır. Ombudsman, kamu yönetimi üzerinde dolaylı yaptırımlara sahiptir. Dolaylı yaptırımların yanında, sistemin demokratikleşme düzeyi ve hukukun üstünlüğü gibi unsurları da tavsiyelerin kamu yönetimince dikkate alınmasında etkilidir. Bu makalede, ülkemizde Kamu Denetçiliği Kurumunun aldığı tavsiye kararlarına kamu yönetimince uyum sorunu ele alınmıştır. Ülkemizde Ombudsman kurumunun etkin bir biçimde çalışmasının önündeki yasal ve yönetsel engeller, sadece tavsiye kararlarının hayata geçirilmesi unsuru bağlamında irdelenmiştir. Ombudsman kararlarına uyum konusunda yönetsel kültür ve mevzuat engelleriyle karşılaşmaktadır. Kararların iradi biçimde uygulanmaması genel olarak bürokratik kültürden kaynaklanmakla birlikte, mevzuat da Ombudsman kararlarına uyma konusundaki olumlu tutumları engelleyebilmektedir.

**Anahtar Sözcükler:** Ombudsman, Kamu Denetçiliği Kurumu, Ombudsman Tavsiye Kararları, Bürokrasi, Bürokratik Kültür.

## OMBUDSMAN RECOMMENDATIONS AND APPLICABILITY PROBLEMS IN TURKISH PUBLIC ADMINISTRATION

### ABSTRACT

Instead of making binding decisions, recommending is a major characteristic of Ombudsman institutions. Ombudsman institutions have indirect power over public administration for these decisions to be considered. In addition to the Ombudsman's indirect power, the implementations of recommendations vary according to the characteristics of the administrative system such as the level of democratization and rule of law. The compliance of public administration to Turkish Ombudsman Institution's recommendations is discussed in this article. The legal and administrative obstacles of an effective Ombudsman in Turkey are examined only according to the implementation of recommendations. The main obstacles of implementations are administrative culture and legislation. The voluntary in compliance generally originates from bureaucratic culture while in some other cases presence of an attitude towards compliance may be precluded by incompatible legislation.

**Keywords:** Ombudsman, Turkish Ombudsman Institution, Ombudsman Recommendations, Bureaucracy, Bureaucratic Culture.

---

\* İzmir Üniversitesi İİBF Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi, mert.karci@izmir.edu.tr

## GİRİŞ

Ülkemiz kamu yönetiminde değişim ve reform, denetim boyutunda da ortaya çıkmış, yeni denetim kurum ve uygulamaları hayata geçirilmiştir. Bu bağlamda önemli bir yenilik, 2010 yılında 5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile Kamu Denetçiliği Kurumunun anayasal olarak kurulması olmuştur. Daha önceki yasa denemelerinin olumlu sonuçlanmaması nedeniyle 2010 yılında anayasal olarak düzenlenen ombudsmanlık, “6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu” ile sistemimize dahil edilmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumunun daha kurulması aşamasında siyasal ve yönetsel boyutta çok sayıda tartışma gündeme gelmiştir. Anayasa değişikliği gerçekleştirilene kadar, çeşitli yasa girişimleri, Anayasa Mahkemesinde açılan davalar ve iptal süreçleri, Ombudsman kurumunun ne denli hassas bir görev yerine getireceğini ortaya koymuştur.

Kurum klasik anlamda yasama, yürütme ve yargı güçlerine tanınan yetkiler bağlamında yapılan denetimlerden farklı bir anlayışa sahiptir. Klasik denetim süreçleriyle birlikte çalışmakta, tavsiye niteliğinde kararlar alarak bunlara uyum konusunda doğrudan bir yaptırıma sahip bulunmamaktadır. Kamu kurum ve görevlilerinin Ombudsman kararlarına uymaları konusunda yasal düzenlemelerin yeterli yaptırımı sağlayamayacağı söylenebilir. Ombudsman kendisine yaptırım yetkileri tanınan bir kurumdan farklı olarak, yapısı ve tanınırlığı ile temsilcisi olan Ombudsmanın kişiliğinde bütünleşen çeşitli sosyal kabul özelliklerine dayanmaktadır. Bu bağlamda Ombudsman kararlarının kamu görevlileri ve kurumlarınca uygulanması, sosyal – siyasal sistemden kaynaklanan başka meşruiyet mekanizmalarını beraberinde getirmektedir.

Demokratik kültürün toplumun bütün kesimlerince benimsendiği ülkelere has bir denetim biçimi olan ombudsmanlığın, gelişmekte olan toplumlarda nasıl bir sonuç doğuracağı ise her zaman bir sorunsal olarak karşımıza çıkmaktadır. Teorik düzeyde ortaya atılan tartışmalar, ülkemizde Kamu Denetçiliği Kurumunun faaliyete geçmesi sonrasında siyasal boyutta somut bir biçimde gündeme gelmiştir. Daha sonraları Kamu Başdenetçisi, Kurumun ilk yılına ilişkin faaliyetlerini değerlendirdiği açıklamalarında, kamu kurumlarının Ombudsman kararlarına uymadığını ve bunun bazı yasal ve yönetsel altyapılardan kaynaklandığını dile getirmiş, bürokrasi kültürü ve mevzuat engellerini örnek olarak göstermiştir. Bu gelişmeler, Ombudsman kurumunun hayata geçirilmesinden kısa bir süre sonra teorik tartışmaların somuta indirgenildiğini göstermesi açısından önemlidir.

Burada karşımıza çıkan temel sorunsal, Türk kamu yönetimi sisteminde tavsiye niteliğinde kararlar veren bir kurumun kararlarına uyulmasını engelleyici ne gibi yasal ve yönetsel sorunlar olduğudur. Ombudsman kararlarına uyulmaması kamu görevlilerinin kendi inisiyatiflerinden kaynaklanabilse de bu durum patolojik bir sorun olarak görülebilir ve çözüm önerileri sunulabilir. Ancak Ombudsman kararlarına uyum sorunu yasal – yönetsel sistemin temel özelliklerinden kaynaklanıyorsa, konunun daha farklı bir boyutta ele alınması gerekmektedir.

## 1. Türkiye’de Bürokrasi ve Kamu Yönetiminin Sorunları

Ombudsman kurumlarının dünya genelinde sisteme dahil edildikleri ülkelerde uyum sorunlarıyla karşılaştıkları görülmektedir. Bu durum Türkiye için de geçerlidir. Tavsiye kararlarının etkinliği hakkında bir değerlendirme yapabilmek için yönetim yapısının özellikleri ve sorunları incelenmelidir. Osmanlıdan günümüze değişmez özellikler gösteren Türk bürokrasinin gelişimi ve bugünkü konumu ise yönetsel sorunlarla ilişkili olarak ayrıca ele alınmalıdır.

### 1.1. Türkiye’de Bürokrasinin Gelişimi ve Özellikleri

Yönetim ve toplumun kültürel değerleri arasında bir ilişki bulunmaktadır. Yönetim yapı ve işleyişi, dayanışmacı-toplulukçu kültüre sahip toplumlar ve yarışımcı-bireyci kültüre sahip toplumlarda farklı biçimlerde ortaya çıkmaktadır. Kültürün yönetim üzerindeki etkisi incelenirken, toplumdaki yetke (otorite) ilişkileri ve bunlar doğrultusunda şekillenen kültürel değerler ele alınmalıdır. Yurttaşların çoğunluğunda yönetime karşı çıkma eğiliminin olmaması ve devlete boyun eğme gibi güçlü bir geleneğin varlığı, yurttaş gereksinimleri doğrultusunda bir yönetimin ortaya çıkmasını zorlaştırmaktadır (Emre, 2003:477-479).

Ülkemiz toplum yapısı ve kamu yönetimi dikkate alındığında da yetkecilik (otoriterlik) ve yetkeye boyun eğmenin farklı boyutları, günlük yaşantıda ve yöneticilerin davranışlarında ortaya çıkmaktadır. Türk kamu yönetimiyle ilgili gerek bilimsel gerekse gözleme dayalı metinlerde, yetkecilik ve onun devamında merkeziyetçilik, ön sırada ifade edilen kavramlar olmuştur (Emre, 2003:481-482). Heper (1977:146) araştırması sonucunda, Türk kamu yönetiminin “hukuki patrimonyal” bir bürokrasi olduğu sonucuna ulaşmıştır. Başka araştırmalar da “hata kabul etmez” bir bürokrat tipine işaret etmektedir. Toplulukçu-dayanışmacı kültür ortamlarında grup iradesinin üyeler üzerinde baskın olma durumu, yetkecilik ve devletin kutsallığı inancıyla birleşince, yönetimle ilgili en küçük eleştirilere bile tahammül edilememesine neden olmaktadır (Emre, 2003:482-488). Türkiye’de kamu kuruluşlarının yapısal ve süreçsel özelliklerinin kişiliğe etkilerini inceleyen araştırmalara göre; merkezi karar verme; kıdem, eğitim ve siyasi sadakate dayalı işe alma, terfi ve ödüllendirme; performansla göre değil ama yasa ve yönetmelikleri temel alan, belirsiz ve hata bulmaya yönelik denetim gibi örgütsel süreçler; bürokratların aile ve eğitim gibi etkenler aracılığıyla önceden şekillenmiş olan yetkeci-insancıl ve edilgen-belirsizlikten kaçınma eğilimlerini pekiştirmektedir. 1950 – 60’lı yıllara ait olan bu çalışmaların sonuçları, reform girişimlerine rağmen 1990’lı yıllarda da geçerliliğini sürdürmüştür (Özen, 1996:50-55).

Weber’in yasal-ussal bürokrasi modeli, Batı toplumlarındaki bürokratik gelişmelere dayanarak ortaya konmuştur. İleri düzeyde sanayileşmiş toplumlara has bir modeldir ve Osmanlı – Türk bürokratik gelişimi açısından yerinde değildir. Osmanlı – Türk bürokrasisi, patrimonyal özellikler taşımaya devam etmiştir (Heper, 1974:163-164). Türk bürokrasisi, hiçbir zaman yasal-ussal bir bürokrasiye dönüşmemiştir. 1980 sonrasında, patrimonyal özellikler taşıyan bu bürokrasiyi, ussal-üretken bir bürokrasiye dönüştürme girişimi yapılmıştır. Ancak yasal-ussallık, ussal-üretkenliğin ön şartı olduğu için; hiç kaybolmayan patrimonyalizmin etkisiyle, ussal-üretkenlik zedelenmiştir (Heper ve Sancar, 1998:159-160).

Yönetim sisteminde insan unsurunun özelliklerinin değiştirilmesi, gerekli vasıf, tutum ve davranışların kazandırılması biçiminde olmaktadır. Bu konuda, doğrudan etkinin yanında çevresel koşullarda değişiklik yapılması biçiminde dolaylı yöntemler uygulanabilmektedir. İnsanları değiştirmek için gerekli yöntemler tam olarak uygulanabilse bile bu konuda kesin bir sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir. Kısıtlı sonuçlar elde edilebilmesi için bile etkin bir politik güç, sistematik ve uzun süreli çabalar gerekmektedir (Payaslıoğlu, 2012:459-464). 1980’den sonra başlayan ve 2000 yılından sonra hızlanan kamu yönetimi reformları kapsamında ülkemizde mevzuata giren “stratejik plan”, “performans programı”, “vizyon”, “misyon”, “saydamlık”, “hesap verebilirlik”, “katılımcılık”, “etik”, “halkın memnuniyeti”, “hizmet standartları” gibi kavramlar, geleneksel kamu yönetiminden yeni kamu yönetimine geçiş çabaları olarak değerlendirilebilir (Eryılmaz, 2014:133). Bu kavramların hayata geçirilmesi çabası, özellikle kamu görevlilerinin iş görme biçimlerinde önemli yenilikleri içermektedir. Ombudsman tavsiye kararlarının uygulanmasının önündeki sorunların önemli bir oranı da kamu görevlilerinin tutum ve davranışlarıyla ilgilidir.

1980 sonrası yaşanan hızlı dönüşüm, özellikle bürokrasi ve çalışma anlayışında önemli değişiklikleri zorunlu kılmıştır. Değişim, bürokrasinin klasik yapısıyla varlığını sürdürmesi önünde bir engel olmuştur. 1990’lı yıllardan itibaren, uluslararası kuruluşların da etkisiyle, bir üst kurullar bürokrasisi ortaya çıkmıştır. 1960’lardan sonra siyasetin etkisine girmeye başlayan sivil bürokrasi, özerk üst kurullarda dokunulmaz hareket alanı bulmaya başlamıştır (Durgun, 2002:96-100). Ancak Türkiye’de kamu yönetimi reform girişimleri, batılılaşma hareketlerine kadar temellendirilebilse de uygulamada devlet ve yurttaşların birbirine bakışında köklü bir dönüşüm yaşanmadığı söylenebilir (Bulut ve Kahraman, 2010:339). Yönetimsel reformlar; siyasal istenç, strateji, model, uygulama ve izleme eksikliklerinden dolayı başarısız olmaktadır. Ülkemizdeki yeniden yapılanma çalışmalarında, hedef belirsizliğinin giderilmesi sorununa çözüm bürokrasiden beklenmektedir. Bürokrat ağırlıklı reform komisyonlarının önerileri de yine bürokratik tercihler doğrultusunda olmakta, bazı durumlarda toplumsal ve siyasal tercihlere uymamaktadır (Tutum, 2012:486). Kamu yararı kavramı daha çok devlet yararı biçiminde algılanmaya gelmiştir. Böylelikle devlet ve yurttaş arasında mesafe arttığı gibi güven sorunu da ortaya çıkmaktadır. Güven sorunu, hak ihlallerinin, hukuk devletinin gereklerinden uzaklaşmanın, etkin yönetimin gerçekleştirilememesinin de sebebidir (Bulut ve Kahraman, 2010:339). Özellikle 1980 sonrası gelişmeler değerlendirildiğinde, Türkiye’de batılı anlamda yerleşik bir bürokratik yapının hayata geçirildiği söylenemez. Bürokratik yapı; iktidar, bürokratlar, siyasi partiler, yerel yöneticiler ve yurttaşlar arasında karşılıklı güven eksikliğine dayalı çekişmeler sergilemektedir (Tortop, vd., 2010:455). Var olagelen bürokratik yapının bu özellikleri, Ombudsman tavsiye kararlarının dikkate alınması konusunda endişeleri beraberinde getirmektedir.

Yönetimsel reformun bürokraside kapsamlı dönüşümü sağlayamamasının yanında ülkemizde yönetim modelinin gerektirdiği katılım konusunda da sıkıntılar bulunmaktadır. Yönetişim modelinin uygulanabilirliği açısından en önemli kriterler, aktif yurttaşlık bilinci ve örgütlü toplum yapısıdır. Bu kriterler modelin odak noktasında yer alan katılım ve sivil toplum kavramlarıyla doğrudan ilgilidir. Türkiye’de uygulamada seçkin yaklaşımın söz konusu olması ve katılımın seçimlerle sınırlı kalmasından dolayı, yönetim için elzem olan yurttaş modelinin bulunmadığı söylenebilir. Örgütlü toplum yapısının varlığı konusu da sorunludur. Tarihsel kökenlere dayanan devlet – toplum karşıtlığının varlığı, Türkiye’de sivil toplumun yetersizliğinin sebebidir. Toplumsal örgütlenmenin yoğun olmaması da yönetim modelinin uygulanmasını zorlaştırmaktadır (Sobacı, 2007:228-232). Yönetişim ilkeleri ve

ombudsmanlık arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Aktif yurttaşlık bilinci ve katılım, Ombudsman etkinliğinin toplumsal temellerini oluşturmaktadır.

## 1.2. Türkiye'nin Yönetim Yapısı ve Sorunları

Ülkemizde reform taleplerine maruz kalan kamu yönetimi sisteminin temel özellikleri, idari rejim, kamu yönetimi – özel sektör yönetimi ayrılığı, yönetimin bütünlüğü, yasal dayanak, merkezden yönetim – yerinden yönetim, statü hukuku, kariyer – liyakat, tarafsızlık ve güvence ilkeleri biçiminde ifade edilebilir. Yasal dayanak ilkesine göre, yönetimin eylem, işlem ve düzenleme yetkisi, yasaya dayanmak zorundadır ve takdir yetkisi de ancak yasal sınırlar kapsamında kullanılabilir. Statü hukuku ilkesine göre, kamu görevlilerinin devletle olan ilişkileri yasa ile belirlenmektedir. Güvence ilkesine göre ise kamu hizmeti, hukuk yönünden güvenceli kişiler tarafından yürütülmektedir (Tutum, 2012:483-484). Bu genel özellikler, geleneksel kamu yönetiminin unsurlarını barındırdıkları için, temelde yönetsel sorunlar olarak görülmemekle birlikte Ombudsman kararlarının uygulanmasının önünde mevzuata dayalı engeller oluşmasına neden olabilmektedir. Ayrıca bu özelliklere bağlı olarak yaşanan yönetsel sorunlar da yine Ombudsman kararlarının hayata geçirilmesini olumsuz etkilemektedir.

Eryılmaz'a göre Türkiye'de bürokrasinin sorunları, örgütsel sorunlar ve işlemsel sorunlar şeklinde iki başlıkta ifade edilebilir. Örgütsel sorunlar arasında merkeziyetçilik, örgütsel büyüme, yönetimde gizlilik ve dışa kapalılık, yönetimde tutuculuk sayılabilir. İşlemsel sorunlar olarak da kuralcılık ve sorumluluktan kaçınma, yönetimde siyasallaşma ve kayırmacılık, yolsuzluk ve rüşvet, işlemlerin araçlar yoluyla yürütülmesi gösterilebilir (Eryılmaz, 2014). Bu sorunların tamamı doğrudan ya da dolaylı olarak Ombudsman tavsiye kararlarının kamu görevlilerince dikkate alınması oranına etki etmektedir. Bu sorun alanları arasında merkeziyetçilik, yönetimde gizlilik ve dışa kapalılık, yönetimde tutuculuk, kuralcılık ve sorumluluktan kaçınma ise Ombudsman tavsiye kararlarının hayata geçirilmesiyle doğrudan ilişkilidir.

Yetki ve sorumlulukların merkezde ve üst yönetimde toplanmış olması, yönetimi haktan uzaklaştırmakta ve bu şekilde kırtasiyeciliği de arttırmaktadır. Türk kamu yönetiminin bu bağlamda yerinden yönetim, yetki devri ve sivilleşmeye fazla açık olmadığı ve bu yönde değişimin yavaş işlediği söylenebilir (Eryılmaz, 2014:302-303). Geleneksel olarak Türk kamu yönetiminde çalışanların itaati, hiyerarşik yapıda rasyonel tartışma ve düşüncelere değil, makamın yetkisine dayanarak istenmektedir. Bürokraside kendini haktan çok devlete karşı sorumlu görme eğilimi bulunmakta, hizmetin amaca ne oranda yönelmiş olduğu önemsenmemekte, amaçların gerçekleştirilme düzeyi örgütsel boyutta ortaya konamamaktadır (Çevik, vd., 2008:52-54).

Gizlilik, bilinmesinde yasal bir sorun olmayan bilgi ve belgelerin devlet sırrı gerekçesiyle yurttaşlardan saklanmasıdır. Gizlilik, yönetim ve yurttaşın uzaklaşmasına, kamu yönetimine olan güvenin sarsılmasına, yurttaşın yabancılaşmasına ve yönetimin esrarengizleşmesine neden olmaktadır (Bulut ve Kahraman, 2010:345). Türkiye'de şeffaflık kavramının önem kazanması yeni bir gelişmedir. Bürokrasi, geleneksel olarak gizlilik ve resmi sır esasına göre örgütlenmiştir. Gizliliğin genel kural olageldiği ve açıklığın istisna olduğu bu yapıda, yönetime ilişkin düzenlemeler, resmi sır kavramının kamu görevlilerince istedikleri doğrultuda kullanılmasını sağlamıştır. Şeffaf bir yönetime geçiş süreci ise 2003



yılında kabul edilen 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile başlamıştır (Eryılmaz, 2014:305-306).

Kamu görevlilerinin eski uygulamalara sıkı bir biçimde bağlı olmaları, alışla geldiği biçimde yapmakta oldukları faaliyetleri yeni şartlara göre ele almamaları durumunda ise yönetimde tutuculuktan bahsedilebilir. Yönetimde değişim isteğinin toplumsal taleplerden kaynaklanması ve siyasal süreçlerle başlatılması, yeniliklerin bürokrasi tarafından engellenmesi sonucunu doğurmaktadır. Üst düzey yöneticiler reform uygulamalarının hayata geçirilmesi konusunda isteksiz davranabilmekte, reformlar yapılsa bile eski alışkanlıklara bağlılık sonucunda kamu yönetimi toplumsal ihtiyaçları yeterli oranda karşılayamamaktadır (Eryılmaz, 2014:306).

Önceden belirlenmiş yazılı kurallara uyum, bürokrasilerin var olan amaçlarını gerçekleştirmelerini sağlayan temel bir özellik olmasının yanında hukuksal bir gerekliliktir. Ancak işlemlerin verimlilik esası yerine kurallara uygunluk açısından değerlendirilmesi, denetimden kaçınma amacıyla kamu görevlilerinin kuralcılığa başvurmaları sonucunu doğurmaktadır (Yılmaz ve Kılavuz, 2002:18-19). Bürokratik yapılarda, mevzuata uygun olmama durumunu ileri sürülerek, sorumluluktan kaçma davranışı ortaya konabilir. Sorumluluktan kaçmanın dolaylı bir yolu da sorumluluğun yayılmasıdır. Bu durum, yetki kapsamındaki konularda bile üst makamların onayını alma, komisyon oluşturma ve yardımcılarının karara katılımını sağlama biçiminde ortaya çıkabilmektedir (Tortop, vd., 2010:409). Türk kamu yönetiminde kuralcılık ve sorumluluktan kaçınma, ayrıntılı düzenlenen yasalar nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Aşırı mevzuatçılık, amaçlardan uzaklaşmaya ve biçimselliğe neden olmaktadır. Böylelikle, inisiyatif kullanma yerine pasif kalma, düzeni sürdürme davranışları kurumsallaşmaktadır (Yılmaz, 2007:219). Bu durum işleyişi yavaşlatmakta, etkin olamayan görevlilere mazeret sunmakta, yetkilerin kötüye kullanılmasına neden olabilmektedir. Kurallar kamu görevlilerince, yurttaşlar karşısında kendilerini aklama aracı olarak kullanılmaktadır (Yılmaz ve Kılavuz, 2002:18-19).

Ülkemizde kamu görevlileri, faaliyetleriyle ilgili özel bir yargılama sürecine tabidirler. Güçlü devlet anlayışının etkisiyle, Türkiye’de kamu bürokrasisi görevlerini yerine getirirken yasalarca korunmaktadır. Kamu görevlilerinin faaliyetlerinden dolayı davalar ancak idare aleyhine açılabilirken, ceza kovuşturması açılması ise idari makamların iznine tabidir (Çevik, 2004:68-69). Memurların yargılanmasına bürokrasinin izin verdiği bir sistem bulunmaktadır (Eryılmaz, 2002:158-159). Memurların sahip oldukları güvenceler, statü hukukuna bağlı olarak çalıştıkları içindir. Amaç bir ayrıcalığa tabi olmaları değil, kamu hizmetlerinin sürekli, düzenli ve kamu yararına yönelik olarak sunulmasıdır (Avcı, 2007:275). Ancak kamu görevlileriyle ilgili adli soruşturmalarda var olan izin sistemi, ülkemizde hep tartışılmalıdır. Bu konuda biri lehte ve diğeri aleyhte olmak üzere iki görüş vardır. Memur ayrıcalıklarının kaldırılması görüşünün yanında, memurların doğrudan adli soruşturmaya tabi tutulması durumunun kamu hizmet sunumunda aksamalara, kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabileceği görüşü ileri sürülmüştür (Uz, 2011:161-162).

İzin sistemi, kamu politikalarının uygulanması ve hizmetlerin sunulması konusunda kamu görevlilerinin hesaba çekilememesi sorununa yol açmakta, hesap verme sorumluluğunun hayata geçirilmesini zedelemektedir. Bu şekilde kendilerini geleneksel olarak sadece hiyerarşik amirlerine karşı sorumlu hisseden kamu görevlilerinin, üstlerinin taleplerine uydıkları sürece görevlerini ne şekilde yerine getirdiklerinin bir önemi olmayacaktır (Çevik, 2004:68-69). Geleneksel yaklaşımda verimlilik için gerekli bir unsur olarak nitelenen memur

güvenliği, memuriyetin gerçeklerden uzak ve başkalarını işine karıştırmayan, kapalı bir sistem olması tehlikesini sunmaktadır (Al, 2007:111-115). Kamu görevlilerinin farklı bir yargılama sürecine tabi olmaları, Ombudsman kararları karşısındaki tutumlarını da etkileyebilir. Yargı organı karşısında bile bürokratik bir güvenceye sahip olan görevliler, Ombudsman kararlarına uyma konusunda da yine aynı zırha bürünebilirler.

Ombudsman tavsiye kararları karşısında kamu yönetimi, “kaldırma”, “değiştirme” ve “geri alma” biçiminde yönetim hukuku araçlarını uygulamaktadır. Bu bağlamda etkili bir Ombudsman kurumu, bir idari usul yasasıyla birlikte düşünülebilir (Uler, 2012:505). Ülkemizde genel bir idari usul uygulamasının bulunmaması, Ombudsman kararlarının kamu yönetimince dikkate alınması ve bağlayıcılığı açısından bir engel olarak görülebilir.

Yönetmelikler, hukuka uygunluk karinesi gereği, aykırılıkları ispat edilene kadar hukuka uygun kabul edilmekte ve geçerliliklerini korumaktadır. Hukuka aykırı yönetsel işlemlerin uygulanmasını engellemek için ise yargıya başvurmak ve yürütmenin durdurulmasını talep etmek gerekmektedir (Kırışık, 2013:245-246). Yönetmelikler, bürokrasinin siyasal kontrolü için önemli oldukları kadar, hukuka uygunluk, katılımın sağlanması ve demokratikleşme için de işlevseldir. Türkiye’de yasama ve yargı organlarının uymaları gereken usuller mevzuatta düzenlenmiştir ancak idarenin faaliyetlerine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. İdari usulle ilgili düzenlemeler dağınık bir biçimde çeşitli yasa ve yönetmeliklerde yer almakta, tekil durumları içermektedir (Demir, 2011:309-315). Genel bir idari usul yasasının yokluğu, idari işlem süreçlerinde uyulması gerekli usul ve kuralların uygulamada idari yargı içtihatlarına dayanması durumunu ortaya çıkarmıştır. Büyük bir idari teşkilat yapısının çok çeşitli eylemlerde bulunması, çok sayıda mevzuatın taranarak içeriğinin genel idari usule uygun olarak düzeltilmesi gerekliliği ve bürokratların yetkilerini sınırlandıracak bir düzenlemeye olumlu yaklaşmamaları sebeplerinden dolayı genel bir düzenleme yapılması zorlaşmaktadır (Demir, 2011:320-321).

Genel idari usul yasası, takdir yetkisinin keyfi kullanımını engelleyecek, idari yargı denetimini de kolaylaştıracaktır. Yönetimin olaylara göre takdir yetkisini kullanarak usul belirlemesi durumları, takdir yetkisinin mevzuatta ve teamüllerde ayrıntılı bir biçimde aranmasını gerekli kılmaktadır. Tek bir usul yasasının varlığı ise bu sorunu çözecektir (Kırışık, 2013: 250-251). Genel idari usul yasasının idari yargıya sağlayacağı kolaylıklar, Ombudsman denetimi için de söz konusudur. Ombudsman tavsiye kararları karşısında idarenin tutumu konusunda düzenlemenin genel bir usul içinde yer alması etkinliği arttıracaktır. Ayrıca Ombudsman denetiminin maruz kaldığı belirsizlikler önlemiş olacaktır.

## 2. Dünya Geneline ve Türkiye’de Ombudsman Kurumlarının Faaliyet Çevresi

Ombudsman kurumlarının çoğu ülkede faaliyette olması, ülkemizde de uygulanması için yeterli bir neden değildir. Ombudsmanlığın uygulanması, demokrasi anlayışı ve yönetsel kültürle doğrudan bağlantılıdır. Bu tarz bir kurumun ülkemizdeki demokrasi kültürü ve bürokrasinin işleyiş tarzıyla çok uyumlu olmadığı söylenebilir (Sayan, 2014:344-345). Asıl amaç Kurumun faaliyete geçmesi değil, etkin çalışmasının sağlanması olmalıdır. Bu bağlamda ülkemizde Ombudsman kurumunun faaliyete geçirilme sürecinin halen devam ettiği değerlendirilmesinde bulunulabilir.

1974 yılında yapılan bir çalışmada, dünya genelindeki çok sayıda Ombudsmanın aynı özelliklere sahip olduğuna ek olarak, görev yaptıkları çevrelerin de benzer özellikler gösterdiği tespitinde bulunulmuştur. Ayrıca Ombudsman kurumlarının en az ihtiyaç duydukları yerlerde kuruldukları tespiti de ironik olarak yorumlanmıştır. Uygulandığı ülkelerde kamu yönetimi standartları oldukça yüksektir ve medeni bir yönetsel kültür paylaşılmaktadır. Bu alt yapıya sahip olmayan kültürlerde ise Ombudsmanın başarıya ulaşması zor görünmektedir (Hill, 1974:1085).

Ombudsmanın başarısı, siyasal – yönetsel sistemlerin, halkın şikâyetlerine duyarlı olmasıyla ilişkilidir. Ombudsman faaliyeti, toplumda egemen olan ideolojinin kapsamında değerlendirilmelidir. Gerekli toplumsal değerler ise, bireye ve insan onuruna saygı, temel insan haklarının korunması, kamusal faaliyetlere halk katılımı ve kamuya hizmet ideolojisinin varlığıdır (Pickl, 1986:43). Bu doğrultuda Ombudsman denetimi gelişmiş ülkelerde başarılı bir biçimde uygulanmakta ve genel olarak işlemsel sorunlarla karşılaşmamaktadır. Ancak gelişmekte olan ülkelerde çok tatmin edici sonuçlara ulaşıldığı söylenemez. Çeşitli zorluklar ve uyumsuzluklarla karşılaşması, etkili çalışmasına engel olmakta ve uygulama sorunlarını ortaya çıkarmaktadır. Otoriter yönetimlerin görüldüğü ülkelerde ise etkili olamadığı doğrudan söylenebilir (Abedin, 2013:273-274).

Ombudsman kurumlarının daha gelişmiş ülkelere uygun olduğu yorumu, gelişmekte olan ülkelerde daha farklı işlevleri olabileceği görüşüyle karşılanmaktadır. Buna göre, “kibirli Üçüncü Dünya bürokrasisi” karşısında yurttaşlara basit, ücretsiz, kolay erişilebilir bir başvuru mekanizması sunulması daha önemlidir ve işlevlerinin sadece yarısının uygulanabilmesi bile bir gelişme sayılabilir. Gelişmekte olan ülkelerin ifade özgürlüğü, baskı gruplarının yetersizliği, yönetsel etkisizlik ve aşırılık, siyasal denetimin etkin olmaması, yürütmenin üstünlüğü, basın sorunları gündeme getirememesi, bürokraside güçlü paternalist eğilimler, yönetimde gizlilik gibi sorunları bulunmaktadır. Ayrıca bu ülkelerde yurttaşların eğitim seviyelerinin yanı sıra yönetime katılım ve ilgi de oldukça düşük düzeydedir. Yurttaşlar hakları konusunda yeterli bilince sahip olmayıp, yönetime karşı çekingen ve çoğu zaman korkak bir tavır içindedirler. Bürokrasi kendini ayrıcalıklı bir konumda hissetmektedir. Sözü edilen nedenlerle Ombudsman, bu ülkelerde denetim amacıyla oluşturulmuş bir kurumdan daha farklı işlev kazanmış, yurttaşlar ve devlet arasında bir aracı ve açıklayıcı rolüne bürünmüştür. Her ne kadar eğitim işlevi gelişmiş ülkelerde de bulunmakla birlikte, gelişmekte olan ülkelerde daha fazla önem kazanmıştır. Altyapı sorunlarına rağmen bu ülkelerde Ombudsman kurumları kendilerine verilen görevi yerine getirmek konusunda beklenenden önemli çabalar ortaya koymuştur. Ayrıca bu ülkelerin tamamını da aynı sınıflandırma içerisinde değerlendirmemek gerekmektedir. Demokratikleşme ve kurumsallaşma geçmişleri açısından daha avantajlı durumda olan ülkeler bulunmaktadır (Abedin, 2013:278-281).

Bahsedilen sorunların bazılarının ülkemiz için de söz konusu olduğu ifade edilebilir. Yürütmenin yasama ve yargı üzerindeki etkisi, Ombudsman bağımsızlığıyla ilgili şüpheleri beraberinde getirmektedir. Hak arama kültürünün varlığı ise başka bir sorun alanıdır (Efe ve Demirci, 2013:66-67). Denetim kurumları yetersiz olmamakla birlikte, denetim disiplini oluşturulmadığı için ve siyasal – yönetsel kadroların denetim sonuçlarına duyarsızlıklarından dolayı, etkisiz kalmaktadır. Ombudsmanın etkileme gücü ülkemizde önemli bir sorun alanıdır. Kurumun başarısı için kamu yönetiminin duyarlılığı da önemlidir ancak ülkemizde hukuka uygunluk konusu istenen düzeyde değildir. Anayasaya aykırılık durumları, denetim raporlarının dikkate alınmaması, yargı kararlarının uygulanmaması sorunları görülmektedir.

Yaptırım gücü olan kararların uygulanmaması bile normal karşılanabilmektedir (Sezen, 2001:91-93).

Ülkemizde medya desteği konusu da sorunlu görünmektedir. Resmi medya organının vesayet altında olması ve özel medya kuruluşlarının da sermaye gruplarının elinde toplanması, sağlayabilecekleri kamuoyu denetimi açısından kuşkuyla karşılanmaktadır (Sezen, 2001:91-93). Farklı medya kuruluşlarının değişik siyasal yönelimlerinin söz konusu olabileceği dikkate alınırca, Ombudsmannın tüm medya kuruluşlarına aynı mesafede durması gerekmektedir. Ülkemizde yurttaşların yönetime katılımı artırılmadan, var olan bürokratik anlayış değişmeden, yurttaşlarda medyaya olan güven yeniden oluşturulmadan, Ombudsman kurumunun kendisinden bekleneni yerine getirmesi oldukça zordur (Sayan, 2014:341-347).

Gelişmekte olan ülkelerde görülen genel sorunlar ülkemizde de söz konusu olmakla birlikte, yeni kurumların hayata geçirilmesi sonrası belirli bir adaptasyon süreci geçirmeleri normal karşılanmalıdır. Kapsamlı yönetsel yapılarda Ombudsman kurumlarına bütün sorunların dermanı olarak yaklaşmamak gerekmektedir. Ombudsman faaliyetleri konusunda çok fazla beklenti, en üst düzeyde hayal kırıklığına yol açacaktır (Hill, 1974:1085). Bu bağlamda Kamu Denetçiliği Kurumunun kendinden beklenenleri çok kısa bir süre içerisinde gerçekleştirmesi umulmamalıdır. Sadece bir denetim organı olarak görülmemeli, vatandaşın şikayetlerini daha rahat sunabileceği ve kamu yönetiminin daha dikkatli işlem ve eylemlerde bulunmasını sağlayacak bir kurum olarak değerlendirilmelidir (Demir, 2014:30).

### 3. Ombudsmannın Temel İşlevi ve Tavsiye Kararları

Çağdaş devletin karmaşıklaşan yönetsel yapısına klasik denetim kurumlarının cevap verememesi, Ombudsman kurumlarının ortaya çıkmasının başlıca nedenidir. Parlamento denetimi, siyasal süreçler nedeniyle işlevsiz kalmış; yönetsel denetim örgüt içi ilişkiler nedeniyle yurttaşlar için güvence olmaktan çıkmış; yargı denetimi ise yavaş, masraflı ve hukuka uygunluk ile sınırlı olması nedeniyle her durumda etkin olamamıştır. Büyüyen ve karmaşıklaşan bürokratik yapılar, yönetsel takdir yetkisinin artırılması, idari işlem ve eylemlerde ortaya çıkan haksızlıklar karşısında yurttaşların korunması ihtiyacı, denetim yapılarında yeni arayışlara yol açmıştır (Kahraman, 2011:362). Yurttaşların hak ve sorumlulukları konusunda bilgi edinememesi, yönetim karşısında güçsüz düşmelerine neden olmaktadır. Asıl görevi onlara hizmet etmek olan bürokrasi, bireylerin çaresizlik içine düştükleri bir yapı halini almıştır. Bu soruna çözüm olarak ise Ombudsman kurumları gündeme gelmiştir (Küçüközyiğit, 2006:94).

Geleneksel kamu yönetiminde denetim olgusu, verimliliğe vurgu yapan, hiyerarşi ile ilişkili bir kontrol amacına dayanmaktadır. Verimlilik çağdaş denetimde de temel amaç olmakla birlikte, iki yaklaşımın bu konuda anlayışı birbirinden farklıdır. Weberyen anlayışta verimlilik, nitel kavramlarla ifade edilir, denetim süreç odaklıdır ve mevzuata uygunlukla sınırlıdır. Mevzuat ağırlıklı denetim, çalışanların işleri mevzuata uydurma gayretiyle karşılanabilir. Bu yaklaşım, verimsizliğin gizlendiği, yurttaş taleplerinin dikkate alınmadığı, cezalandırma amacı güden, görevlilerin katkılarını engelleyen, değişime engel olan bir denetimi işaret eder. Çağdaş anlayışta ise temel amaç etkin sonuçlara ulaşmaktır ve verimlilik nicel kavramlarla ifade edilir (Al, 2007:111-117).

Kamu yönetimi, belirli bir meşruiyet üzerinde faaliyet göstermektedir. Meşruiyet kavramı ise genellikle yasallık kavramıyla aynı anlamda kullanılmaktadır. Bu şekilde yasallık, meşruiyetin tek kaynağı olarak gösterilmektedir. Ancak iki kavram arasında farklılıklar bulunmaktadır. Yasallık, genel olarak yasalara uygunlukla açıklanabilir. Hem yurttaşlar hem de kamu yönetimi için, hukuk devleti anlayışı temelinde, biçimselliği ifade etmektedir. Yönetimin yasallığı, yürürlükteki hukuk kurallarına uygun olmasıyla sağlanabilir. Bu durum şekli meşruluk kavramını ortaya çıkarmaktadır ancak geniş anlamda meşruluk için yeterli değildir. Geniş anlamda meşruluk, toplumsal kabul ile açıklanmakta, yasalara uygunluğun yanında aykırılığı da söz konusu olabilmektedir. Siyasal – yönetsel sistemlerin meşruluğu, temel hukuk kuralları, kurucu düzenlemeler ve uygulamada yurttaşların kabulleri ile desteklenmelidir. Günümüzde yönetim – yurttaş ilişkileri artış göstermiş, yurttaşların yönetimden beklentileri çoğalmış, yönetim ve yurttaş sorumluluğu gibi kavramlar ön plana çıkmıştır. Daha ileri bir düzeyde yurttaşlar, yönetimin müşterileri olarak algılanmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda yurttaş beklentilerinin yönetim tarafından dikkate alınması gerekliliği, yönetimin yeni meşruiyet kaynağı olarak belirlemiştir (Eren, 2003:57-62). Bu yeni meşruiyet anlayışında kamu yönetiminin denetimi ise, klasik yöntemlerin yetersiz kaldığı alanların ortaya çıktığı farklı bir boyuta taşınmıştır. Yasalarda düzenlenenlerin yanında, önemli ölçüde kamu yönetiminin takdir yetkisini içeren işlem ve eylemlerin denetimi farklı yaklaşımları zorunlu hale getirmiştir.

Kamu yönetiminin hizmet sunarken sahip olduğu yetki, “bağlı yetki” ve “takdir yetkisi” olmak üzere iki biçimde ortaya çıkmaktadır. Bağlı yetki, süreçlerin kesin olarak ifade edildiği, inisiyatif tanımayan yetkidir. Takdir yetkisi ise yönetime belirli oranda bir serbestlik tanımaktadır. Yönetimin hizmet sunduğu alanların çeşitlenmesi sonucunda, yasal düzenlemeler konunun sadece genel çerçevesini belirlemekte, uygulamaya ilişkin içerikse yönetsel işlemlere bırakılmaktadır. Sorumlu olunan kamu hizmetlerinin ihtiyaca uygun bir biçimde sunulabilmesi için yönetime geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Takdir yetkisinin keyfi kullanımı ise kötü yönetim sonucunu doğurur. Takdir yetkisine dayalı olarak seçilen çözüm yollarının yerindeliğinin denetimi ise yargı yerlerince yapılamamaktadır (Şengül, 2005:130-131). Bireylere idari yargıya başvuru hakkının verildiği ülkelerde bile uygulanabilen Ombudsman; yönetimin bünyesine kolaylıkla girebilen; geleneksel yöntemlerle kıyaslandığında daha hızlı, daha kişisel ve az biçimci; karşılıklı ilişki kurabilen; gayri resmî uygulamalarla daha etkin olabilen bir kurumdur (Küçüközyiğit, 2006:94). Ombudsmanın kötü yönetim üzerinde denetimi, hukuka uygunluk açısından olmakla birlikte, yönetimin etkinlik ve verimliliğini de içerebilir (Şengül, 2005:133-136). Yönetsel işlemler, hukuka uygun ancak adil olmayabilirler. Böyle durumlarda en uygun işlemin yapılması yönünde Ombudsman tavsiye kararları çözüm sunmaktadır (Kahraman, 2011:365).

Ombudsman kurumlarının etkin bir biçimde hayata geçirilmesiyle ilgili olarak iki önemli sorun alanı vardır. İlki, gücünü parlamentodan alan kurumun tarafsızlığı ve güvenilirliği, diğeri ise vereceği kararların yaptırımıdır (Sayan, 2014:335). Ombudsman kurumunun bağımsızlığı, düzenlendiği mevzuata, ombudsmanın seçilme ve atanma şekline, göreve yeniden atanma durumuna, dokunulmazlığına, ikinci bir görevde bulunmasına, faaliyetlerinin denetime tabi olmasına, mali olanaklarına, işbirliği yaptığı kurumlara göre değerlendirilebilir (Temizel, 1997:56). Kararlarının uygulanması da farklı etkenlere bağlı olarak dolaylı bir biçimde sağlanabilir.

Ombudsman kararlarının bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Kurumlar genel olarak yetkileri ile birlikte tanımlanırken, Ombudsman öncelikle yetkisizliği ile ifade edilen bir

kurumdur. Neleri yapabileceğinden önce, neleri yapamayacağı belirtilir. Yönetime emir veremez, onun yerine geçerek işlem ve eylem yapamaz. Tek ve mutlak yetkisi incelemedir. Araştırma konusunu aydınlatmak için gereken her türlü incelemeyi yapabilir, ulaştığı sonucu ilgililer, yönetim ve kamuoyuna açıklar. Yukarıda da değinildiği gibi, Ombudsman tavsiyeleri doğrultusunda işlem ya da eylem yapacak olan kamu kuruluşu, yönetim hukuku açısından “kaldırma”, “değiştirme” ve “geri alma” hukuksal araçlarından faydalanır (Uler, 2012:504-505). Kamu kuruluşları üzerindeki etkisi, eleştiri ve ikna etme boyutunda ortaya çıkmakta, asıl gücünü incelemeleri sonucunda parlamento ve kamuoyunu bilgilendirme yetkisinden almaktadır (Efe ve Demirci, 2013:55).

Ombudsman kararlarının etkinliği konusunda ilginç benzetmeler yapılmıştır. Havlayabilen ancak ısrıramayan bir beçki köpeğine benzetilmesinin yanında (Letowska, 1990:209), yaptırım yetkisi olmayan tavsiye mızrağıyla bürokratik yel değirmenlerine saldıran modern bir Don Kişot olup olmadığı sorusu da değerlendirilmiştir (Hill, 1974: 1081). Ancak Ombudsman kurumlarının kapsamlı araştırma yetkilerinin dışında, eleştiri ve iknadın başka yaptırımının olmaması, çağdaş kamu yönetimi anlayışının gerektirdiği bir durumdur. Yaptırım yetkisine sahip olmama, bu denetim türünün temel bir özelliğidir. Ombudsmanlık, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu ve yerindeliliği konularında, kamu görevlilerine ilgili durumu değiştirme ya da ortadan kaldırma konusunda düzeltici bir işlev sunmaktadır (Temizel, 1997:53).

Hukuken bağlayıcı olan kararların bile yönetim tarafından uygulanmaması durumu mümkündür. Demokratik devletlerde kamuoyunun yaptırımı, bazı durumlarda yargının takdir ettiği tazminatlardan daha etkili sonuçlar doğurmaktadır. Bağlayıcılığını hukuksal yaptırım yerine siyasal yaptırımdan alan Ombudsman kararlarının, daha etkili olabileceği teorik olarak ifade edilebilir. Ombudsman kararlarının hukuken bağlayıcı olmaması, uygulamada bağlayıcı olmadıkları anlamına gelmemekte, yeri geldiğinde hukuken bağlayıcı olan kararlardan daha ileri düzeyde bir bağlayıcılığı ifade edebilmektedir (Erhürman, 2000:178-179). Ombudsman kararlarının, tekil etkiden öte, genellenebilir çözümlerle dolaylı etkileri vardır. Kamu kuruluşlarına genel uygulamalar önerilmektedir. Bu doğrultuda daha önemlisi, önerilen düzenlemenin sadece ilgili yönetim tarafından değil, tüm kuruluşlarca benimsenmesidir. İlgili konuda bir yasal düzenlemeye yol açmak ise daha ileri düzeyde bir etkidir. Etkinlik asıl olarak bireysel çözümlerde değil, onlardan yola çıkarak önerilen genel uygulamalardadır. Burada önemli olan, kamu görevlilerince Ombudsman faaliyetlerinin caydırıcı etkisinin içselleştirilmesidir. Yurttaşların şikâyetlerini sunabilecekleri ve bunlarla ciddi bir şekilde ilgilenen bir kurumun varlığı, kamu görevlilerinin şikâyete yol açacak durumlardan kaçınmalarını sağlayacaktır. Kamusal bir raporda kusurlu olarak ifade edilme ve bu şekilde üstlerinin tepkisine maruz kalma endişesi, kusurlu davranmanın öğrenilmesine yol açacaktır (Pickl, 1986:45).

Ombudsman kararlarının neden yaptırımı yoktur? Bu konuda verilebilecek ilk cevap, Ombudsman denetiminin niteliğidir. Tavsiye kararları, diğer denetim yöntemleriyle birlikte çalışabilmesini sağlamaktadır. Hukuka uygunluk denetiminin yanı sıra yerindelik denetiminin de uygulanabilmesi açısından böyle bir gereklilik bulunmaktadır. Bazen kurallara katı bir biçimde uygun olmakla birlikte genel anlamda meşru olmayan bir uygulamanın düzeltilmesi ancak bu şekilde mümkündür. Yaptırım ve kurala uygunluk arasındaki doğrusal bağlantı, yerindelik ve yaptırım arasında bulunmamaktadır. Yaptırım, illa ki bir kurala uygunluk gerektirmekte, yerindelik ise bu bağlamda ancak tavsiyelerle sunulabilmektedir. Bu konuda daha geniş bir yorum, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle ilişkilendirilebilir.

Ombudsman kurumlarının temel özellikleri bağlamında sadece tavsiye kararları almalarındaki amaç, dar bir bakış açısıyla, diğer denetim mekanizmalarıyla uyumsuzluğu önlemek olarak nitelendirilebilir. Geniş anlamda ise, kuvvetler ayrılığı ilkesinin zedelenmemesi amaçlanmaktadır. Yasama, yürütme ve yargı güçlerinin etkinlik alanları yasalarla belirlenmiştir. Yönetişel işlem önerisi, yasama önerisi ya da adli yardım gibi konular Ombudsman faaliyeti kapsamına girebilmektedir. Bu bağlamda dünya genelinde Ombudsman kurumları, yasama, yürütme ve yargı kuruluşlarının tamamını ilgilendiren kararlar alabilmektedir. Bağlayıcı kararlar alması durumu ise, kuvvetler arasında dengenin bozulması yönünde endişeleri güçlendirebilir. Ombudsman, kuvvetler ayrılığının yörüngesine, yine kendi içinde her bir kuvvete etki edebilen kütle çekim gücünün dengesiyle oturmuştur. Bu dengenin bozulması, ya etki altına girmesine ya da yetkisini aşmasına neden olabilir. Bu durumda tavsiye kararları Ombudsman kurumlarının temel özelliği haline gelmektedir. Kararlarının hukuksal yaptırımı olan kurumlar bu nedenle Ombudsman olarak adlandırılmamaktadır.

Ombudsman kurumları, uygulandığı ülkelerin yapılarına göre esnek bir biçimde hayata geçirilebilmekte, kararlarının etkinliği her uygulamada farklı şekilde sağlanmaktadır. Ancak bu esneklik, bazı ülkelerde hukuk devleti ilkesini geliştirmekle birlikte bazılarında ise göstermelik birer kurumun ortaya çıkmasına yol açmıştır. Göstermelik bir yapının ortaya çıkmasının önlenmesi için ombudsmanın halka mal edilmesi çok önemlidir (Eren, 2000:89). Temel mantığı yönetim ve yurttaş birbirine yakınlaştırmak olan bu kurumun kamu yönetimi üzerindeki etkisi yine halk desteği ile mümkün olabilecektir. Ancak bunun doğrudan ve dolaylı olmak üzere çeşitli yöntem ve araçları bulunmaktadır. Ombudsmanın sahip olduğu araçlar dışında, kararlarının etkinliği açısından, faaliyet gösterdiği çevrenin de bazı özellikleri barındırması gerekmektedir.

Ombudsmanın sonuca ulaşabilmesi, geliştirdiği argümanların kalitesine, kararlarına olan saygıya ve kurumun sahip olduğu ahlaki otoriteye bağlıdır. İkna, eleştiri ve alenileştirme yoluyla işlev göstermektedir (Gregory, 1999:155). Genel ve özel raporlarının geniş kesimlere iletilmesi, medya organlarıyla ilişkilerinin geliştirilmesi yoluyla kamuoyunun harekete geçirilmesi, şikayetçiler için adli yardım talebi (Eren, 2000:90-91), kararların takibinde parlamentonun aktif bir pozisyona taşınması, kamu kuruluşları aleyhine yargıya başvurulabilmesi gibi araçlar, Ombudsman tavsiyelerinin uygulamaya geçirilmesi için kullanılabilir güçlerdir.

Alenileştirme temelli ve dolaylı olarak uygulanabilen çeşitli araçlar bulunmakla birlikte, Ombudsman kurumları, yasama denetiminin kapsamında değerlendirildiğinde, etkinliğinin doğrudan parlamento desteğiyle sağlanması daha yerinde görünmektedir. Ombudsmanın en önemli görevi, sorunları parlamentonun önüne getirmektir. Ombudsman, parlamento adına denetim yaptığı için, raporunu sunduktan sonra tavsiyelerinin yaptırımını yine parlamentodan beklemelidir (Pearce, 1999:96). Ancak uygulamada Ombudsman kurumları, gelişme farklılıklarına bağlı olmaksızın, hiçbir ülkede yeterli yasama desteğini alamamaktadır. Ombudsman ve parlamento ilişkisi, rapor sunma sonrasında bitmemeli, rapor yeni bir sürecin başlatıcısı olmalıdır. Ombudsman görüşleri, parlamento içinde de ele alınmalı, parlamento raporların uygulamada da takipçisi olmalıdır. Tavsiyelere uyumun izlenmesi konusunda sorumluluk, yasamanın ya da yasama organı bünyesindeki ilgili komisyondur (Abedin, 2013:286). Parlamentodaki ilişkili komisyon, Ombudsmanın sahip olduğu güçler arasında etkinliğini sağlamak açısından belki de en önemlisidir. Komisyon, kamu yönetimi üzerinde bir baskı unsurudur, tavsiye kararlarına uymayan kurum ya da

görevliler hakkında bir ileri düzeyde eleştiri içeren raporu daha etkili olacaktır. Böyle bir komisyonun muhatabı olmak, kamu görevlilerinin hatta bakanların Ombudsman kararlarına uymama konusundaki cesaretlerini kıracaktır. Yasama organında bir komisyon ile ilişkili olmak Ombudsmanlar için oldukça işlevsel ve değerlidir ancak dünyada her Ombudsman kurumu böyle bir komisyona bağlı olarak çalışmamaktadır (Gregory, 1999:155-156).

Kararlara uymayan yönetime karşı yargı yoluna gidilmesi ve uygulamanın yargı kararıyla yerine getirilmesi kimi zaman tartışılmakla birlikte, bunun olumsuz etkileri de göz önünde bulundurulmalıdır. Böyle bir durumda Ombudsman, açıklığını, kolay bir başvuru yöntemi olmasını, hızını kaybedebilir ve toplumda saygınlığını yitirebilir (Gregory, 1999:155).

Bürokrasi ve hiyerarşik yapılanma, Ombudsman ile işbirliğinin önünde bir engeldir. Ombudsman faaliyetleri bazı memurlarca bir müdahale, bir meydan okuma olarak algılanabilir. Ancak Ombudsman, sadece hata bulma amacıyla olan bir görevli olarak algılanmamalıdır. Ombudsman, hatalı yönetsel işlem ya da eylemlere muhatap olan yurttaşların haklarını ararken, doğru yapılmış yönetsel işlemlerin de destekçisidir. Ombudsmanlara yapılan başvuruların büyük bir oranı haksız yakınmaları içermektedir. Yönetimin haklı olduğu durumlarda bu haklılığı anlatan bir mekanizma olarak da halkla ilişkiler görevini yerine getirmektedir (Pickl, 1986:42-43). Tavsiye kararları Ombudsman faaliyetlerinin oldukça küçük bir bölümünü oluşturmaktadır. Uygulamada faaliyetlerinin daha büyük bir oranı ise kamu yönetimini onaylama işlevi biçiminde karşımıza çıkmaktadır.

#### 4. Türkiye’de Ombudsman Tavsiye Kararlarının Durumu

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’na göre, Kurum şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem, işlem, tutum ve davranışlarını, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir (md.5). Başdenetçinin görevleri arasında; şikâyetleri incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak; yıllık raporu hazırlamak; gerek gördüğü konularda özel rapor hazırlamak; raporları kamuoyuna duyurmak yer almaktadır (md.7). Kurumun inceleme ve araştırma konusu ile ilgili istediği bilgi ve belgelerin otuz gün içinde verilmesi zorunludur ve istenen bilgi ve belgeleri bu sürede haklı bir neden olmaksızın vermeyenler hakkında Başdenetçi veya denetçinin başvurusuyla ilgili merci tarafından soruşturma açılacaktır (md.18). İnceleme ve araştırma sonucu ve öneriler, ilgili merci ve başvurana bildirilir. İlgili merci, Kurumun önerileri doğrultusunda tesis edilen işlem ya da önerilen çözümün uygulanabilir görülmemesi durumunda bunun gerekçesini otuz gün içinde Kuruma bildirir (md.20). Kurumun faaliyetlerini ve önerilerini içeren raporu her takvim yılı sonunda hazırlanarak, TBMM’de Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyona iletilir. TBMM Genel Kuruluna iletilecek olan raporun son şekli, Komisyonca kendi görüşlerini de içerecek şekilde özetlenerek hazırlanır. Yıllık Rapor, Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle de kamuoyuna duyurulur. Kurum açıklanmasında fayda görülen konuları yıllık raporu beklemeksizin her zaman kamuoyuna duyurabilir (md.22).

Yasada belirtilen inceleme usulleri ve yetkilerin yönetmelikle düzenlenen uygulama ayrıntılarında, Kurumun tavsiye kararlarının uygulanabilirliğine yönelik bazı düzenlemelere yer verilmiştir. “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul Ve



Esaslar Hakkında Yönetmelik”e göre, gerekli süre içinde istenen bilgi ve belgeleri haklı bir neden olmaksızın vermeyenler hakkında yapılacak soruşturma ile ilgili olarak, soruşturma işlemi ve soruşturma sonucu hakkında ilgili merci Kurumu bilgilendirecektir (md.23). Yönetmeliğe göre, inceleme ve araştırma sonucunda şikâyetin yerinde olduğu kanaatine varılması durumunda tavsiye kararı verilir. Tavsiye kararı; “hatalı davranıldığına kabulü”; “zararın tazmini”; “işlem yapılması veya eylemde bulunulması”; “mevzuat değişikliğinin yapılması”; “işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya düzeltilmesi”; “uygulamanın düzeltilmesi”; “uzlaşmaya gidilmesi”; “tedbir alınması” önerilerinden bir ya da birkaçını içermektedir. Bu tavsiyeler dışında başka tavsiye kararı da verilebilir. Tavsiye doğrultusunda tesis edilen işlem, alınan önlem veya tavsiye edilen çözümün uygulanabilir görülmemesi durumunda bunun gerekçesi, ilgili merci tarafından otuz gün içinde Kuruma bildirilir (md.32). Ret kararı ise, inceleme ve araştırma sonucunda şikâyetin yerinde olmadığı kanaatine varılması durumunda verilmektedir (md.33).

Kamu Denetçiliği Kurumunun, tavsiye ya da ret kararı verme aşamasına gelmeden önce, taraflar arasında uzlaşma sağlamaya yönelik girişimleri olduğu görülmektedir. Bazı başvurular uzlaşma yoluyla çözülmüştür (TBMM, 2014:97). Bu çözümler, Kurumun etkin olduğu faaliyetler olarak değerlendirilmelidir. Ancak uzlaşma sağlanamaması ve şikâyetlerin haklı görülmesi durumunda tavsiye kararı verilmektedir.

Kamu Denetçiliği Kurumu idari faaliyet raporlarında, verilen tavsiye kararlarına idarenin uyumu konusunda bir bilgiye yer verilmemiştir. 2014 Yılı İdari Faaliyet Raporunda ise bu konuda bazı yorumlar yer almıştır. Tavsiyelere uyum konusu, Kamu Denetçiliği Kurumu Yıllık Raporu’nda ele alınmıştır. Kuruma, ilk faaliyet yılında toplam 7638 şikâyet başvurusu yapılmıştır. 2014 yılı toplam şikâyet sayısı ise 5639’dur. Kurumun faaliyetleri sonucunda verdiği kararların dağılımı aşağıdaki tabloda verilmiştir.

**Tablo 1. Kamu Denetçiliği Kurumunca 2013-2014 Yıllarında Verilen Kararların Türlerine Göre Dağılımı**

Karar Türleri	2013	2013 (%)	2014	2014 (%)	Toplam
Gönderme Kararı	2.155	37	2.323	36,59	4.478
İncelenemezlik Kararı	2.240	35	2.147	33,82	4.387
Başvurunun Geçersiz Sayılması	329	5,9	80	1,26	409

Karar verilmesine Yer Olmadığına İlişkin Karar	307	5,3	806	10,13	1.113
Birleştirme Kararı	522	7,1	643	12,70	1.165
Mahalli İdarelere İlişkin Başvurular	432	7,9	80	1,26	512
Tavsiye Kararı	64	1	93	1,47	157
Ret Kararı	37	0,6	150	2,36	187
Kısmen Tavsiye Kısmen Ret Kararı	11	0,2	26	0,41	37
<b>Toplam</b>	<b>6.097</b>	<b>100</b>	<b>6.348</b>	<b>100</b>	<b>12.445</b>

**Kaynak: Kamu Denetçiliği Kurumu 2014 Yılı Faaliyet Raporu, Kamu Denetçiliği Kurumu, Ankara, 2015, s.56.**

Dünya genelindeki uygulamalara paralel olarak, Kuruma yapılan başvuruların önemli bir oranının tavsiye kararı ile sonuçlanmadığı görülmektedir. Tavsiye ve kısmen tavsiye kararlarının oranı, 2013 yılında %1,2; 2014 yılında 1,89'dur. Kurum incelemelerinin önemli bir çoğunluğu tavsiye aşamasına gelmeden sonuçlanmaktadır. Az oranda görülen bu tavsiye kararlarına karşı kamu yönetiminin tutumu ise aşağıdaki tabloda verilmiştir. Henüz 2014 Yıllık Faaliyet Raporu yayınlanmadığı için, bu konuda sadece ilk faaliyet yılı verileri bulunmaktadır.

**Tablo 2. 2013 Yılı Kamu Denetçiliği Kurumu Tavsiye Kararlarının Kamu Yönetimince Uygulanması**

Tavsiye ve Kısmen Tavsiye Kararları Sonucu	Sayı
Geri Bildirim Beklenen	40
İdari İşlem Tesis Edilmeyeceği Yönünde Bildirim Yok	1
Kısmen Uyum Sağlanan	2
Tavsiye Kararı Doğrultusunda İşlem Tesis Edilmeyen	27
Tavsiye Kararı Doğrultusunda İşlem Tesis Edilen	5
<b>Toplam</b>	<b>75</b>

**Kaynak: Kamu Denetçiliği Kurumu 2013 Yıllık Raporu, TBMM, Ankara, 2014, s.179-180.**

Kurumun ilk faaliyet yılında verdiği 64 “tavsiye kararı” ve 11 “kısmen ret kısmen tavsiye kararı” ile ilgili olarak, raporun hazırlandığı dönemde, işlem tesis edilip edilmeyeceği yönünde geri bildirim beklenen 40, işlem tesis edilmeyeceği yönünde bilgi alınmayan 1, önerilere kısmen uyum sağlanan 2 tavsiye kararı söz konusudur. Kurumca verilen 27 tavsiye kararındaki öneriler ise kamu yönetimi tarafından uygulamaya geçirilmemiştir. Dönem sonu itibarıyla 5 tavsiye kararına uygun olarak kamu yönetimince işlem tesis edilmiştir. Ombudsman kararlarına uyma oranının %80 olduğu Avrupa ortalamasından çok farklı olarak ülkemizde bu oran %21 dolaylarındadır. Bazı durumlarda kamu yönetimi, Ombudsman tavsiyelerini uygulamak arzusunda olmakla birlikte, mevzuatın bu duruma aykırı olmasından dolayı işlem tesis edilememesi de söz konusudur (TBMM, 2014:179-180).

İlk faaliyet yılının Kurum ve temsilcisi tarafından değerlendirilmesinde, kamu yönetiminin Ombudsman kararlarına uyma sorunu önemli bir başlığı oluşturmuştur. 2013 Yılı İdare Faaliyet Raporu’na göre, yaptırım gücüne sahip olmayan bir kurum algısının yanlış olduğu kamuoyuna aktarılmalı ve yönetsel hataların giderilmesi konusunda Kurumun hukuk devletindeki önemi gösterilmelidir. Bunu hayata geçirmek için ise Ombudsman kararlarının TBMM’ce takibi, kamuoyu desteği ve Kurumun tanınırlığının artırılması gerekmektedir.

Tavsiye kararlarına uyma oranının uluslararası seviyeye ulaştırılabilmesi için yasal düzenlemeler yapılması ihtiyacı bulunmaktadır (KDK, 2014a:81). 2013 Yıllık Raporu'nda da bu konu önemli bir odak noktasını oluşturmuştur. Raporun sunuş bölümünde Kamu Başdenetçisi M. Nihat Ömeroğlu bu konuya özellikle vurgu yapmıştır. Ömeroğlu'na göre, kamu yönetiminden tavsiye niteliğindeki kararlara uyum beklenmektedir ancak bir yasal düzenleme ya da bir kurumun kurulmasıyla, kültürümüzde yer almayan hesap verebilirlik ve şeffaflık ilkelerinin yönetim sistemimize tam anlamıyla yerleşmesini beklemek mümkün değildir. Doğası gereği tavsiye kararları alabilen Kurumun bu kararlarının uygulanabilmesi için ise TBMM'nin desteğinin önemi tekrarlanmıştır. Ayrıca Kurumun işlerliğinin artırılması için kuruluş kanununda çeşitli düzenlemeler yapılması gerekmektedir (TBMM, 2014:18-19).

Kamu Başdenetçisi M. Nihat Ömeroğlu'nun ilk faaliyet dönemini çeşitli platformlarda değerlendirdiği açıklamalarında da Kurum kararlarına uyum sorununa özellikle vurgu yaptığı görülmektedir. Gazetecilerle yapılan bir toplantıda, ilk faaliyet yılında yeterli ilgiyi görmediklerini ifade etmiştir. Kurumla ilgili farkındalık yaratmak için çok çaba sarf ettiklerini ve bu konuya daha çok ağırlık vereceklerini belirtmiştir. Bununla birlikte, Kurumun verdiği tavsiye kararlarına kamu yönetiminin uyumu beklenen oranda gerçekleşmemiştir. Bu konuda temel nedenler, bürokrasi kültürü ve mevzuat engelidir. Üst düzey yöneticiler, tavsiye kararlarını yeterince denetlememektedir. Tavsiye kararlarının bakanlara, en azından müsteşarlara kadar ulaşması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Ülkemizde yönetsel yapılanma kültürü, bürokrasi, şeffaf olmama, vatandaşa zamanında hesap verilmeyişi, kararların zamanında alınmayışı gibi sorunlar bulunmaktadır. Bunlara ek olarak genellikle mevzuat engeli ortaya çıkmaktadır. Tavsiye kararlarının uygulanmamasında alışkanlıklar da etkilidir. Ülkemizde mahkeme kararlarının her zaman uygulanması konusunda bile sorunlar yaşanabilmektedir (Haberler.com, 2014). 90 yıllık Cumhuriyet tarihinde, sözü geçen bürokratik sorunların kırılması mümkün olmamıştır (KDK, 2014b). Ömeroğlu'na göre, Avrupa'da ve İskandinav ülkelerinde Ombudsman kararlarının neredeyse tamamına uyulmaktadır. Ombudsman kararlarının dikkate alınması yönünde bir algı bulunmaktadır. Bunun nedeni ise yılların getirdiği birikim, hukukun üstünlüğüne inanç ve demokrasinin çok ileri düzeyde olmasıdır (Anadolu Ajansı, 2014).

Kurumun ilk yıllık raporunda, tavsiye ve ret kararları karşısında idarenin tutumunun değerlendirildiği bir alt başlık bulunmaktadır. Rapora göre, yargı kararlarına uyulması oranının bile düşük olduğu ülkemizde, kararlarının yaptırım gücü bulunmadığı yönünde bir algı olan Kurumun etkili olamayacağı düşünülebilir ancak demokrasi kültürünün temelinde yer alan tarafların eşit haklarla çözüm odaklı bir anlayışta buluşması anlayışı nedeniyle Ombudsman kurumu hukuk devletinin bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca, Kurumun kamu yönetimi üzerindeki tek yaptırımı, Karma Komisyonca özetlenen yıllık raporunu TBMM Genel Kuruluna sunmasıdır. Bu bağlamda “milli irade karşısında hesap verme” sorumluluğu, sahip olduğu başlıca güç olarak ifade edilmiştir. Kamu yönetiminin milli irade karşısında sorumluluğu temelinde ortaya çıkan bu dayanak, tavsiye kararlarının uygulanması oranını arttırmak için Kurum kararlarının TBMM tarafından takip edilmesi ve kamuoyu desteğinin verilmesini gerektirmektedir (TBMM, 2014:179).

Raporda, kamu yönetiminde tespit edilen eksikler kapsamında önemli bir alt başlık da insan hakları ihlalleri konusunda ülkemizde var olan cezasızlık kültürüdür. Türkiye'de insan hakları ihlal iddialarının incelenmesi ve kusurlu kamu görevlilerine ceza verilmesi konularının etkin bir şekilde uygulanmadığı, bu alanda taraf olunan uluslararası mekanizmalarca dile getirilmektedir. Geçmişte yaşanan ihlal iddialarının soruşturma süreçleri,

cezasızlık kültürüne işaret etmektedir. Kolluk sektöründe idari soruşturmalarda cezasızlık kültürünün varlığı ise, gereksiz ayrıntıların yanında yaptırıma sahip olmayan disiplin mevzuatı, mesleki dayanışma ve özerk bir kolluk şikâyet mekanizmasının olmamasıyla açıklanmaktadır (TBMM, 2014:183).

Kamu Denetçiliği Kurumunun ilk faaliyet yılında medya ile ilişkilere önem verdiği görülmektedir. Tavsiye kararlarının kamu yönetimince dikkate alınması konusunda toplumsal desteğin önemi raporlarda vurgulanmıştır. Bu amaçla Kurum tarafından iki farklı kamu spotu hazırlanmıştır. Ayrıca tanıtım amacıyla Türkçe, İngilizce, Arapça ve Kürtçe dillerinde afişler hazırlanmış, valiliklere gönderilmiştir. Kurumun şikâyet başvuruları alması sonrasında Kamu Başdenetçisi ve Denetçiler medya temsilcileriyle, kuruma erişim, şikâyet başvuruları, faaliyetler ve tavsiye kararları konularında görüşmelerde bulunmuşlardır (TBMM, 2014:39-40). 2014 yılında Kurum ulusal, bölgesel ve yerel düzeyde toplam 1.174 haberde yer almıştır. Kurumun kararlarına yönelik olarak ise, ulusal düzeyde 107, bölgesel düzeyde 26, yerel düzeyde 117 olmak üzere toplam 250 haber yayınlanmıştır. Kararlara ilişkin olarak yayınlanan haberlerin toplam haberlere oranı %21'dir (KDK, 2015:71). Kurumun ilk faaliyet yılında, amaç ve çalışma yöntemlerinin kamu kuruluşlarına anlatılması amacıyla üst düzey irtibat birimleri de kurulmuş, şikâyetler konusunda kamu kuruluşlarıyla sözlü ve yazılı temaslar sağlanmıştır (TBMM, 2014:42).

2013 Yıllık Raporu'nda başka bir önemli alan, Kamu Denetçiliği Kurumu mevzuatına ilişkin düzenleme önerileridir. Bu öneriler arasında, verilen tavsiye kararlarının uygulanması oranını arttırmaya yönelik gereklere de yer verilmiştir. Bu konuda bir öneri, denetim kapsamındaki özel hukuk tüzel kişilerinin hangileri olduğu konusunun kanunda tanımlanmasıdır. Özel raporların iletilmesi konusunda da bir düzenleme ihtiyacına dikkat çekilmektedir. Şikâyet başvurusu yapılabilmesi için gerekli olan idari başvuru yollarının tüketilmesi şartında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na atfı yapılmaması, buna ilişkin usul ve esasların doğrudan Kurum Kanunu'nda düzenlenmesi gereği belirtilmiştir. Kamu kuruluşlarından istenen bilgi ve belgelerin verilmemesi durumunda ilgili merci tarafından açılacak soruşturma hakkında bilgi verilmesinin sağlanması, kanuna aykırılık hallerinde Başdenetçi ve Denetçilerin ilgililer hakkında idari ve adli yünden işlem yapılmasını isteyebilmeleri de bu bağlamda düzenlenmesi önerilen konular arasındadır (TBMM, 2014:204-208).

Yıllık Raporda dikkat çekilen başka bir konu da kamu görevlilerinin sorumluluğudur. Buna göre, Kurumun önerisi doğrultusunda yapılan işlem veya eylemden dolayı kamu kurum ve görevlilerinin sorumluluk yüklenmemesi konusu düzenleme altına alınmalıdır. Bu şekilde, kamu görevlilerinin sorumluluk almaktan çekinerek Ombudsman önerisine uygun işlem yapmaktan kaçınmaları önlenmelidir. Kurumun önerisi doğrultusunda yapılan işlem veya eylemden dolayı ilgili merci veya görevlilere adli, mali veya idari sorumluluk yüklenmemesi yönünde bir yasal düzenleme, tavsiye kararlarına etkinlik kazandıracaktır. Ayrıca, Kamu Başdenetçisine adli ve idari yargıda dava açabilme hakkının verilmesinin yanında Anayasa Mahkemesine başvuru hakkının tanınması gerekmektedir (TBMM, 2014:209-210).

2014 Yılı İdari Faaliyet Raporu'nda da Kurumun daha etkin çalışmasını sağlamaya yönelik düzenlemeler yapılması konusunda bir dizi öneri yer almıştır. Bu önerilerde, 2014 yılı AB Türkiye İlerleme Raporu, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin Avrupa Ombudsmanlık Kurumunun Güçlendirilmesi Raporu ve Ombudsman kurumları hakkında dünya genelindeki değerlendirmelere atfı yapılmaktadır. Gerekli düzenlemelerin yapılmasını

uygun olacağı belirtilen konuların önemli bir çoğunluğu, kamu yönetiminin Ombudsman kararlarına uyumunu sağlamaya yönelik tedbirleri içermektedir. Etkin çalışmaya yönelik diğer önerilerin yanında tavsiye kararlarıyla ilgili olarak, “öneri” yerine “tavsiye” ibaresinin kullanılması, Kurumun tavsiyesi doğrultusunda değerlendirme yapacak makamların Kanun’da belirlenmesi, tavsiye kararları doğrultusunda yapılan işlem veya eylemden dolayı ilgili merci veya görevlilere sorumluluk yüklenememesi, inceleme ve araştırma konusuyla ilgili dava açma ve açılan davalara katılma yetkisi, gerekli görülen düzenlemeler arasındadır (KDK, 2015:77).

## SONUÇ

Kamu yönetiminde çağdaş denetim ilkelerinin uygulanabilmesi için önemli bir kurum olan Ombudsman, hukuka uygunluğun yanında yerindeliğin de denetlenebilmesi ve böylece geniş anlamda meşruiyetin sağlanması açısından işlevseldir. Tavsiye kararlarının, parlamento denetiminin etkinleştirilmesi ve toplumsal kabulün sağlanması gibi güçlü yönleri vardır. Ombudsman, tekil durumlarda çözüm sunmaktan öte genel uygulamaların kamu görevlilerince içselleştirilmesini sağlama amacıyla, yurttaş merkezli bir anlayışın hayata geçirilmesine destek olabilecek önemli bir kurumdur. Bu değerlendirmeler ışığında Ombudsman kurumlarının asıl işlevinin yine tavsiye kararlarında aranması gerekmektedir. Diğer denetim yöntemleriyle birlikte çalışabilmesi ve düzenleme dışında kalan konularda bile yurttaşları yalnız bırakmaması, tavsiye zırhına sığınarak kamu yönetiminin bütün unsurlarına nüfuz edebilmesine bağlıdır.

Ombudsman tavsiyeleri yol göstererek, yanlışların yine kamu yönetimince düzeltilmesini sağlamaktadır. Yönetim, Ombudsman görüşleri doğrultusunda yine idare hukuku araçlarını kullanarak çözüm sunmaktadır. Yaptırımı olmayan tavsiyeler, denetim biçiminin özünde yer almakla birlikte, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların da merkezindedir. Tavsiye kararlarının kamu yönetimince uygulanmasının kurumsallaştırılması, Ombudsmanın sahip olduğu dolaylı güçlerin yanında, yönetsel – siyasal sistemde bazı temel özelliklerin varlığını ve toplumun belirli bir bilinç düzeyinde bulunmasını gerektirmektedir. Etkin bir Ombudsman faaliyeti, toplumun demokratikleşme düzeyi, hukukun üstünlüğüne olan inanç, yurttaşların aktif katılımı gibi unsurlardan etkilenmektedir. Bu bağlamda gelişmiş ülkelerde daha uygulanabilir olan Ombudsman kararlarının, gelişmekte olan ülkelerde aynı sonuçları doğurmadığı görülmektedir. Tavsiye kararlarının hayata geçirilmesi için Ombudsman kurumlarının sahip olduğu araçlar arasında en önemlisi ise, tavsiye kararlarının uygulanmasının parlamento tarafından doğrudan izlenmesidir. Parlamentolardaki ilgili komisyonlar, kamu yönetimi üzerinde doğrudan baskı kurabilecek oluşumlardır.

Ülkemizde ilk faaliyet yılı sonrasında Kamu Denetçiliği Kurumunun aldığı tavsiye kararlarına karşı kamu yönetiminin tutumu beklenen düzeyde olmamıştır. Tarihsel süreç içinde çok fazla değişmeyen bürokratik yapı ve anlayış yanında yöneticilerin otoriter eğilimleri, yönetsel sistemin mevzuatçılık gibi unsurlarıyla birleşince, ülkemizde Ombudsman kararları karşısında engeller olarak belirmiştir. Bu durum ilk iki faaliyet yılı sonrasında Kurumun raporlarında özellikle vurguladığı önemli bir sorundur.

Kamu Denetçiliği Kurumunun bu sorunu çözmek için önemli çalışmalar yaptığı görülmektedir. Dünya genelinde gerek akademik gerekse yönetsel çeşitli platformlarda Ombudsmanların etkin çalışması yönünde sunulmuş teorik ve pratik bilgilerin tamamının

dikkate alındığı ve bu doğrultuda uygulamalar yapıldığı, değişiklik önerileri geliştirildiği görülmektedir. TBMM’de Karma Komisyonun daha aktif çalışması gerektiği görüşü Kurumca ifade edilmiştir. Ayrıca gerek etkinliği arttırmak, gerekse tavsiye kararlarına uyumu sağlamak amacıyla mevzuatta düzenleme önerileri sunulmuştur. Kurum toplumda tanınırlığını ve kamu yönetimi üzerinde itibarını arttırmaya yönelik çabalar da sergilemiştir. Daha aktif çalışabilmek amacıyla kamu kuruluşlarıyla yakın ilişkiler kurulması yönünde girişimler yapılmış, medya organlarıyla da yakın iletişim sağlanarak, Kurum amaçları hakkında geniş çaplı bilgilendirme yapılmıştır.

Ombudsman tavsiyelerinin uygulanamaması; merkeziyetçilik, gizlilik, tutuculuk, kuralcılık ve sorumluluktan kaçınma gibi bürokratik sorunlar yanında; hukuka uygun ama işlevsel olmayan durumlarda da ortaya çıkabilmektedir. Bürokratik sorunlar, Ombudsman uygulamalarının gelişmesi ve tanınması sonucunda belirli bir zaman sürecinde giderilebilir. Bunun için uygulamanın süreç içinde gelişmesini ve yerleşmesini beklemek gerekmektedir. Ancak yönetsel sistemin hukuka uygun ama yeri geldiğinde işlevsiz kalabilen süreçleri karşısında çözüm getirmek için mevzuatta düzenleme yapılması zorunluluğu bulunmaktadır.

Ombudsman kararlarının işlevselliğini arttırmak yönünde yapılması gerekenlerin önemli bir çoğunluğu Kurum raporlarında sunulmuştur. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun yeniden ele alınması, Kurumun belirlediği eksikler doğrultusunda düzenlemelerin yapılması önemlidir. Ayrıca, yasaya uygun ama yerinde olmayan uygulamaların ortaya çıkması durumunda bunların telafi edilebilmesi adına bazı düzenlemeler eklenmelidir. Ombudsman tavsiyesine maruz kalan kurum ya da görevlilerin sorumluluğu konusu önemle ele alınmalıdır. Hukuki sorumluluk nedeniyle Ombudsman kararlarını uygulayamayan görevlilerden bir beklenti içine girmek mümkün değildir. Sadece Kurum mevzuatının ele alınması yeterli olmayacaktır. Kurumun faaliyet alanına giren konuları içerenlerin yanında, denetim kapsamındaki kamu kuruluşlarının mevzuatlarında da Ombudsmana atıf yapılması önemlidir.

Kamu görevlilerinin ayrıcalıklı konumu da tavsiye kararlarının uygulanması önünde bir engeldir. Ülkemizde kamu görevlilerinin yargılanması sistemi de gözden geçirilmelidir. Sunduğu hizmetten dolayı yargının muhatabı olma konusunda bile hiyerarşik amirine tabi olan bir görevli, tavsiye kararları karşısında da kendini bu konumda hissedecektir. Bu konuda ilgili mevzuatta da Ombudsman tanımlanmalıdır.

Kamu yönetiminin tavsiye kararları karşısındaki tutumuyla ilgili önemli bir başlık, genel bir idari usulün uygulamaya geçirilmesidir. Genel idari usul yasasının, idari yargı kuruluşlarının faaliyetlerini daha etkin hale getirmek biçiminde yapabileceği katkı, Ombudsman denetimi için de söz konusudur. Kusurlu faaliyetler, mevzuatın çok ayrıntılı hükümleri içerisinde bahane bulabilmektedir. Tek bir usul yasasının varlığı Ombudsman tavsiyelerini daha uygulanabilir hale getirecektir. İdari usul yasasında Ombudsmanın konumunun tanımlanması ve tavsiye kararlarına karşı uygulanabilecek usullerin sunulması etkinliği arttıracaktır.

Genel olarak gelişmekte olan ülkelerde karşılaşılan sorunların ülkemiz için de geçerli olduğu söylenebilir. Bu sorunlar Ombudsman tavsiyelerine uyulmasını engellemektedir. Ancak Ombudsman kurumları gelişmekte olan ülkelerde, kararlarının uygulanmasına engel olan sistemin değiştirilmesi yönünde daha önemli bazı işlevler edinmiştir. Bu ülkelerde Ombudsman kurumlarının değişim yönünde önemli çabalar sarf ettiği söylenebilir. Ülkemizde

de Kamu Denetçiliği Kurumu ilk iki faaliyet yılında, toplumda tanınırlığını arttırmak, kararlarını uygulamaya geçirebilmek için gereken girişimlerde bulunmuştur. Ayrıca çok çeşitli ülke gruplarını geliştirmekte olan sınıflandırmasına alırken, bu ülkeler arasındaki farklılıklara da dikkat edilmelidir. Ülkemizi gelişmişlik düzeyi açısından, Ombudsman kurumunun sisteme yeni dahil edildiği diğer pek çok ülkeden ayırmak gerekmektedir. Bir Ombudsman kurumuna sahip olmak çok önemli bir gelişmedir. Ancak Kurumun sisteme adaptasyonu, tanınırlığının artması ve kararlarının etkin olabilmesi için bir kurumsallaşma sürecine ihtiyaç olduğu unutulmamalıdır.



**KAYNAKÇA**

- ABEDIN, Najmul (2013). "A Critical and Argumentative Study of the Development and Performance of the Ombudsman Institution in a Small Multiracial Society: The Republic of Trinidad and Tobago", **Public Organization Review**, Vol.13, Issue 3, ss.261-289.
- AL, Hamza (2007). "Denetimde Piyasalaşma Eğilimleri", **Bilgi Dergisi**, Cilt:14, Sayı: 1, ss.109-130.
- ANADOLU AJANSI (2014). "Devlet Kendini Vatandaşın Denetimine Açmıştır", <http://www.aa.com.tr/tr/haberler/317817--devlet-kendini-vatandasin-denetimine-acmistir> (24.04.2014).
- AVCI, Mustafa (2007). "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 3-4, ss.273-294.
- BULUT, Yakup ve Mehmet Kahraman (2010). "Kamu Yönetiminin İşleyişinde Vatandaş-Yönetim İlişkileri", **Küreselleşme Sürecinde Kamu Yönetiminde Eğitim ve Araştırma**, Editör: Ahmet Hamdi Aydın, İ. Ethem Taş, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Yayın No: 137, Kahramanmaraş, ss.337-350.
- ÇEVİK, Hasan Hüseyin, Turgut Göksu, Veysel K. Bilgiç, Muhittin Karakaya, Kazım Seyhan ve Serdar Kenan Gül (2008). **Kamu Kurumlarında Performans Yönetimi**, Seçkin, 1. Baskı, Ankara.
- ÇEVİK, Hasan Hüseyin (2004). "Türkiye'de Kamu Yönetimi Başarısızlığına Teorik Bir Yaklaşım", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 59, Sayı: 3, ss.43-78.
- DEMİR, Fatih (2011). "Türkiye'de Kamu Yönetiminin Demokratikleşmesi Bağlamında İdari Usul Yasa Tasarısının Değerlendirmesi", **ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 14, ss.307-323.
- DEMİR, Konur Alp (2014). "Kamu Denetçiliği Kurumu'nun Türkiye'ye Sağlayacağı Katkıları ve İşlevselliği Üzerine Tartışmalar", **Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İİBF Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 1, ss.25-36.
- DURGUN, Şenol (2002). "Türk Kamu Yönetiminde Bürokratik Siyaset", **Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 2, ss.83-102.
- EFE, Haydar ve Murat Demirci (2013). "Ombudsmanlık Kavramı ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumundan Beklentiler", **Sayıştay Dergisi**, Sayı: 90, Temmuz-Eylül, ss.49-72.
- EMRE, Cahit (2003). **Yönetim Bilimi Yazıları**, İmaj Yayıncılık, Ankara.

- EREN, Hayrettin (2000). “Ombudsman Kurumu”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1-2, ss.79-96.
- EREN, Veysel (2003). “Kamu Yönetiminde Meşruluk Temeli Olarak Müşteri Odaklı Yönetim Yaklaşımı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 58, Sayı: 1, ss.55-70.
- ERHÜRMAN, Tufan (2000). “Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 49, Sayı: 1-4, ss.155-180.
- ERYILMAZ, Bilal (2002). **Bürokrasi ve Siyaset**, Alfa, 1. Baskı, İstanbul.
- ERYILMAZ, Bilal (2014). **Kamu Yönetimi**, Umuttepe Yayınları, 7. Baskı, Kocaeli.
- GREGORY, Roy (1999). “Building an Ombudsman Scheme: Statutory Provisions and Operating Practices”, **The International Ombudsman Anthology**, Editör: Linda C. Reif, Kluwer Law International, The Hague-The Netherlands, ss.129-168.
- Haberler.Com (2014). “Kamu Başdenetçisi Ömeroğlu Açıklaması”, <http://www.haberler.com/kamu-basdenetcisi-omeroglu-aciklamasi-5915647-haberi/> (16 Nisan 2014).
- HEPER, Metin ve M. Selçuk Sancar (1998). “Is Legal-Rational Bureaucracy A Prerequisite For A Rational-Productive Bureaucracy?: The Case of Turkey”, **Administration & Society**, Vol. 30, No. 2, ss.143-165.
- HEPER, Metin (1977). **Türk Kamu Bürokrasisinde Gelenekçilik ve Modernleşme**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul. (Aktaran: Cahit EMRE, **Yönetim Bilimi Yazıları**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s.482)
- HEPER, Metin (1974). **Bürokratik Yönetim Geleneği: Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye Cumhuriyetinde Gelişimi ve Niteliği**, ODTÜ İdari İlimler Fakültesi, Yayın No.23, Ankara.
- HILL, Larry B. (1974). “Institutionalization, the Ombudsman, and Bureaucracy”, **The American Political Science Review**, Vol.68, No.3, ss.1075-1085.
- KAHRAMAN, Mehmet (2011). “Hukuk Devletine Katkıları Bakımından Kamu Denetçiliği”, **Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 16, ss. 355-373.
- KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU (2014a). **2013 Yılı Faaliyet Raporu**, Kamu Denetçiliği Kurumu, Ankara.

- KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU (2014b). “Basın Temsilcileri Toplantısı Yapıldı”, [http://www.ombudsman.gov.tr/content\\_detail-322-826-basin-temsilcileri-toplantisi-yapildi](http://www.ombudsman.gov.tr/content_detail-322-826-basin-temsilcileri-toplantisi-yapildi) (16.04.2014).
- KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU (2015). **2014 Yılı Faaliyet Raporu**, Kamu Denetçiliği Kurumu, Ankara.
- KIRIŞIK, Fatih (2013). “İdare ile Bireyler Arasındaki İlişkilerde Güç Dengesizliğinin Giderilmesinde Etkili Bir Yöntem: İdari Usul”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 37, ss. 245-252.
- KÜÇÜKÖZYİĞİT, H. Galip (2006). “Ombudsmanlık Kurumu: Hukuksal ve Siyasal Bir İnceleme”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt: 2, No: 5, ss.90-111.
- LETOWSKA, Eva (1990). “The Polish Ombudsman (The Commissioner for The Protection of Civil Rights)”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol.39, Part:1, ss.206-217. (Aktaran: Hayrettin EREN, “Ombudsman Kurumu”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000, ss.79-96, s.88)
- ÖZEN, Şükrü (1996). **Bürokratik Kültür I: Yönetmelik Değerlerin Toplumsal Temelleri**, TODAİE, 1. Baskı, Ankara.
- PAYASLIOĞLU, Arif T. (2012). “İdari Reformun Sınırlılıkları”, **Türkiye’de Kamu Yönetimi**, Editör: Burhan Aykaç, Şenol Durgun, Hüseyin Yayman, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara, ss.459-470.
- PEARCE, Dennis (1999). “The Ombudsman: Review and Preview the Importance of Being Different”, **The International Ombudsman Anthology**, Editör: Linda C. Reif, Kluwer Law International, The Hague-The Netherlands, ss.73-99.
- PICKL, Viktor J. (1986). “Ombudsman ve Yönetimde Reform”, **Amme İdaresi Dergisi**, Sayı:19/4, ss.37-46, (Çeviren: Turgay ERGUN).
- SAYAN, İpek Özkal (2014). “Türkiye’de Ombudsmanlık Kurumunun Uygulanabilirliği ve Alternatif Denetim Yöntemleri”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 69, No. 2, 2014, ss.333 – 349.
- SEZEN, Seriyeye (2001). “Ombudsman: Türkiye İçin Nasıl Bir Çözüm?”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 34, Sayı: 4, ss.71-96.
- SOBACI, Mehmet Zahid (2007). “Yönetişim Kavramı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Değerlendirmeler”, **Yönetim Bilimleri Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, ss.219-235.

ŞENGÜL, Ramazan (2005). “Ombudsman Kurumu Kötü Yönetime Çare Olabilir Mi?”, **2. Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Editör: Mustafa Lütfi Şen, Özer Köseoğlu, Hale Biricikoğlu, Fatma Yurttaş, Sakarya Üniversitesi İİBF, Sakarya, ss.127-141.

TBMM (2014). **Kamu Denetçiliği Kurumu 2013 Yıllık Raporu**, TBMM, Ankara.

TEMİZEL, Zekeriya (1997). **Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmasında Bağımsız Bir Denetim Organı: Ombudsman**, IULA -EMME Yayını, İstanbul.

TORTOP, Nuri, Eyüp G. İsbir, Burhan Aykaç, Hüseyin Yayman ve M. Akif Özer (2010). **Yönetim Bilimi**, Nobel Yayın Dağıtım, 8. Baskı, Ankara.

TUTUM, Cahit (2012). “Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma”, **Türkiye’de Kamu Yönetimi**, Editör: Burhan Aykaç, Şenol Durgun, Hüseyin Yayman, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara, ss.471-488.

ULER, Yıldırım (2012). “Ombudsman (Kamu Denetçisi)”, **Türkiye’de Kamu Yönetimi**, Editör: Burhan Aykaç, Şenol Durgun, Hüseyin Yayman, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara, ss.499-506.

UZ, Abdullah (2011). “Kamu Görevlilerinin Ceza Kovuşturmasına Tabi Tutulabilmesi İçin Yetkili İdari Mercii Tarafından Verilebilecek Kararların Hukuki Niteliği ve Denetimi Üzerine”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, Sayı:2, ss.157-207.

YILMAZ, Abdullah (2007). “AB’ye Uyum Sürecinde Türk Kamu Yönetiminin Dönüşümü Üzerine Notlar”, **Dumlupınar Üniversitesi SBE Dergisi**, Sayı: 17, ss.215-240.

YILMAZ, Abdullah ve Raci Kılavuz (2002). “Türk Kamu Bürokrasisinin İşlemsel Sorunları Üzerine Notlar”, **C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, ss.17-31.

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (Resmi Gazete Tarih: 28.03.2013, Sayı: 28601)

## TBMM TARAFINDAN DEVLET KURUMLARINA ÜYE ATANMASI İŞLEMİNİN HUKUKİ REJİMİ

Doç. Dr. Ahmet Nohutçu\*  
Nazlı Ece Özın\*

### ÖZET

Makalenin konusu, TBMM tarafından çeşitli devlet kurumlarına başkan ve üye atanmasıdır. Meclis tarafından gerçekleştirilen üye atama işleminin hukuki rejimi incelenecektir. Devlet tasarrufları, yasama işlemleri, idari işlemler ve yargı kararları olarak üçe ayrılmaktadır. İlk olarak, yasama, yargı ve yürütme işlemlerinin idari işlemlerle kıyaslaması yapılacaktır. Sonrasında ise, idare işlevi ve idari işlem kavramları açıklanacaktır. Nihayetinde, konuyla ilgili Danıştay kararları esas alınarak Meclis'in atama işleminin hukuki niteliği tartışılacaktır. Devlet organlarının hukuki işlemlerini sınıflandırmak, söz konusu işlemlerin tabi olacakları yargı mercilerini tespit etmek açısından önem taşımaktadır. TBMM'nin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenen işlemleri Anayasa'da sayılanlarla sınırlıdır. Üye seçimi işlemi, Anayasa'da sayılan işlemlerden biri değildir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'ne üye seçimiyle ilgili başvuruda bulunmak mümkün değildir. Üye seçimi işlemlerinin idari işlem olarak kabulü, söz konusu işlemleri idari yargı denetimine tabi kılacaktır. Aksi halde, Meclis tarafından gerçekleştirilen işlemler yargı denetimi dışında kalmaktadır. Atama işleminin idari işlem olarak kabul edilmesi, maddi ölçüt esas alınarak mümkündür. Maddi ölçüt, hukuki işlemin içeriğine göre işlemi sınıflandırır. Maddi ölçüt uyarınca işlemi tesis eden organ önemli değildir. Hukuk devleti ilkesi gereğince, bütün devlet tasarruflarının yargı denetimine tabi olması gerekmektedir. Meclis tarafından gerçekleştirilen üye atanma işlemlerinin maddi ölçüt esas alınarak idari işlem olarak kabul edilmesi hukuk devleti ilkesine uygundur. Danıştay'ın RTÜK'le ilgili kararlarında da maddi ölçütü esas alarak, atama işlemi idari işlem olarak kabul ettiği görülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Meclisin İşlemleri, Yargısal Denetim, Yasama İşlevi, İdari İşlemler, İdare İşlevi.

## LEGAL CHARACTERISTICS OF THE APPOINTMENTS OF MEMBERS TO GOVERNMENT AGENCIES BY THE TURKISH GRAND NATIONAL ASSEMBLY

### ABSTRACT:

The subject of this article is the appointments of heads and members to government agencies by the Turkish Grand National Assembly. Legal characteristics of the appointments made by Turkish Grand National Assembly will be examined. Acts of states are classified as legislative acts, administrative acts and judicial decisions. Firstly, legislative acts, judicial decisions and acts of sovereignty will be compared to administrative acts. Afterwards, administrative acts will be explained. Examination of acts of state is important in order to determine the court of jurisdiction. According to the Turkish Constitution, the legislative acts under the jurisdiction of Turkish Constitutional Court are *numerus clausus* and appointments of government officers are not included. Therefore appointments made by Turkish Grand National Assembly are out of jurisdiction of Constitutional Court. The principle of rule of law requires judicial review of all acts of state notwithstanding the State Organ which established the act. Therefore, appointments made by TGNA should be classified as administrative acts.

**Keywords:** Legislative Acts, Judicial Review, Legislative Function, Administrative Acts, Administrative Function.

\* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, anohutcu@gmail.com

\* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, nazliozin@gmail.com

## GİRİŞ

İdare dışındaki devlet organlarının da idari işlem tesis ettikleri görülmektedir. Makalenin konusu, TBMM tarafından çeşitli devlet kurumlarına başkan ve üye atanmasıdır. Makalede üye atama işleminin yasama fonksiyonuna ilişkin olup olmadığı incelenecektir. İlk olarak, yasama işlevi; sonrasında idare işlevi açıklanacak ve atama işlemlerinin hukuki mahiyeti tartışılacaktır. Devlet organlarının hukuki işlemlerini sınıflandırmak, söz konusu işlemlerin tabi olacakları yargı mercilerini tespit etmek açısından önem taşımaktadır.

Şekli ölçüt esas alınarak Devlet işlemleri sınıflandırıldığında, TBMM ve Yüksek Mahkemelerin idari işlem tesis etmesi mümkün değildir. Ancak, devlet işlemlerinin sınıflandırılmasında maddi ölçütün esas alınmasıyla, Meclis ve Yüksek Mahkemelerin, idari işlem tesis ettiği kabul edilir. 1982 Anayasası'nın 2. maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devleti, bütün eylem ve işlemleri, yargı denetimine tabi devlettir. Anayasa Mahkemesi'nin de kararında hükmettiği üzere, hukuk devleti, *“hukuku tüm Devlet Organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayıp, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde, yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir”* (Anayasa Mahkemesi, 1984). Hukuk devleti ilkesi gereğince, idare işlevine ilişkin olarak tesis edilen işlemler, hangi devlet organı tarafından tesis edildiğine bakılmaksızın, idari işlem olarak kabul edilmeli ve idari yargı denetimine tabi olmalıdır.

Yukarıda belirtildiği üzere makalenin amacı, TBMM tarafından tesis edilen idari işlemlerin hukuk devleti ilkesine uygun olarak idari yargı denetimine tabi tutulmasıdır. Danıştay'ın, Meclis'in idari işlemlerini yargı denetimi kapsamında kabul edip etmediği araştırılmadan önce, ilk olarak devlet organlarının maddi ve şekli ölçütlere göre sınıflandırılması incelenecektir. Meclis'in atama işleminin niteliğini ortaya koyması bakımından önemli olduğu için devletin farklı işlevleri açıklanacak ve idare işlevi, yasama ve yargı işleviyle ve Cumhurbaşkanı ile hükümetin, yargı denetimi dışında tutulan salt siyasi işlemleriyle kıyaslanacaktır. Böylece işlevler arasındaki farklılıklar ortaya konacaktır. Bu kıyaslamalardan sonra, makalenin esas konusunu oluşturan idare işlevi ve idari işlem kavramları açıklanacaktır. Nihayetinde, konuyla ilgili Danıştay kararları incelenerek, Meclis'in atama işlemlerinin idari işlem olarak kabul edilmesi ve idari yargı denetimine tabi olması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir.

### 1. Devlet Organlarının İşlemlerinin Sınıflandırılmasında Kullanılan Ölçütler

Devlet organlarının işlemleri, organik/şekli/yapısal ve fonksiyonel/maddi/görevsel olmak üzere iki farklı şekilde sınıflandırılmaktadır. İşlemlerin şekli ölçüt esas alınarak nitelendirilmesi, söz konusu işlemi tesis eden organ esas alınarak yapılmaktadır. Şekli ölçütü savunan yazarlar, yasama organının tüm işlemlerini yasama işlemi olarak kabul ederler (Carre de Malberg, 1922: 327). Şekli ölçüt, işlemin içeriğiyle ilgilenmez. Esas olan, işlemi tesis eden organdır.

Devlet işlemlerinin maddi ölçüte göre sınıflandırılmasında esas alınan işlemlerin içerikleridir. İşlemler, kural (düzenleyici, objektif) işlemler ve bireysel (sübjektif) işlemler olarak ikiye ayrılırlar. Bu ayrım da esas alınan işlemlerin doğuracakları hukuki sonuçlardır (Başgil, 1966: 338). Düzenleyici işlemler, genel, soyut ve kişisel olmayan işlemler olarak tanımlanırlar. Genellik, hukuk normunun statüsünü düzenlediği bütün kişi veya mallara hitaben kurallar içermesidir. Kural, belirli bir kişiyi içermemekte, soyut olarak bir statüyü düzenlemektedir (Teziç, 2007: 13).

Devlet işlemlerini maddi ölçüte göre sınıflandıranlar, işlemin hukuki mahiyetine göre işlemi tanımlarlar (Duguit, 1923: 102-113). Maddi içeriklerine göre hukuki işlemler, kural işlem, sübjektif işlem ve yargı işlemi olarak üçe ayrılırlar. Maddi ölçüt teorisinin savunucularından Léon Duguit, yasama işlevinin kural-işlemleri çıkarmak, idare işlevinin sübjektif işlemleri tesis etmek olduğu görüşündedir. Yargısal işlemler ise, hukuki anlaşmazlık ve hukuka aykırılık iddialarını, tarafların iddia ve savunmalarını alarak, karara bağlayan işlemlerdir. Kısacası, maddi ölçüt uyarınca, yasama işlevi kuralların koyulması ve idare işlevi kuralların somut olaylara uygulanmasından ibarettir. Maddi ölçüt, işlemi tesis eden organla ilgilenmez, sadece işlemin hukuki mahiyetini esas alarak işlemi tanımlar. Maddi ölçüt esas alınarak devlet işlemleri sınıflandırıldığında; yasama işlemleri, daima genel ve soyut olmalı; idari işlemler ise bireysel ve somut olmalıdır. Bu çerçevede, maddi ölçüt esasına göre, düzenleyici işlemlerin hepsi yasama işlemidirler. Ancak, idare organı, sadece bireysel işlemler aracılığıyla faaliyetlerini yerine getirmez. İdarenin, kural işlemleri de bulunmaktadır. Maddi ölçütün savunucuları, kanunun açıkça yetkilendirdiği alanlarda, idarenin kural koyucu nitelikte işlemler gerçekleştirebileceği görüşündedirler. Maddi ölçütü savunanlara göre, idarenin düzenleyici işlemleri ile kanunlar arasında içerik bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır (Duguit, 1923: 104-111).

Bir devlet işleminin, şekli ölçüt esas alınarak nitelendirilmesiyle, maddi ölçüt esas alınarak nitelendirilmesi çoğu zaman örtüşmemektedir. Bu duruma örnek olarak yönetmelikler verilebilir. Anayasa'nın 124. maddesinde düzenlenen yönetmelikler, idare tarafından düzenlenen kural işlemlerdir. Bu işlemler, maddi ölçüt uyarınca yasama işlemleri; şekli ölçüt uyarınca ise idari işlemlerdir.

## 2. İdare İşlevi ve Devlet Organlarının İşlevi

İşlevsel anlamda idare ile idari kurum ve kuruluşların görevlerini yerine getirirken yapmış olduğu eylem, iş, işlem, etkinlik, görev, icraat ve uygulamaların tümü kastedilir. "Efradını cami, ağyarını mani" çerçevede idare işlevinin içerik ve kapsamının ve diğer devlet kuvvetlerinden farklılıklarının belirlenebilmesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda öncelikle işlevsel olarak da idarenin yasama ve yargı ile yürütmenin salt siyasal nitelikli etkinliklerinden farkının ortaya konması gerekmektedir.

### 2.1. Yasama İşlevi ve İdare İşlevi

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türk milleti adına yasama yetkisini kullanmaktadır. Ancak, 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, egemenliği, işlemin içeriğine göre değil, egemenliği kullanan organa göre tanımlamıştır (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2011: 274). Bu durumda, Anayasa yasama yetkisinin TBMM'ye ait olduğuna hükmetmekte fakat yasama yetkisinin içeriğini (yani yasama fonksiyonunu) tanımlamamaktadır.

Bütün temsili demokratik rejimlerde hükümet sisteminden bağımsız olarak yasama organları kanun yapma, hükümeti denetleme ve devlet bütçesini kabul etme üzere üç temel işleve sahiptir (Özbudun, 2005:293). Bunlara doktrinde bazı yazarlarca meclis kararları da<sup>1</sup> eklenmektedir (Günday, 2013:11).

<sup>1</sup> Meclis kararları, konu ve içerik bakımından çok çeşitlidirler. Meclis'in özerk yetkisine dayanarak kendisinin oluşturduğu ve meclis başkanı

Bunun yanında, Meclis'in parlamenter hükümet sisteminin özelliklerinden kaynaklanan görevleri vardır. TBMM'nin bilgi edinme ve denetim yolları başlıklı Anayasa'nın 98, 99 ve 100. maddeleri, Meclis'e soru, genel görüşme, Meclis araştırması, Meclis soruşturması ve gensoru kurumlarını öngörmüştür.

Yasama organı olan Meclis'e verilen görev ve yetkiler genel olarak 1982 Anayasası'nın 87. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 87. Maddesine göre TBMM'nin görev ve yetkileri genel olarak şunlardır:

- 1) Kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak,
- 2) Bakanlar Kurulu ve bakanları denetlemek (soru, genel görüşme, meclis araştırması, gensoru ve meclis soruşturması gibi),
- 3) Bakanlar Kurulu'na belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek,
- 4) Bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek,
- 5) Para basılmasına karar vermek,
- 6) Savaş ilânına karar vermek,
- 7) Milletlerarası anlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak,
- 8) TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek,
- 9) Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmek.

Anayasa'nın 87. Maddesi dışındaki diğer maddelerinde TBMM'ye aşağıdaki görev ve yetkiler verilmiştir:

- 1) İçtüzük yapmak,
- 2) Anayasa'yı değiştirmek,
- 3) Kalkınma planlarını onaylamak,
- 4) Kamu iktisadi teşebbüslerini denetlemek,
- 5) Kanun hükmünde kararnameleri onaylamak,
- 6) Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kararlarını onaylamak,
- 7) RTÜK üyelerini seçmek,
- 8) Anayasa Mahkemesine üye seçmek,
- 9) Kamu Başdenetçisini seçmek.

TBMM'nin bunlar yanında Anayasada yer almayan, Sayıştay Kanununa göre Sayıştay'a üye seçme görev ve yetkisi vardır.

Yasama organının tesis ettiği yasama işlemleri, 1961 Anayasası'ndan beri Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olan işlemler sınırlı sayıdadır. 1982 Anayasası'nın 148. maddesi uyarınca, "*Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde*

---

aracılığıyla Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe giren işlemler olarak tanımlanırlar. Meclis kararlarına örnek olarak İçtüzük, yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve üyeliğim düşürülmesi kararları, gensoru açılması üzerine veya göreve başlarken ya da başbakanın isteği üzerine görev sırasında Bakanlar Kurulu veya bir bakan hakkında güven veya güvensizlik oyu, olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı verilebilir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2011: 303-304).



kararnemelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”. Meclis tarafından gerçekleştirilen atama işlemleri Anayasa yargısının denetimi dışındadır.

Yasama işlevi, genel, soyut, kişilik dışı, herkese uygulanabilir, bir defa uygulanmakla tükenmeyen, sürekli ve objektif norm koyma etkinliği; idari işlev ise bu genel ve objektif normların bireysel olay ve kişilere uygulanmasıdır. Fakat bu kuralın istisnaları vardır. Örnek olarak yasama organının Meclis Başkanını seçmek, genel ve özel af ilan etmek, bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını kabul etmek, bazı üyelerinin yasama dokunulmazlıklarını kaldırmak, TBMM Başkanının TBMM'nin olağanüstü toplantıya çağırılma istemini ret kararı gibi somut ve bireysel nitelikli işlemleri vardır. Yine, Meclis'te çalışanların özlük haklarının düzenlenmesi ve büro, alım-satım, ihale gibi idari nitelikte işlemleri bulunmaktadır.

Binaenaleyh, yasama organının temel faaliyetine ilişkin olan görev ve yetkiler yasama fonksiyonuna aittir. Meclis tarafından gerçekleştirilen ancak, yasama fonksiyonuna ilişkin olmayan işlemleri ise idari işlem olarak kabul etmek gerekir (Günday, 2013: 11). Yani, yasama organının idari işleve dâhil işlemleri mevcuttur.

İdare organının ise tüzük, yönetmelik ya da kanun hükmünde kararname çıkartma gibi genel, soyut ve herkese uygulanabilir düzenleyici nitelikte işlemleri vardır. Ama idari organların bu tür kural-işlem niteliğindeki düzenleyici işlemleri, ancak yasama-benzeri işlevler olarak değerlendirilebilir.

Öyleyse maddi ölçüte göre, yani işlevsel anlamda idare ile yasamayı ayırt etmek çok kolay olmaktadır. Buna göre, yasama ve idare işlevini ayırt ederken şekli (organik, yapısal) ve maddi ölçüt beraber kullanılmalıdır: Yasama organının Anayasanın kendine verdiği hükümetin siyasal denetimi, kanun yapma ve meclis işlemleri yapma olmak üzere üç grupta toplanabilecek görev ve yetkileri yerine getirmek için yaptığı genel ya da bireysel olsun tüm işlem ve eylemlerini yasama işlevi; İdari organların kanunların kendilerine verdiği görev ve yetkileri kullanırken yaptığı bireysel veya düzenleyici tüm işlem ve etkinliklerini de idare işlevi çerçevesinde düşünmek doğru olacaktır (Nohutçu, 2015: 21).

## 2.2. Yargı İşlevi ve İdare İşlevi

Yargı işlevi, bağımsız mahkemelerin hukuki uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını “iddia-tespit-müeyyide” sürecinde çözüp kesin hükme bağlama işlem ve etkinliklerini içerir. Ayrıca, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun verdiği içtihatları birleştirme kararı veya Adalet Bakanı'nın bir davaya ilişkin kanun yararına bozma isteminde bulunmasına dair kararı da yine yargı işlevine dâhil işlemlerdendir.

Yasama ve idare işlevinin ayrılmasında olduğu gibi maddi ölçüt, yargı ve idare işlevinin ayrılmasında da yeterli olmamaktadır. Örneğin yargı makamlarının yargıda çalışan idari personelin özlük işlemleri ya da mahkeme kalem ya da yazı işleri bürolarının etkinlikleri yargı işlevinin dışında kalmaktadır. Yani, yasama organı gibi yargı organlarının da idari işleve dâhil işlemleri mevcuttur.

Benzer biçimde idarenin de, yargısal işlevin iddia-tespit-müeyyide sürecine benzer biçimde verdiği disiplin cezaları, kolluk işlemleri, resen ya da cebren icra uygulamaları gibi

görev ve yetkileri, yargı işlevine dâhil olmayan, ancak yargı benzeri olarak nitelenebilecek işlevleridir.

Yasama ve idare işlevini ayırt ederken olduğu gibi, yargı ve idare işlevini de ayırt etmek için maddi ve şekli kriterler birlikte kullanılmalıdır. Bu çerçevede: Yargı organlarının iddia-tespit-müeyyide sürecinde kesin olarak çözüp hükme bağlayan işlem ve etkinlikleri yargı işlevini; İdari makamların yargı benzeri nitelik taşıyalar bile kesin hüküm taşımayan, dolayısıyla Anayasa ya da yasalar tarafından engellenmediği (yasama kısıntısı) durumlarda aleyhlerinde yargıya dava açma hakkının olduğu işlem, eylem ve etkinlikleri ise idare işlevini oluşturacaktır (Nohutçu, 2015: 22).

### 2.3. Yürütme İşlevi ve İdare İşlevi

Yürütme işlevi, Anayasanın yürütme yetki ve görevinin sahibi olarak nitelendirdiği Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunun idareyle ilgili sorumluluk ve bağlarının dışında siyasal tercih ve öncelikler taşıyan, ülkenin genel yönetimi ve yüksek siyasetiyle ilgili siyasal nitelikli faaliyetlerinin tümünü kapsar. Yani, yürütme organının idari işleve dâhil olmayan, siyasal nitelikli işlemleri bulunmaktadır.

Örneğin aşağıda sayılanlar Cumhurbaşkanının siyasal nitelikli, dolayısıyla idare işlevine girmeyen yetki ve görevlerindedir:

- Yasamaya ilişkin Anayasal görevleri
- Yürütmeyle ilgili bir milletvekilini hükümeti kurmakla görevlendirmek (başbakanı seçmek) ve istifasını kabul etmek,
- Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek,
- Yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek,
- Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek,
- Milletlerarası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak gibi görevleri.

Yine Bakanlar Kurulunun:

- Seçilmesi, atanması, güvenoyu alması, görevine son verilmesi,
- Meclise kanun tasarısı sunması,
- Hükümet programını hazırlaması,
- Yabancı devlet ya da uluslararası kuruluşlarla antlaşmalar yapması,
- Dış politika ve uluslararası ilişkiler alanında diplomatik temas ve ilişkilerde bulunması gibi ülkenin genel ve yüksek siyasetiyle ilgili hükümet ya da yürütme işlevi olarak nitelendirilen, idare işlevinden farklı siyasal nitelikli görev ve etkinlikleridir (Nohutçu, 2015: 23).

## 3. İdare İşlevi ve İdari İşlemi Kavramları

### 3.1. İdare İşlevi

Tüm bu ayırım ve analizler sonucunda idari işlevi, maddi ve organik ölçütleri de birlikte kullanarak şöyle tanımlamak olanaklıdır (Nohutçu, 2015: 24):

İdari işlev:

- Devletin yasama organı olan TBMM'nin, genel ya da bireysel olsun, hükümetin siyasal denetimi, kanun ya da meclis işlemleri yapma biçimindeki etkinlikleri dışında;

- Yargı organı olan bağımsız mahkemelerin hukuki uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını “iddia-tespit-müeyyide” sürecinde çözüp kesin hükme bağlama işlem ve etkinlikleri dışında;
- Yürütme organı olan Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunun ülkenin genel ve yüksek siyasetiyle ilgili salt siyasal nitelikteki hükümet işlevleri dışında;
- Kamu örgütlerinin, kamu yararını sağlamak ve gündelik ve rutin toplumsal ihtiyaçları karşılamak amacıyla yerine getirdikleri milli ya da yerel kamu hizmetlerini içeren teknik nitelikli tüm işlem, eylem ve etkinliklerinden oluşur.

İdare işlevi ile diğer yasama, yürütme ve yargı işlevlerinin niteliklerini karşılaştırmalı olarak değerlendirdiğimizde, yasama organının idari işleve dâhil işlemler (büro, ihale, personel gibi) yapabilirken, idari organlarının ise ancak yasama-benzeri işlemler (tüzük, yönetmelik gibi) yapabildiği sonucuna varmak mümkündür. Hakeza, yargı organları idari işleve dâhil işlemler (büro, kalem, personel, zabıt ve kâtip işleri gibi) yapabilirken, idari organlar ise ancak yargı-benzeri işlemler (disiplin, kolluk gibi) yapabilirler. Nihayet, yürütme organının idari işleve dâhil olmayan işlemleri de (dış politika, hükümetin kurulması gibi) bulunabilir (Nohutçu, 2015: 24).

### 3.2. İdari İşlem

1982 Anayasası'nda ve kanunlarda tanımlanmayan idari işlemin tanımı ve nitelikleri mahkeme kararları ve öğreti tarafından yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bir işlemin idari işlem olarak kabul edilebilmesi için, bunun “*bir kamu kurumunca ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş olması*” ve “*idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması*” gerektiğine hükmetmektedir (Anayasa Mahkemesi, 2004) (Anayasa Mahkemesi, 2006). İdari işlemin, idare örgütü içinden gerçekleştirilmesi işlemin organik unsuru; idari faaliyetlere ilişkin olması ise işlemin maddi unsurudur. Bir işlemin idare tarafından gerçekleştirilmesi, o işlemin idari işlem olması için yeterli değildir. İdari işlemin “*idarenin idare hukuk alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması zorunludur*” (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2007). Bu durum, idare işlevine ilişkindir. İdare işlevi, ihtiyaçların belirlenmesi ve yerine getirilmesi veya kişi, mal ve değerlerin korunmasına yönelik olarak sürekli yapılması gereken kamu hizmetlerinin sunulmasını ihtiva eder (Yıldırım, vd, 2013; 547).

İdari işlemi, Danıştay, idari makamlar tarafından, kamu gücü kullanılarak, kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla tesis edilen, tek yanlı, kesin ve yürütülmesi zorunlu irade açıklaması olarak tanımlamaktadır (Danıştay Dergisi, 2007: 252) (Danıştay Dergisi, 2008: 292-293). Öğretide de idari işlem, idarenin tek yanlı olarak kişiler hakkında hukuki sonuç doğuran işlemleri (Yayla, 2009: 108) veya idari organ ve makamların idare alanındaki irade açıklamaları (Duran, 1982: 385) olarak tanımlanmıştır.

Binaenaleyh, tüm bunları içerecek şekilde idari işlem, idari kurum ve kuruluşların, idare hukukuna tabi, devlet ya da kamu tüzelkişiliğinin verdiği kamu gücü ayrıcalıkları çerçevesinde, kamu yararı amacıyla, karşı tarafın rıza ve muvafakatına başvurmaksızın tek taraflı üstünlüğüne dayanarak hukuki hüküm ve sonuç doğurmaya yönelik icrâ nitelikte, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan, uyuşmazlık halinde idari yargı denetimine tabi yazılı irade beyanları veya hukuki tasarruflardır (Nohutçu, 2015: 281).

Hukuki sonuç doğurma, idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu olmasına ilişkindir. Hukuki sonuç doğuran işlem, idari işlemin yöneldiği kişi veya malların, hukuki statülerini değiştirir, ortadan kaldırır veya onları yeni bir hukuki statüye sokar (Günday, 2013: 124). Hukuki sonuç doğurmayan işlemler, idari işlem olarak kabul edilmez ve dava konusunu oluşturamazlar (Yayla, 2009: 109). İdari işlemin sonuç doğurması için araya başka bir iradenin girmesine gerek yoktur. İrade açıklandığı anda sonuç doğurur. İdari işlemin gereklerinin yerine getirilmesi sırasında, idari işleme karşı direnilirse idare zor kullanma yetkisini haizdir (Yıldırım, vd, 2013: 578). Ancak, söz konusu zor kullanma yetkisinin kanun tarafından açıkça idareye verilmesi gerekir (Günday, 2013: 125).

İdari işlemler, özel hukuktaki işlemlerin aksine tek taraflı olarak tesis edilirler. Tek taraflılık, işlemin muhatabı olan kişilerin iradesinin, işlemin oluşumuna katılmamasıdır (Yıldırım, vd, 2013, 578). İdarenin iradesi tek başına sonuç doğurmaktadır. İdare, kamu yararını gerçekleştirme amacıyla hareket ettiğinden ötürü, idari işlemler tek taraflıdır. İdare, egemenlik yetkisinin uzantısı olan kamu kudreti kavramına dayanarak işlemlerini tesis etmektedir. Burada amaçlanan, idarenin hızlı ve düzenli işlemesini sağlamaktır. Kamu hizmetlerinin aksamaması için idare tek yanlı hareket etmektedir (Yıldırım, vd, 546). İdarenin tek taraflı işlem yapma yetkisi, hukuk normlarıyla çerçevelenmiştir ve idari yargının denetimine tabidir. Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*”.

Tüm bu hususlar göz önünde bulundurularak, TBMM'nin bazı Devlet kurumlarına başkan ve üye atama işleminin hukuki niteliği tartışılacaktır.

#### 4. TBMM'nin Üye Atama İşleminin Hukuki Niteliği

1982 Anayasası, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne:

- 1) Anayasa Mahkemesi ,
  - 2) Kamu Denetçiliği Kurumu ,
  - 3) Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na
- üye atama görevi vermiştir.

Anayasa'da doğrudan bir hüküm bulunmamakla beraber 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, Sayıştay Başkanı ve üyelerinin TBMM tarafından seçileceğine hükmetmektedir. Bu görevler bireysel işlem olarak kabul edilebilir. Üye seçme işlemi, kanun yapma yöntemi ile bağlantılı değildir. İdari kurumlara üye seçme işleminin yasama işlevine ilişkin olmadığı açıktır.

Buna rağmen Danıştay, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunun Sayıştay'a üye seçme kararını idari işlem olarak kabul etmemiştir. Kararda, Danıştay “*Kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş olan Anayasamızda TBMM'nin görev ve yetkileri yasama bölümünde düzenlenmiştir. Bu haliyle TBMM Genel Kurulunun ve TBMM İç Tüzüğüne göre oluşturulmuş olan Plan ve Bütçe Komisyonu'nun Anayasa sistemimiz içinde 'idari makam' olarak düşünülmesi hiçbir şekilde mümkün değildir. TBMM Başkanlığında TBMM'de görev yapan personel hakkında tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda ise, bu işlemler fonksiyonel açıdan idari nitelik taşıdığından ve TBMM Genel Kurulu ve Komisyonlarının bir tasarrufu olarak düşünülemeyeceğinden durum uyumsuzluk konusu işten farklı bir niteliğe bürünmekte ve bu konudaki davalar idari yargı mercilerinin görev alanına girmektedir. Açıklanan duruma göre, 'idari bir makam' olarak kabul edilemeyeceği tartışmasız olan yasama*

*organının Sayıştay'a üye seçilmesiyle ilgili olarak Plan ve Bütçe Komisyonunca yapılan ve TBMM Genel Kurulunca onaylanmış olan tasarrufun idari yargı denetiminde tabi tutulmasının olanak dışı” olduğuna hükmetmiştir<sup>2</sup> (Danıştay Dergisi, 1988: 273).*

Danıştay, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından tesis edilen ve TBMM Genel Kurulu tarafından onaylanan işlemi idari işlem olarak kabul etmemiştir. Danıştay bu kararında, maddi ölçütü kullanmamıştır. Kararda incelenen husus, üye seçme işleminin maddi ölçüt uyarınca idare faaliyetine ilişkin olması değildir. Danıştay, işlemin hangi organ tarafından gerçekleştirildiğini incelemiştir. İşlem, yasama organı içinde yer alan bir komisyon tarafından<sup>3</sup> tesis edildiği için yasama işlemi olarak kabul edilmiş ve idari yargı denetimine tabi olmadığına hükmedilmiştir.

Ancak, Sayıştay'a üye seçme işleminin denetimi, Anayasa Mahkemesi tarafından da yapılmamaktadır. Bu durumda, söz konusu işlem yargı bağımsızlığına sahiptir (Karahanoğulları, 2012: 31). İşlem, maddi ölçüt uyarınca idari işlem olarak kabul edilerek idari yargı denetimine tabi tutulmalıdır (Yıldırım, vd, 2013: 555). İşlemi tesis eden Plan ve Bütçe Komisyonu'nun esas alınarak, işlevsel olarak idari olan üye seçme işleminin idari işlem olarak kabul edilmemesi hukuk devleti ilkesine aykırı görünmektedir.

RTÜK'e üye seçilmesine ilişkin işlemin iptali için açılan davada Ankara Yedinci İdare Mahkemesi, TBMM Genel Kurulunun, “idari bir makam” olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, davayı incelemeyen ön koşullar yönünden (usulen) reddetmiştir (Ankara Yedinci İdare Mahkemesi, 2007). Mahkeme, organik ölçütü kullanarak Danıştay'ın Sayıştay kararıyla aynı doğrultuda hüküm kurmuştur. Ancak Danıştay Ankara Yedinci İdare Mahkemesi'nin kararını bozarak, RTÜK'e TBMM Genel Kurulunca üye atanması işleminin idari işlem olduğuna hükmetmiştir (Danıştay Beşinci Dairesi, 2007); “İptal davasına konu olabilecek nitelikteki bu tür işlemler, yalnızca Anayasa'nın yürütme organı içinde öngördüğü yapısal 'idare'ye özgü olmayıp, yasama ve yargı organlarınca tesis edilmekle birlikte 'yasama' ya da 'yargı' fonksiyonuyla ilgisi olmayan ve tümüyle 'idare' işlevine ilişkin olarak yukarıda belirtilen tanıma uygun biçimde alınan kararların da idari işlem olarak kabulü gerekir. 3984 sayılı Yasa ile izin sisteminin gereği olarak, radyo ve televizyon yayıncılığı ve bu yayınların iletiminde düzenleyici ve denetleyici olmak üzere bağımsız ve yansız bir Radyo Televizyon Üst Kurulu oluşturulmuştur. Bu Üst Kurul'un yürütme erki içinde yer aldığı kuşkusuzdur”.

Danıştay, Meclis tarafından tesis edilen idari işlemlerin, Anayasa'nın 36. ve 125. maddeleri uyarınca, idari yargı denetimine tabi olması gerektiğinde hükmetmiştir. Yüksek Mahkemenin kararına ve gerekçesine göre (Danıştay Beşinci Dairesi, 2007), “İdare işlevine ait işlemlerin yasama organınca yapılmış olması, işlemin idari niteliğini değiştirmeyeceği gibi, bunların yargısal denetim dışında bırakılması hukuki sonucunu da doğurmaz. Zira bu tür işlemlerden çok daha üstün hukuk normları olan kanunların, kanun hükmünde kararnamelemlerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasa Mahkemesi önünde iptal davalarına konu edilmeleri mümkün iken, yasama organının idari işlemleri üzerinde yargısal denetimin

<sup>2</sup> Danıştay Beşinci Dairesi, E. 1987/2379, K. 1987/1785, 16.12.1987, *Danıştay Dergisi*, 70-71, 1988, s. 273.

<sup>3</sup> Halbuki, Meclis Başkanlığına tabi personel hakkında işlem tesis edilmiş olsaydı, Danıştay'ın nitelendirmesi farklı olacaktı. Danıştay, Meclis Başkanlığına bağlı idari birimler tarafından tesis edilen işlemlerin idare işlevine ilişkin olduğuna hükmetmektedir. **Özay, Yasama Meclis Komisyonlarının yaptığı işlemlerin niteliği ile Meclis Başkanlığına bağlı idari birimlerin gerçekleştirdiği işlemlerin “kıyaslanmasını” hatalı bulmaktadır (Özay, 1995: 60).**

*yapılmamasının hukuk devleti ilkesine*” uygun düşmeyecektir. Danıştay maddi ölçütü esas olarak, Sayıştay’a üye seçimine ilişkin verdiği kararın aksi yönünde hüküm kurmuştur.

Benzer biçimde, Danıştay’ın RTÜK’e üye seçiminde TBMM’de grubu bulunan siyasi partinin aday gösterme işlemini ön koşullardan reddeden Ankara Onbirinci İdare Mahkemesi’nin kararını bozup bu davada esasa girip karar verilmesi gerektiği yönde bir kararı da mevcuttur (Danıştay Beşinci Dairesi, 2006).

RTÜK üyelerinin seçimi organik ölçüt göz önünde bulundurulursa yasama işlemidir. Ancak, işlem, idare teşkilatı içinde yer alan, düzenleyici ve denetleyici kuruma üye seçme işlemidir. Bu işlemin yasama faaliyetine ilişkin olmadığı açıktır (Özay, 1995: 59). Bu sebeple, yargısal denetimi sağlamak için maddi ölçüte başvuru işlemin içeriğinin incelenmesi gerekmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere, TBMM’nin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenen işlemleri Anayasa’da sayılanlarla sınırlıdır. Üye seçimi işlemi, Anayasa’da sayılan işlemlerden biri değildir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi’ne üye seçimiyle ilgili başvuruda bulunmak mümkün değildir. Anayasa’nın 125. maddesi ve hukuk devleti ilkesine uygun olarak, idare işlevine ilişkin bireysel işlemleri, idari yargı denetimine tabi tutmak gerekir (Yıldırım, vd, 2013: 555).

Anayasa’nın 146. maddesi uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasa Mahkemesi’ne üç üye seçmektedir. Ayrıca, Anayasa’nın 74. maddesine göre Meclis, TBMM Başkanlığı’na bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu’nun Başdenetçisini seçmektedir. Her iki seçim, TBMM Genel Kurulu tarafından yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne üye seçimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu Başdenetçisinin seçimi iptal davasına konu olmamıştır. Ancak, söz konusu seçim işlemlerinin iptali istemiyle açılacak bir davada Danıştay’ın hangi yönde karar vereceği muğlaktır. Sayıştay’a üye seçimine ilişkin kararda Danıştay, organik ölçütü kullanarak işlemin idari yargı denetiminin dışında bulunduğuna hükmetmiştir. Ancak, RTÜK’e ilişkin kararda maddi ölçütü esas olarak seçimi idari işlem olarak kabul etmiştir. Maddi ölçüte göre bir sınıflandırma yapılacak olursa, üye seçimi işlemlerinin idare işlevine ilişkin olduğu açıktır. Danıştay’ın üye seçimi işlemlerini hangi Devlet Organı tarafından gerçekleştirildiğini esas almadan, işlemin içeriğine göre değerlendirmesi hukuk devleti ilkesine uygun olacaktır. Bu durumda, Meclis’in atama işlemleri idari işlem olarak kabul edilmeli ve idari yargının denetimine tabi tutulmalıdır.

## SONUÇ

Hukuk devleti, evrensel hukuk kurallarını üstün tutan ve en başta kendisini bu hukuk kurallarıyla bağlı tutan, koymuş olduğu hukuk kurallarıyla vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini koruyan ve onlara hukuki güvenlik sağlayan, yasama ve yürütme organlarının işlem ve eylemlerinin hâkim güvencesine sahip hâkimlerden oluşan bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından denetlendiği, idarenin mali sorumluluğunun olduğu devlettir.

Montesquieu'ya uzanan erkler ayrılığı prensibi çerçevesinde devletin üç ana erkinden yasama erki genel, soyut, objektif, kişilik dışı kural-işlem (norm) oluşturur; yürütme erki özel, somut, sübjektif, spesifik tatbik-işlemi icra eder; yargı erkiiyse kural-işlemlere aykırılıklarda cezai müeyyide işleme tesis eder.

İşte devletin ana erklerinin görev ve yetkilerini belirleyip birbirinden ayırmada şekli (organik, yapısal, uzvi) ve maddi (fonksiyonel, görevsel, hizmetsel) olmak üzere iki kriter kullanılmaktadır. Şekli kritere göre yasama erkinin tüm işlemleri yasama, yürütme erkinin tüm işlemleri yürütme ve yargı erkinin tüm işlemleri yargı işlevine dâhildir. Maddi kritere göre ise, işlemi yapan organa bakılmaksızın işlemin mahiyetine göre değerlendirme yapılır. Bu çerçevede idare organları dışında yasama ve yargı organlarının da kendi asli işlevleri dışında idari işlem kapsamında idare işlevlerinin olması kaçınılmazdır.

Binaenaleyh, yasama ve yargı erklerinin kendi asli işlevleri dışındaki idari işleve dâhil idari işlemlerinin yargısal denetime tabi tutulması hukuk devletinin yerleşmesi açısından son derece kritik öneme sahiptir. Çünkü hukuk devleti, tüm eylem ve işlemleriyle hukuka bağlı, dolayısıyla tüm eylem ve işlemleri yargısal denetime tabi devlet demektir.

Yasama erkinin karar biçiminde yerine getirdiği işlevlerinden özellikle Anayasa Mahkemesi'ne, Sayıştay'a ve RTÜK'e üye seçme ile Kamu Başdenetçisini seçme faaliyetleri yasama fonksiyonu kapsamında kural-işlem mahiyetindeki olmadıkları aşikârdır. Ayrıca bunlar yargısal ve idari nitelikteki kurum ve organlara üye seçimi olması itibariyle TBMM'nin hükümeti denetlemesi, hükümete güvenoyu vermesi, Türk silahlı kuvvetlerinin kullanılması, erken seçim ve benzeri gibi diğer siyasi nitelikteki kararlardan da farklıdır.

Bunlar içinde özellikle kamu tüzelkişiliğini haiz ve anayasal statüye sahip RTÜK ve Kamu Denetçiliği Kurumu idari kurumlar olması hasebiyle RTÜK'ün üyelerinin ya da Kamu Başdenetçisinin seçimi tipik idari işlemlerdir. Nitekim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda III sayılı cetvelde yer alan diğer sekiz adet düzenleyici ve denetleyici kurumun üyelerini Bakanlar Kurulu seçmektedir ve bu tipik bir idari işlemdir. Bunlardan dokuzuncusu olan RTÜK'e üye seçimini TBMM'nin yapması, bunun yasamanın idari işleve dâhil idari işlem olduğunun göstergesidir. Binaenaleyh, Bakanlar Kurulunun bütün kararları nasıl idari yargı denetimine tabiyse, benzer içerikteki TBMM'nin RTÜK'e üye seçmesinin de idari yargı denetimine tabi olması hukuksal tutarlılığın ve mantığın kaçınılmaz gereğidir. Keza, TBMM'nin Anayasa Mahkemesi ve Sayıştay'a üye seçmesi de aynı kapsamda değerlendirilmelidir.

**KAYNAKÇA**

BAŞGİL, Ali Fuat (1939). **Türkiye Teşkilat Hukukunda Nizamname Mefhumu**, Kenan Basımevi, İstanbul.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond (1922). **Contribution à la Théorie Générale de L'Etat**, Sirey, Paris.

DUGUÏT, Léon (1923). **Manuel de Droit Constitutionnel, Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing**, Paris.

DURAN, Lütfi (1982). **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

GÜNDAY, Metin (2013) **İdare Hukuku**. 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara.

KARAHANOĞULLARI, Onur (2012). **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

NOHUTÇU, Ahmet (2015). **İdare Hukuku**, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara.

ÖZAY, İl Han (Ocak 1995). “Radyo ve Televizyon Üst Kurulu”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Sayı 10, Ocak 1995, ss. 59-60.

ÖZBUDUN, Ergun (2005). **Türk Anayasa Hukuku**, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.

TANÖR, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu (2011). **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**. 10. Bası, Beta Basım, İstanbul.

TEZİÇ, Erdoğan (2007). **Anayasa Hukuku**, Beta Basım, İstanbul.

YAYLA, Yıldızhan (2009). **İdare Hukuku**, Beta Basım, İstanbul.

YILDIRIM, Turan, Melikşah Yasin ve diğerleri (2012). **İdare Hukuku**, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

**Kararlar**

Anayasa Mahkemesi, E. 2005/108, K. 2006/35, 1.3.2006, RG, 22.7.2006/26236.

Anayasa Mahkemesi, E. 2004/26, K. 2004/51, 15.4.2004, RG, 11.08.2004/25550.

Anayasa Mahkemesi, E. 1984/1, K. 1984/2, 1.3.1984, RG, 1.5.1984/18388.

Ankara Yedinci İdare Mahkemesi, E: 2005/1777, K. 2005/805, 25.8.2005.



Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2006/4286, K. 2007/60, Danıştay Kararları Bilgi Bankası.

Danıştay Beşinci Dairesi, E. 2005/5627, K. 2007/72, 5.12.2006, Danıştay Bilgi Bankası.

Danıştay Beşinci Dairesi, E. 2006/4481, K. 2006/5960, 24.1.2007, Danıştay Bilgi Bankası.

Danıştay Beşinci Dairesi, E. 1987/2379, K. 1987/1785, 16.12.1987, **Danıştay Dergisi**, 70-71, 1988, s. 273.

Danıştay Yedinci Dairesi, E. 2007/695, K. 2007/4612, **Danıştay Dergisi**, 118, s. 252 vd.

Danıştay Dokuzuncu Dairesi, E. 2008/278, K. 2008/4607, **Danıştay Dergisi**, 120, s. 292-293.

## AVRUPA BİRLİĞİ'NİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE KATILIMI: SAATLER İLERİYE Mİ YOKSA GERİYE Mİ İŞLİYOR?

Dr. Servet Alyanak\*

### ÖZET

Bu makale, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) Avrupa Birliği'nin (AB) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) katılımıyla ilgili Taslak Anlaşma'ya ilişkin 18 Aralık 2014 tarihinde verdiği görüşün etkilerini incelemektedir. 47 üye devleti olan Avrupa Konseyi ile AB temsilcilerinin müzakere heyeti AB'nin AİHS'ye katılımıyla ilgili Taslak Anlaşma metni üzerinde 5 Nisan 2013 tarihinde mutabık kalmışlardır. 4 Temmuz 2013 tarihinde AB Komisyonu Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma'nın (ABİHA) 218(11) maddesi uyarınca Taslak Anlaşma'nın AB Antlaşması ile ABİHA'yla uyumlu olup olmadığına dair görüş talebinde bulunmuştur. 18 Aralık 2014 tarihinde ABAD Taslak Anlaşma'nın AB hukukuna uygun olmadığını belirten, zorlu şartlar ileri süren ve aşağıdaki çalışmada irdelendiği üzere söz konusu katılımın gelecekte oldukça zor bir konu olduğunu ortaya koyan nedenler ileri sürmüştür. Uzun bir süredir AB'nin insan haklarının korunmasıyla ilgili dağıntık yetkileri ile AB üye devletlerinin tümünün AİHS'ye taraf olması ve fakat AB'nin AİHS'ye taraf olmamasıyla ilgili çelişki sürekli tartışma konusu olmuştur. Bu makale, ABAD'ın AB'nin AİHS'ye katılımıyla ilgili verdiği 2/13 sayılı görüşü; özellikle akademik camiada AB'nin AİHS'ye katılımına ilişkin bilimsel tartışmaları, bu konudaki ABAD içtihadını ve Lizbon Antlaşması'nın getirdiği değişiklikler yönünden çeşitli bağlamlarda ele almaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa Birliği (AB), Temel Haklar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), AB hukukunun özerkliği, ortak sorumluluk mekanizması, ön denetim yöntemi, ön görüş yöntemi, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2/13 sayılı Görüşü.

## EUROPEAN UNION ACCESSION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: DO CLOCKS GO FORWARD OR BACKWARD FOR ACCESSION?

### ABSTRACT

This essay examines the impact of the European Union Court of Justice's (EUCJ) opinion, delivered on 18 December 2014, on the draft agreement for the accession of the European Union (EU) to the European Convention on Human Rights (ECHR). On 5 April 2013, the negotiators, representatives of the 47 Council of Europe member states and of the EU, had agreed about the draft accession agreement of the EU to ECHR. The request for an Opinion submitted to the EUCJ on 4 July 2013 by the European Commission pursuant to Article 218(11) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) whether the draft agreement is compatible with the EU Treaty and TFEU. In its opinion 2/13, delivered on 18 December 2014, EUCJ held that the draft agreement was incompatible with EU law and developed a highly demanding reasoning rendering future accession quite a difficult task, as is set out in more detail in this essay, It has long been discussed that the current EU's fragmented human rights-related competences on protection of human rights and the paradox that, while all the member states of the EU are parties to the ECHR, the EU is not a party to the ECHR. The paper analyses Opinion 2/13 of the EUCJ on EU accession to the ECHR in various contexts, particularly the ongoing scholarly debate on accession of the EU to the ECHR, the jurisprudence of the EUCJ, and the changes to be effected by the Lisbon Treaty.

**Keywords:** European Union (EU), Fundamental Rights, European Convention on Human Rights (ECHR), EU law's autonomy, co-respondent mechanism, prior involvement, advisory opinion, Opinion 2/13 of European Union Court of Justice.

\* Dr. Servet Alyanak (LL.M, Mag. Jur., Ph. D), Kamu Denetçiliği Kurumu (Hakim), servet.alyanak@ombudsman.gov.tr

## GİRİŞ

Lizbon Antlaşması<sup>1</sup> AB'nin AİHS'ye katılımını öngörmekle birlikte bu otomatik olarak gerçekleşecek bir husus değildir. Bu amaçla AB'nin Avrupa Konseyi ile bu konuda bir katılım anlaşması yapması gerekmektedir. Uzun bir müzakere sürecinden sonra 2013 yılında bir katılım anlaşması kabul edilmiştir. Bu çalışma, ABAD'ın<sup>2</sup> yakın tarihli 18 Aralık 2014 tarihinde AB'nin AİHS'ye katılımını öngören anlaşmanın AB hukukuyla uyumunu incelemektedir.

Aslında ABAD ile AİHM arasında üretken bir yargısal etkileşim bulunmaktadır (Pielmann, 1999: 757-780). ABAD daha önce de AİHS'nin özel bir öneminin olduğunu ifade etmiştir.<sup>3</sup> Bu iki mahkeme kararları arasında geçmişteki etkileşimin detaylarını vermek bu çalışmanın kapsamını aşar niteliktedir.<sup>4</sup> Dolayısıyla, bu çalışma, AB'nin AİHS'ye katılımına ilişkin yaşanan tarihi gelişmeler ile AB'nin AİHS'ye katılımının gerekli olup olmadığı ve ABAD'ın 18 Aralık 2014 tarihinde AB'nin AİHS'ye katılımıyla ilgili verdiği kararın analizini içermektedir. Makalenin temel amacı, ABAD'ın AB'nin AİHS'ye katılımına ilişkin tarihi gelişmeleri ve 2/13 sayılı görüşünde bu kararda öne çıkan hususları tartışmaktır.

Makale iki kısımdan oluşmaktadır. Öncelikle, ABAD'ın 2/13 sayılı görüşü öncesi Birliğin AİHS'ye katılımıyla ilgili tarihi geçmiş ve AB'nin insan hakları alanındaki yetkisi ile AB'nin AİHS'ye katılımının gerekli olup olmadığı analiz edildikten sonra ABAD'ın söz konusu görüşünde ortaya koyduğu argümanlar tartışılmıştır.

### 1. Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımına İlişkin Tarihi Gelişmeler İle Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımı

#### 1.1. Tarihsel Süreç ve Avrupa Birliği'nin İnsan Hakları Alanındaki Yetkisi

AB'nin AİHS'ye katılımıyla ilgili tartışmalar AB entegrasyonunun başlangıç tarihi kadar eskidir (Bu konuda bkz. Schermers, 1978:1-8; Jacqué, 1993: 889). Ancak, Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Antlaşması ile Avrupa Kömür Çelik Topluluğu (AKÇT) Antlaşması'nın ilk kabul edildiği orijinal halleri bu Antlaşmalar'ın ekonomik niteliği nedeniyle temel hakların korunmasıyla ilgili düzenlemeler içermemekteydi. Bu nedenle başlangıçta, temel amacı ekonomik entegrasyon olan AET ile temel işlevi insan hakları ve demokrasi olan 1949 yılında kurulan ve halihazırda 47 üye devleti olan Avrupa Konseyi arasında hukuki düzenleme alanları itibariyle bir çatışma çıkması düşünülmüyordu. Siyasi bir birlik oluşturma hedefinin ortaya çıkmasıyla birlikte temel hakların korunması da artık AB entegrasyon sürecinin kapsamına girmiştir (Dobhoff-Dier and Kusmierczyk, 2013: 351).

<sup>1</sup> OJ No. C 306 of 17 December 2007.

<sup>2</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı terimini karşılamak üzere, ABAD, Adalet Divanı ve Divan kelimeleri kullanılmıştır.

<sup>3</sup> Özellikle bu açıdan ABAD kararlarına bkz. Case C-260/89, *ERT v. DEB* [1991] European Court Reports (ECR) I-2925, [41] numaralı paragraf; Case C-17/98, *Emesa Sugar*, [2000] ECR 615; Joined Cases C-402/05 P & C-415/05, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, [2008] ECR I-6351, [41] numaralı paragraf.

<sup>4</sup> ABAD'a göre temel haklar AB hukukunun tamamlayıcı bir parçasıdır. Divan bu bağlamda üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden esinlendiğini ve üye devletlerin taraf olduğu insan haklarını korumaya yönelik uluslararası anlaşmaları kendisine rehberlik ettiğini ifade etmiştir. Bu konuda bkz. Case 11/70, *International Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide* [1970] ECR 1125, [4] numaralı paragraf; Case 4/73, *Nold v Commission*, [1974] ECR 491, [13] numaralı paragraf; Case 136/79, *Panasonic* [1980] ECR 2033; Case C-105/03, *Pupino*, [2005] ECR I-5285.

İnsan hakları konusunun AB maddi hukukunun da kapsamına yavaş yavaş dâhil olmasıyla birlikte AB'nin AİHS'ye katılımıyla ilgili tartışmalar başlamıştır.

Birliğin AİHS'ye katılımı Avrupa düzeyinde temel haklar korumasını yeknesaklaştırma ve etkinliğini artırma hedefini taşımaktadır. Aslında bu katılım fikri 1974 yılına kadar gitmektedir. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin (*Bundesverfassungsgericht*) *Solange I* kararında<sup>5</sup> temel hakların korunması konusunda AET'deki düzenleme eksikliğini eleştirmesi ile bu konudaki tartışmalar başlamıştır. 1979 yılında AB Komisyonu, Topluluğun AB'ye katılımını teşvik etmiş ve bu organın AB Konseyi'ni ikna etmesi üzerine, Konsey 1994 yılında ABAD'tan Topluluğun AİHS'ye katılımına ilişkin görüş talebinde bulunmuştur.

ABAD'ın AB'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olması konusunda daha önce 1994 yılında verdiği 2/94 sayılı görüşünde, AB'nin dış yetki kullanımında da sınırlı yetki ilkesine göre hareket etmek durumunda olduğunu, bu ilkenin Topluluğun dış ilişkileri açısından da geçerli olduğunu ve Topluluğun AİHS'ye taraf olması açısından Lizbon Antlaşması öncesi AT Antlaşması içerisinde yasal dayanak bulunmadığını belirtmişti.<sup>6</sup> Bu şekilde Adalet Divanı, Topluluğun AİHS'ye katılımının mümkün olmadığına ilişkin verdiği görüşte Topluluğun insan haklarıyla ilgili kurallar kabul etmeye yönelik bir genel yetkisinin olmadığını belirtmiştir.

Lizbon Antlaşmasında insan hakları konusunun birincil öneme sahip olduğu çeşitli hükümlerde vurgulandığı görülmektedir. Bu çerçevede, Lizbon Antlaşması kapsamında geçerli olan AB Antlaşmasının 2. maddesinde; *“Birlik, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dâhil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kuruludur. Bu değerler, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin hakim olduğu bir toplumda üye devletler için ortaktır”* düzenlemesi yer almaktadır.

Nice Antlaşmasına<sup>7</sup> ek olarak 2000 yılında kabul edilen AB Temel Haklar Şartı AB vatandaşları ile AB'de ikamet eden kişilerle ilgili kişisel, medeni, siyasi, ekonomik ve sosyal haklarıyla ilgili çok geniş bir haklar ve özgürlükler katalogudur.<sup>8</sup> AB'de yasal bağlayıcılık vasfı olacağı düşünülerek hazırlanan Temel Haklar Şartı başlangıçta sadece bildiri niteliğinde kabul edilmiştir. Yürürlüğe girmeyen Anayasal Antlaşma metni ile ona bağlayıcılık vasfı kazandırma girişimi de Fransız ve Hollandalı seçmenlerin Anayasa metnini veto etmesi ile sonuçsuz kalmıştır. Lizbon Antlaşması Temel Haklar Şartının bağlayıcılık vasfını kabul etmiş ve AB'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmasını öngörmüştür. AB'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmasıyla ilgili AB Antlaşmasının 6(2) maddesinde; *“Birlik, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne katılır. Bu katılım, Birliğin Antlaşmalar'da belirlenen yetkilerinde değişikliğe yol açmaz”* düzenlemesi yer almaktadır.

<sup>5</sup> Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (*Solange I Case*), 1970 E.C.R. 1125, [1972] 11 Common Market Law Reports (C.M.L.R.) 255.

<sup>6</sup> ABAD, 2/94 sayılı mütalaasında, Topluluğun AİHS'ye katılımının mümkün olmadığını bildirmişti. Mütalaaya göre, Topluluğun kurucu Antlaşmaları ve özellikle AT Antlaşması insan hakları alanında genel bir yetkilendirme hükmü içermediklerinden, Topluluk AİHS'ye katılmayacaktır. Bunun yanı sıra AT Antlaşmasının 308. maddesinin de bu katılım konusunda bir yetki üretmesinin söz konusu olmadığına değinmiştir. (Mütalaayla ilgili bilgi verilebilir). Bkz. Opinion 2/94 Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [1996] ECR I-1759.

<sup>7</sup> *Treaty of Nice*, Official Journal (OJ) (2001) C 80.

<sup>8</sup> *Charter of Fundamental Rights*, OJ C 326, 26.10.2012, p. 391–407.

AB Antlaşmasının 6(1) maddesindeki düzenlemeye göre, Birlik Antlaşmalarıyla aynı hukuki değere (statüye) sahip olan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanıır. Lizbon Antlaşması, yürürlüğe girmeyen AB Anayasası Antlaşmasından farklı olarak AB Temel Haklar Şartı metnini bir bütün olarak içermemekle birlikte bu şarta atıfta bulunmaktadır. Avrupa Anayasası ise Temel Haklar Şartını olduğu gibi Anayasa metnine dâhil etmişti. O zaman da Avrupa Konvansiyonunda tartışılan diğer bir alternatif de Temel Haklar Şartını Avrupa Anayasasına veya ona bağlı bir protokole dâhil etme yerine bu şekilde Antlaşmada yapıldığı gibi açık bir atıf yapılarak yasal bir bağlayıcılık kazandırma düşüncesi vardı. AB Komisyonu Temel Haklar Şartının etkin uygulanmasını sağlamak üzere bir Strateji kabul etmiştir.<sup>9</sup> Komisyon bu Strateji belgesinde Temel Haklar Şartında belirtilen hak ve özgürlüklerin mümkün olan en etkin bir şekilde uygulanmasını amaçladığını beyan etmiştir.

Temel Haklar Şartı insan hakları konusunda günümüzün dünyadaki en güncel ve modern kodifikasyonunu temsil etmektedir (Peers, Hervey, Kenner and Ward, 2004). Lizbon Antlaşmasının getirdiği en önemli yeniliklerden biri, Divanın özgürlük, güvenlik ve adalet alanı ile temel haklar alanındaki yetkisini güçlendirmesidir. Temel Haklar Şartıyla birlikte şu anda AB tam ve ‘görünür’ haklar bildirgesine sahiptir ve bildirgenin kapsamı AİHS’ye kıyasla oldukça geniştir. Lizbon Antlaşması sonrası Temel Haklar Şartı, AB Antlaşmasının 6(1) maddesi uyarınca AB’de birincil hukukun önemli bir kaynağı ve ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. ABAD artık kararlarında Temel Haklar Şartındaki hak ve özgürlüklere yer vermeye ve yorumlamaya başlamıştır. ABAD Temel Haklar Şartının kapsamında kalan kişi ve konularla ilgili önemli ve kritik kararlar almak zorunda kalacaktır. Sonuçta, AB Antlaşmasının 19(1) maddesinde ifade edilen yetki marifetiyle ABAD, Antlaşmalar uygulanırken ve yorumlanırken Temel Haklar Şartında yer alan ve artık doğrudan uygulanma niteliği olan hak, özgürlük ve ilkelerin gözetilmesini sağlamakla yükümlüdür.

İngiltere ve Polonya’nın Lizbon Antlaşmasına eklediği bir protokolle Temel Haklar Şartının muhtemel etkilerine karşı kendilerine koruma sağlama düşüncesiyle attıkları adım çok tartışmaya açıktır. Lizbon Antlaşması müzakereleri sırasında İngiltere Polonya’nın desteğiyle bu Antlaşmaya Temel Haklar Şartının kapsamıyla ilgili iki maddeden oluşan bir protokol ekletmeyi başarmıştır. Bu protokolün birinci maddesine göre, Temel Haklar Şartı ABAD veya herhangi bir İngiliz veya Polonya mahkemesinin yetkisini, bu iki ülkenin yasa, yönetmelik veya idari hükümleri ile uygulama veya eylemlerini Temel Haklar Şartında yer alan temel hak, özgürlük ve ilkelerle çelişkili bulacak bir şekilde genişletmez. Böylece AB Komisyonu veya üye ülkeler ABİHA’nın 257. maddesi uyarınca İngiltere ve Polonya’yı dava edemeyecektir. İkinci paragraf da Temel Haklar Şartının IV. başlığında ulusal hukuka yapılan atıflar, İngiltere ve Polonya tarafından kendi ulusal mevzuatında Şartta yer alan hak ve prensiplere yer verdiği, tanıdığı oranda bu iki ülke ulusal hukukunda uygulanabilir. Bu protokol ile İngiltere ve Polonya Şartın bağlayıcı yasal etkilerinden bir nevi uzakta kalmayı tercih etmiştir. Protokolün ikinci maddesine göre Şartta ulusal hukuk ve uygulamalara yapılan herhangi bir atfın ancak Şartta yer alan hak ve ilkelerin İngiltere ve Polonya yasaları ve uygulamalarında tanındığı ölçüde geçerli olduğu belirtilmiştir.

Şu anda AİHS’nin AB kurumları üzerinde herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte AB’nin AİHS’ye katılımı sağlandıktan sonra Sözleşme doğrudan bağlayıcı

<sup>9</sup> European Commission, ‘Communication from the Commission – Strategy for the Effective Implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union’, COM (19 Oct. 2010): 573 final, 3. [http://ec.europa.eu/justice/news/intro/doc/com\\_2010\\_573\\_4\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/intro/doc/com_2010_573_4_en.pdf) (20.02. 2015).

bir hal kazanacaktır. Bununla birlikte, AB Antlaşması'nın 6(2) maddesinde de ifade edildiği üzere, AB'nin AİHS'ye katılımı Birliğin Antlaşmalarda belirlenen yetkilerinde değişikliğe yol açmaz. Bu nedenle, AB'nin AİHS'ye katılımı Birliğin yetkilerinin genişletilmesi için bir temel oluşturamayacaktır (Cremona, 2010: 47).

4 Haziran 2010 tarihinde AB üyesi ülkelerin Adalet Bakanları Konseyi AB Komisyonunu, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 26 Mayıs 2010 tarihinde İnsan Hakları İzleme Komitesini yetkilendirerek AB'nin AİHS'ne katılımı ile ilgili müzakereye resmi olarak 7 Temmuz 2010 tarihinde başlamışlardır. Bu süreç içerisinde gerek ABAD gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) yetkilileri de bir araya gelerek AB'nin AİHS'ne katılımı neticesinde AB aleyhine AİHM'de açılacak davalarda iki Mahkeme arasındaki gelecekte nasıl bir ilişki sağlanacağı hususu da konuşulmuştur. Bu görüşmeler AİHM ile ABAD arasındaki ilişkiyi koordine etme ve güçlendirmeyi amaçlamıştır. Burada bu iki Mahkeme arasındaki ilişki insan hakları ile ilgili konularda yargısal yetki kullanımına ilişkin karmaşık bir bağdır. Burada ABAD kadar AİHM de kararlarında ABAD kararlarına atıfta bulunarak gerekçelendirme yapmaktadır. AİHM de ABAD gibi yargısal yetki kullanımıyla ilgili kendi otonomisi konusunda hassasiyet göstermekte ve ABAD tarafından aslında ele alınan konular hakkında ayrıca değerlendirme yapma özgürlüğünü kendisinde görmektedir. AB üyesi ülkelerin AB hukukunun uygulanmasıyla ilgili aldığı tedbirler ve yaptığı işlemleri kendi insan hakları kriterlerine göre denetleme konusunda AİHM'nin artan bir isteği söz konusudur (Harpaz, 2009: 114-115).

ABAD ile AİHM arasında yaklaşık üç yıl süren teknik görüşmeler neticesinde 5 Nisan 2013 tarihinde Taslak Anlaşma metni kabul edilmiştir (Taslak Anlaşma açısından analiz için bkz. Polakiewicz, 2013: 592-605; De Vries, 2013: 78-79; Lock, 2012: 162-197). Nihayetinde AB Komisyonu, 4 Temmuz 2013 tarihinde AB'nin AİHS'ne katılımıyla ilgili Taslak Anlaşma metnini ABİHA'nın 218(11) maddesi<sup>10</sup> doğrultusunda görüş için ABAD'a sunmuştur.<sup>11</sup>

Taslak Anlaşma AB'nin AİHS'ye katılımı için gerekli düzenlemeler içermektedir. Anlaşmanın birinci grup hükümleri bu katılımı gerçekleştirmeye yönelik usul mekanizmalarla ilgilidir. İkinci grup hükümler tamamen teknik mahiyette olup AİHS'de yapılması gereken değişiklikleri içermektedir. Zira AİHS metni Avrupa Konseyi'ne üye devletler bakımından kaleme alınmış temel bir metin olup (Greer and Williams, 2009: 464), AB ne müstakil bir devlet ne de Avrupa Konseyi'nin bir üyesidir. İkinci grup hükümleri arasında AİHS'yle bağlantılı diğer konularla ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Anlaşmanın geriye kalan düzenlemeleri de Anlaşmanın yürürlüğe girmesi ve onay süreciyle ilgili nihai hükümler içermektedir. Taslak Anlaşmanın da AİHS'nin tamamlayıcı (mütemmim) bir parçası olması öngörülmüştü.<sup>12</sup>

Usul açısından AB'nin AİHS'ye katılımıyla ilgili uluslararası anlaşmanın AB Konseyinde oybirliği ile kabul edilmesi ve Avrupa Parlamentosu tarafından onaylanması gerekmektedir. Bunun yanı sıra Taslak Anlaşmanın ABİHA'nın 218. maddesine göre bütün AB üyesi devletlerin ulusal anayasalarına uygun olarak onaylanması gerekmektedir.

<sup>10</sup> ABİHA'nın 218(11) maddesine göre; "Bir üye devlet, Avrupa Parlamentosu, Konsey veya Komisyon, öngörülen anlaşmanın, Antlaşmalar'ın hükümlerine uygun olup olmadığı konusunda Adalet Divanı'nın görüşünü alabilir. Adalet Divanı'nın görüşünün olumsuz olması halinde, öngörülen anlaşma, söz konusu anlaşmada veya Antlaşmalar'da değişiklik yapılmadıkça yürürlüğe giremez" düzenlemesi yer almaktadır.

<sup>11</sup> OJ C 260, 07.09.2013, s. 19.

<sup>12</sup> *Opinion 2/13*, [49] ve [51] numaralı paragraflar.

## 1.2. Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımı Gerekli Midir?

AB dolaylı olarak AİHS'ye bağlı olmakla birlikte AB'nin AİHS'ye katılımı gerekli midir? ABAD içtihadına bakıldığında, insan haklarının korunması, AB hukukunun genel ilkelerinden birisi olup AİHS bu genel ilkelerin kaynaklarından birisidir. AB Antlaşması da Maastricht Antlaşması'ndan itibaren AİHS'ye açık atıf yapmaktadır. Bunun yanı sıra bazı akademisyenler bütün AB üyesi devletlerin AİHS'ye taraf olmasından dolayı AB'nin de bu nedenle dolaylı olarak AİHS'ye bağlı olduğunu iddia etmişlerdir (Pescatore, 1988: 450). 1976 tarihli AB Komisyonu'nun raporunda ise, AİHS'de tanınan hakların AB hukuku bağlamında zaten bağlayıcı bir şekilde tanındığından o dönem açısından Birliğin AİHS'ye katılımının gerekli olmadığı ifade edilmişti.<sup>13</sup> Nihayetinde AB açısından 2000 yılında kabul edilen ve 2009 yılından itibaren - Lizbon Antlaşması sonrası - bağlayıcı nitelik kazanan Temel Haklar Bildirgesi de bu konudaki şüpheleri güçlendirmiştir (Lizbon Antlaşması ve insan haklarıyla ilgili gelişmeler için bkz. Douglas-Scott, 2011: s. 645).

Bununla birlikte, AB'nin AİHS'ye taraf olması ihtiyacı ve gerçeği, bu varsayımların ötesinde AB içerisinde insan haklarının korunması konusunda mevcut kusurlardan kaynaklanmaktadır (Verstichel, 2005: 128). Bu konudaki gerekçelerin başında, AB tasarrufları nedeniyle bireylerin AİHS'de tanınan hakları ihlal edildiğinde, AB'nin AİHS'ye taraf olmamasından dolayı, AB aleyhine bireysel başvuruda bulunamamaları gerçeğidir (Saltınyte, 2010: 185-186). ABAD, AB tasarruflarının hukuki açıdan AİHS'de tanınan temel haklara uygunluğunu inceleyebilmekte ise de bireylerin ABAD'a doğrudan başvuruda bulunmaları oldukça kısıtlıdır. Bireyler ancak belli koşullar altında ABAD'a dava açma hakkında sahiptirler.<sup>14</sup> Bireyler yönünden, ihtimal olarak AB tarafından AİHS'nin ihlal edilmesi durumunda yetersiz bir yargısal koruma söz konusu olabilecektir.

Yukarıda aktarılan durumlar dışında bazı AB tasarruf veya işlemleri AB üyesi devletlerin müdahalesi olmadan (üye devletler tarafından ayrı bir ulusal işlem yapılmadan, iç hukuka aktarımı olmadan) doğrudan uygulandığı durumlarda AİHS'nin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurular açısından AİHM'nin inceleme yetkisi tartışmalıdır. Zira üye devletlerin AB'nin söz konusu tedbiriyle ilgili hiçbir müdahalesi bulunmamaktadır. AB'nin de AİHS'ye taraf olmamasından dolayı bu tür durumlarda konu AİHM incelemesi dışında kalma riskini taşımaktadır.

Diğer bir gerekçe, AB hukukunun üye devletler tarafından uygulanması neticesinde AİHS'nin ihlal edilmesi durumunda üye devletlerin sorumluluğuna gidilmesi cihetidir. Bu durumda, AB'nin AİHS'ye taraf olmaması ve hakkında dava açılmaması (AİHS'nin kişisel olarak, *ratione personae*, kapsamında kalmaması) nedeniyle AB hukukunu uygulayan üye devletlere karşı dava açılmaktadır (Costello, 2006: 91; Lock, 2010: 529). AB üyesi

<sup>13</sup> European Commission, "The protection of fundamental rights as Community law is created and developed" COM (76) 37, para 28.

<sup>14</sup> ABİHA'nın 263(4) maddesinde; "*Her gerçek veya tüzel kişi, muhatap olduğu veya kendisini doğrudan ve bireysel olarak ilgilendiren tasarruflar ile kendisini doğrudan ilgilendiren ve uygulama tedbirleri alınmasını gerektirmeyen düzenleyici tasarruflara karşı 1 ve 2. paragraflarda öngörülen şartlar dâhilinde dava açabilir*" düzenlemesi yer almaktadır. AB tasarruflarından yönerge veya tüzük hakkında bireyler tarafından dava açılması için doğrudan ve bireysel ilgi koşullarının bulunması gerekmektedir. Başvuru sahibinin hukuki durumunu doğrudan etkileyen ve uygulanmasından sorumlu makamlara herhangi bir takdir hakkı tanımayan bir yönerge ile tüzük hakkında bireyler dava açabilir. Bireylerin kendilerini muhatap alan kararlara karşı da dava açılmasında bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık, doğrudan kendisine yönelmeyen bir karara karşı bireyin dava açılması ilgili karardan dolayı doğrudan ve bireysel ilgi koşullarının gerçekleştiğini kanıtlanmasına bağlıdır. Doğrudan ilgi için davacının yasal statüsünü etkilemesi ve kararın uygulayıcılara takdir hakkı bırakmaması gereklidir. Bireysel ilgi koşulunun gerçekleşmesi ise ABAD tarafından daha katı bir yoruma tabi tutulmuştur. Bu konuda ABAD kararları için bkz. C-25/62, *Plaumann v Commission*, [1963] ECR 95; C-106-107/63, *Toepfer v Commission*, [1965] ECR 405; C-231/82, *Spijker Kwasten v Commission*, [1983] ECR 2559; C-T-177/01, *Jego-Quere v Commission*, [2002] ECR II-2365.

devletlerin AB hukukunu uygulamaktan kaynaklı AİHS'ye aykırılık oluşması durumunda, burada AİHM açısından açılan davada sorumluluk, AB'ye değil AB hukukunu uygulayan üye devletlere teşmil edilmektedir.<sup>15</sup> AİHM'ye göre, AİHS'ye taraf devletlerin uluslararası bir antlaşma ile bazı yetkilerini *de lege lata* bir uluslararası örgüte devretmiş olmaları AİHS'ye uygunluk açısından onların sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.<sup>16</sup> AB'nin AİHS'ye taraf olmaması nedeniyle AB hukukunun uygulanması sonucu üye devletler tarafından AİHS'nin ihlal edilmesi durumunda üye devletler *a priori* sorumluluktan hariç tutulamazlar (Zwanenburg, 2005: 111).

Diğer bir gerekçe de, AB hukukunun uygulanmasıyla ilgili üye devletlerin hiçbir takdir hakkının olmadığı hallerde AİHS'ye aykırılık nedeniyle üye devletler aleyhine açılan davalarda üye devletlerin sorumluluklarına gidilmeyerek bu davaların reddedilmesidir.<sup>17</sup> AB'nin de AİHS'ye taraf olmamasından dolayı bu tür durumlarda da konu AİHM'nin incelemesi dışında kalmaktadır. Burada diğer bir varsayım da, AB'nin temel hakların korunmasına yönelik ABAD'ın AİHM'e benzer veya muadil bir insan hakları denetim işlevinin olması gerektiği görüşüdür ki, bu da çok ciddi tartışmaları tetiklemektedir.<sup>18</sup> Ayrıca, AB hukukunun kendine özgü niteliğinden dolayı AB üyesi devletlere tanınan bu bağımsızlığın (imtiyazın) neden AİHS'ye taraf diğer ülkelere tanınmadığına yönelik eleştiriler yöneltilmektedir (Kuhnert, 2006: 186; De Hert and Korenıca, 2012: 889).

AB birincil hukukunun<sup>19</sup> AİHS'ye uygunluğunun tartışıldığı bazı durumlarda AİHM üye devletlerin ihlalden sorumlu tutulabileceklerini belirtmiştir. ABAD, AB birincil hukukunun AİHS'ye uygunluğuna dair inceleme yapamamaktadır. AİHM, AB üyesi devletlerin açık bir kararı ile AB tasarrufuna (Avrupa Parlamentosu doğrudan seçimiyle ilgili 1976 tarihli 76/787 sayılı Konsey kararı)<sup>20</sup> bağlı olduğunu belirtmesi nedeniyle üye devletler aleyhine açılan davaları kabul etmekte ve AB üyesi devletlerin sorumluluğuna gidebilmektedir.<sup>21</sup>

Özetle, AB'nin AİHS'ye taraf olmasının yukarıda aktarılan maddi hukuksal temellerinin yanı sıra Avrupa düzeyinde artık uyumlu bir insan hakları külliyatı (AB Temel Haklar Bildirgesi ve AİHS) olmuş olacak ve AB'nin global düzeydeki itibarı artacak ve insan haklarıyla ilgili dış faaliyetlerine ciddi bir altyapı sağlanmış olacaktır.

<sup>15</sup> AİHM'de bu şekilde AB üyesi devletlerin sorumlu tutulduğu davalar için bkz. *X v Federal Republic of Germany* App No 235/56 (ECtHR, 10 June 1958), para 300; *Waite & Kennedy v Germany* App No 26083/94 (ECtHR, 18 February 1999).

<sup>16</sup> *M & Co v Federal Republic of Germany* App No 13258/87 (Commission Decision, 9 February 1990); *Mathews v UK* App No 24833/94 (ECtHR, 18 February 1999).

<sup>17</sup> *Senator Lines* App No 56672/00 (ECtHR, 10 March 2004); *Emesa Sugar SA v Netherlands* App No 62023/00 (ECtHR, 13 January 2005).

<sup>18</sup> Benzer veya muadil bir inceleme kriteri de ABAD ile AİHM'in yargılama usul kuralları arasındaki farklılıklar nedeniyle problemli bir kriterdir. Bireysel başvurular açısından, ABAD'a doğrudan bireysel dava açılmasının katı koşulları karşısında AİHM'e bireysel başvuru yapılabilmesi için öngörülen kriterlerin karşılanması daha kolaydır. Öte yandan ABAD'a yapılan ön karar müracaatı ile AİHM'e yapılan başvuru üzerine yapılan denetim nitelik açısından da aynı değildir. ABAD'ın temel haklar yönünden yaptığı denetim de karmaşık ve AİHM denetimine göre farklılık arz etmektedir. Tüm bu nedenlere bu iki mahkeme arasındaki temel haklar yönünden yapılan denetimi muadil görmek de tartışmalıdır.

<sup>19</sup> ABİHA ve AB Antlaşması ile ekleri ve protokolleri ile bu Antlaşmaları tadil eden Antlaşmalar ile yeni üye devletlerin AB'ye katılımı öngören Katılım Antlaşmaları. ABAD Antlaşmaların yorumlanması konusunda yetkili olmakla birlikte Antlaşmaların geçerliliği konusunda yetkili değildir. Antlaşmaların geçerliliği sorunu uluslararası hukukun konusudur.

<sup>20</sup> Bu karar AB Konseyi ile üye devletlerin ilgili Bakan'larının tümü tarafından imzalanmış ve Antlaşma'ya II No'lu Ek olarak ilave edilmiş olması nedeniyle AB birincil hukukun bir parçasıdır.

<sup>21</sup> *Mathews v UK* App No 24833/94 (ECtHR, 18 February 1999).



## 2. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 18 Aralık 2014 Tarihli ve 2/13 Sayılı Görüşü

ABAD 18 Aralık 2014 tarihli görüşünde söz konusu Taslak Antlaşmanın beş tane gerekçeyle AB hukukuyla uyumlu olmadığını belirtmiştir. ABAD'ın bu görüşünü ortaya koyarken beş temel konu altında bir inceleme yapmıştır. Bunlar; AB'nin kendine özgü niteliklerinin dikkate alınmaması, AB hukukuyla ilgili meselelerde ABAD'ın münhasır bir yargı yetkisinin dikkate alınmaması, ortak sorumluluk mekanizması (*Co-respondent mechanism*), AB kurumlarına çözüm getirme imkânının verilmesi –ön denetim yöntemi- (*Prior involvement of the EU*) ve AB ortak dış ve güvenlik politikası konularıyla alakalı sorunlar olarak özetlenebilir. Bu konular aşağıda analiz edilmiştir.

### 2.1. Avrupa Birliği'nin Kendine Özgü Niteliklerinin Dikkate Alınmaması

Görüldüğü üzere AB'nin AİHS'ye katılımı bazı sınırlara tabidir. Öncelikle yukarıda ifade edilen AB Antlaşması'nın 6(2) maddesinde belirtildiği üzere, AB'nin AİHS'ye katılımı AB'ye Antlaşmalar ile (ABİHA ve AB Antlaşması'nda) tanınan yetkilerin önemli niteliklerini etkilemez. Bu açıdan Divan, AB'nin taraf olduğu bir uluslararası anlaşmanın, Antlaşmalar'da AB'ye tanınan yetkilerin önemli niteliklerinin muhafaza edilmesiyle ilgili vazgeçilemez koşulların karşılanması halinde Birlik yetkilerini etkileyebileceğini belirtmiştir. Ancak AB'nin taraf olduğu böyle bir uluslararası anlaşmanın AB hukuk düzeninin özerkliği üzerinde olumsuz bir sonuç doğurmaması gerekmektedir.<sup>22</sup> Bunun yanında bu katılım AB'nin kendine özgü niteliklerine müdahale oluşturacak bir sonuç doğurmaz.<sup>23</sup>

Divan, öncelikle Taslak Anlaşma'da AB'nin kendine özgü niteliklerinin dikkate alınmadığını belirtmiştir.<sup>24</sup> AB'nin müstakil bir devlet olarak kabul edilemeyeceğini, AİHS'ye katılım açısından AB'nin özel niteliklerinin söz konusu katılım açısından dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.<sup>25</sup> Bu katılımın sonucunda AİHS'nin Birliğin kabul ettiği bütün diğer uluslararası anlaşmalar gibi tüm Birlik kurumları ve üye devletler açısından bağlayıcı olacağı ve bu itibarla AB hukukunun bir parçası olacağı belirtilmiştir. Bu durumda AB de AİHS'ye taraf bütün diğer ülkeler gibi AİHS içerisinde tanınan hak ve özgürlüklerin gözetilmesi açısından bir dış denetime tâbi olacaktır. Bunun sonucunda AB ve kurumları, AİHS'nin kontrol mekanizmalarına ve özellikle AİHM kararlarıyla bağlı olacaktır. ABAD görüşünde, bu dış denetimin niteliği gereği AİHS'ye yönelik AİHM tarafından getirilecek yorumun bütün AB kurumları açısından bağlayıcı olacağı ancak AİHS'ye yönelik ABAD tarafından geliştirilecek yorumun ise AİHM açısından bağlayıcılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Ancak bu hususun bizzat ABAD tarafından AB hukukunun yorumuna ilişkin olarak (AB Temel Haklar Şartıyla ilgili olarak da) yapılmasıyla ilgili durumlar için söz konusu olamayacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle Divan, AİHM'nin AB hukukuyla ilgili yapacağı yorumların AB kurumları açısından bağlayıcı olmaması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>26</sup>

Taslak Anlaşma'nın aynı zamanda AB'nin adalet ve içişleri alanındaki meseleler açısından AB'nin temel hakların korunmasıyla ilgili mevzuata uyumla ilgili istisnai durumlar

<sup>22</sup> *Opinion 2/13 of 18 December 2014, [2014] ECR I-0000 (not yet reported), [183] numaralı paragraf.* Bu açıdan Divan *Kadi* davasını buna örnek olarak göstermiştir. *Joined Cases C-402/05 P & C-415/05, Kadi and Al Barakat International Foundation v. Council and Commission, [2008] ECR I-6351.*

<sup>23</sup> *Opinion 2/13, [164] numaralı paragraf.*

<sup>24</sup> *Opinion 2/13, [179] ve [200] arası paragraflar.*

<sup>25</sup> *Opinion 2/13, [156] numaralı paragraf.*

<sup>26</sup> *Opinion 2/13, [184] numaralı paragraf.*

dışında üye devletler arasında var olan 'karşılıklı güven' ilkesinin uygulanmasını göz ardı ettiği belirtilmiştir.<sup>27</sup>

ABAD, Taslak Anlaşmanın AB Temel Haklar Şartının 53. maddesinde yer alan düzenlemeyi de dikkate almadığını belirtmiştir. Şöyle ki, AİHS'nin 53. maddesinde; *"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme'ye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlükleri sınırlayamaz veya onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz."* düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre AİHS'ne taraf olan devletler AİHS içerisinde tanınan hak ve özgürlüklerden daha yüksek standartlar kabul edebileceklerdir. AB Temel Haklar Şartı'nın 53. maddesinde de; *"Bu Şartta yer alan hiçbir hüküm; ilgili uygulama alanlarında, Birlik hukuku, uluslararası hukuk, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de dâhil olmak üzere, Birlik, Topluluk ve tüm üye devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve üye devletlerin anayasaları tarafından tanınan insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayıcı veya zedeleyici biçimde yorumlanamaz"* düzenlemesi yer almaktadır. ABAD'ın AB Temel Haklar Şartı'nın 53. maddesinin yorumlanmasıyla ilgili *Melloni* kararında<sup>28</sup> belirtildiği üzere, temel hakların korunmasına ilişkin ulusal standartlar Temel Haklar Şartında yer alan koruma düzeyi ve AB hukukunun etkililiği, birliği ve üstünlüğü ilkeleriyle çelişki yaratmamalıdır. Divan, AİHS'nin taraf ülkelere AİHS'de tanınan koruma standartlarından daha yüksek düzeyde koruma standartlarını kendi iç hukuk sistemlerinde öngörebileceklerinden dolayı AİHS'nin AB Temel Haklar Şartıyla koordinasyon içerisinde olması gerektiğini belirtmiştir. AB Temel Haklar Şartında ifade edilen hakların AİHS'de tanınan haklar ile örtüşmesi halinde AB üyesi devletlere AİHS çerçevesinde tanınan yetkinin sınırı, Temel Haklar Şartında tanınan koruma düzeyini temin etme yükümlülüğü ile AB hukukunun bütünlüğünü ve etkililiğini risk altına almamaktır. ABAD, Taslak Antlaşma içerisinde böyle bir koordinasyonu temin edecek herhangi bir düzenlemenin olmadığını beyan etmiştir.<sup>29</sup> Bu açıdan Taslak Anlaşma içerisinde, AİHS'nin 53. maddesinde taraf devletlere temel hakların korunması açısından daha yüksek düzeyde koruma imkânı veren düzenleme ile AB Temel Haklar Şartı'nın 53. maddesi arasında bir koordinasyon sağlanmasına yönelik düzenleme gerçekleştirilmelidir. Bu amaçla, Taslak Anlaşma'nın, AB üyesi devletler açısından AİHS kapsamındaki temel hakların korunması düzeyini (sınıırını) AB hukukunun birliği ile etkililiği ve önceliği ilkelerine uygun olarak ele alması gerekmektedir. Divan'ın AB üyesi devletler açısından AİHS kapsamındaki temel hakların korunmasıyla ilgili ortaya koyduğu bu kısıtlama düzeyi haddi zatında tartışma yaratacak niteliktedir. AİHS'ye taraf devletlerin AİHS kapsamındaki hak ve özgürlüklerin koruma düzeyini (sınıırını) kendi ulusal hak ve özgürlükler kapsamında tanınan sınırlar olarak kabul etmek olası değildir. Zira, bu argümanı AİHS'nin amacı ve hedefleriyle bağdaştırmak oldukça güçtür. Bu açıdan, AB AİHS'ye taraf olarsa Birlik açısından AİHS'de tanınan hak ve özgürlüklerin koruma düzeyini (sınıırını) AB'nin Temel Haklar Şartında tanınan hak ve özgürlüklerin sınırları olarak ifade etmek demektir. Bu hususun da AİHS'nin amaç ve hedefleriyle bağdaşması tartışma konusudur.

Divan, Taslak Antlaşma içerisinde AB'nin kendine özgü yapısının görmezden gelinerek AB'yi her anlamda AİHS'ye taraf olan devletlerle aynı muameleye tâbi tutan bir yaklaşım olduğunu belirtmiştir.<sup>30</sup> Divan, özellikle, bu yaklaşımın AB'ye üye devletlerce devredilen yetkilerle ilgili konuları ve bu doğrultuda üye devletlerin ilişkilerinin de başka bir hukuk düzenine değil AB hukukuna tâbi olduğu gerçeğini dikkate almadığını belirtmiştir.

<sup>27</sup> *Opinion 2/13*, [191] ve [194] numaralı paragraflar.

<sup>28</sup> 26 Şubat 2013 tarihli Case C-399/11, *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal* [2013] ECR I-0000.

<sup>29</sup> *Opinion 2/13*, [187] ve [189] numaralı paragraflar.

<sup>30</sup> *Opinion 2/13*, [158] numaralı paragraf.

Divan, Taslak Antlaşma içerisinde, AB ve üye devletlerin hem AİHS'ye taraf olan diğer devletlerle hem de kendi aralarındaki ilişkiler açısından müstakil taraflar olarak kabul edilmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek problemlerin önüne geçecek tedbirlerin alınmadığını belirtmiştir. AİHS'ye taraf her bir devlet diğer taraf devletleri insan hakları koruması açısından gözetleyebilmektedir. Divan, AB hukukunun AB üyesi devletler arasında karşılıklı güven yükümlülüğü esasına dayalı olduğunu AİHS'nin uygulanmasıyla ilgili olarak da bunun görmezden gelinmesinin bir tezat oluşturduğunu belirtmiştir. Bu koşullar altında AB'nin AİHS'ye katılımının AB hukukunun özerkliğine<sup>31</sup> ve AB iç yapısı açısından kurulu denge sistemine zarar verebileceği belirtilmiştir.

2 Ekim 2013 tarihinde imzalanan AİHS 16 No'lu Protokolü'ne göre taraf devletlerin temyiz mahkemeleri AİHS ve ek protokollerinde tanınan hakların uygulanması ve yorumlanmasıyla ilgili ön görüş müracaatında bulunabileceklerdir. AİHS 16 No'lu Protokol ile AİHS'nin uygulanması ve yorumlanmasıyla ilgili ulusal yüksek mahkemeler ile AİHM arasında işbirliği ilişkisinin kurulması hedeflenmektedir. Bu yöntemi ön görüş yöntemi (*advisory opinion*) olarak ifade edebiliriz. Burada AİHS'ye taraf devletlerin ulusal yüksek yargı organları ile AİHM arasındaki ilişki ön görüş yöntemi ile güçlendirilmek istenmektedir. Ön görüş yöntemi, ulusal yüksek yargı organlarının ulusal düzeydeki bir uyumsuzluğu çözüme kavuşturmak amacıyla gerekli olan AİHS'nin ilgili hükmüne ilişkin yorumda bulunma istemine izin verdiğinden, bu görevin yerine getirilmesinde oldukça önemli bir yere sahiptir. Bu Protokol ile insan hakları alanında AİHM ve ulusal yüksek yargı organları arasında böyle bir ilişki kurulması öngörülmektedir.

Bu Protokolün 1(1) maddesinde yer alan düzenlemeye göre, AİHS'ne taraf olan devletlerin yüksek yargı organları AİHS'de belirtilen hak ve özgürlüklerin uygulanması ve yorumlanmasıyla ilgili prensipler konusunda AİHM'den karar vermesini talep edebilir. Bu talep ancak kendisine açılan ve yargılaması devam eden davalara yönelik olabilir. Bu talepte bulunan ulusal yüksek mahkeme talebine yönelik gerekçelerini ve ilgili yasal ve maddi vakıaları da belirtmelidir. AİHM'nin vereceği görüş talepte bulunan ulusal yüksek mahkemeler açısından bağlayıcı değildir. AİHM'nin vereceği görüşlerin yayımlanacağı da belirtilmiştir. Protokolün diğer hükümlerinde bu usulün nasıl ve ne şekilde işleyeceğine dair detay düzenlemeler yapılmıştır. Bu Protokolü imzalayan AİHS'ye üye devletler bu Protokol ile hangi ulusal yüksek mahkemeler ile yargı benzeri kuruluşların ön görüş talebinde bulunabileceğini ayrıca belirtirler.

AB'nin AİHS'ye katılımı halinde AİHS AB hukukunun bir parçası olacaktır. Divan 2/13 sayılı görüşünde, bu protokolde öngörülen mekanizmanın, AB Temel Haklar Şartında ifade edilen hakların AİHS'de tanınan haklar ile örtüşmesi halinde ABİHA'nın 234. maddesinde ifade edilen ön karar yönteminin özerkliği ve etkinliğini olumsuz etkileyebileceğini belirtmiştir. AİHS 16 no'lu Protokolüne göre üye devletlerin bir ulusal mahkemesinin AİHM'ye yapılacak bir ön görüş müracaatının ABAD'a ABİHA'nın 234. maddesi uyarınca yapılabilecek bir ön karar müracaatını risk altına alacağı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra aşağıda incelenecek olan ABAD'ın AİHM önünde AİHS'nin 16 no'lu Protokolüne göre üye devletlerin bir ulusal mahkemesinin ön görüş müracaatı üzerine görülmekte olan bir başvuruya ABAD'ın ön denetim yöntemi (*prior involvement*) ile ön görüş yöntemi (*advisory opinion*) arasında bir ilişki kurulmamıştır. ABAD, Taslak Anlaşmanın bu

<sup>31</sup> AB hukukunun özerkliği konusunun taşıdığı yüksek önem ABAD'ın *Van Gend en Loos* davası kararına kadar uzanmaktadır. Bu dava için bkz. Bkz. Case 26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Belastingadministratie*, [1963] ECR I.

ihtimali göz ardı ederek bu iki mekanizma arasındaki ilişki açısından herhangi bir düzenleme içermediğini belirtmiştir.<sup>32</sup>

## 2.2. Avrupa Birliği Hukukuyla İlgili Meselelerde Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Münhasır Bir Yargı Yetkisinin Dikkate Alınmaması

ABİHA'nın 344. maddesine göre; “Üye devletler, Antlaşmalar'ın yorumu veya uygulanması ile ilgili bir uyuşmazlık konusunda, Antlaşmalar'da öngörülenler dışında bir çözüm yöntemine başvurmamayı taahhüt ederler”. Buna göre, üye devletler Antlaşmalar'ın (ABİHA ve AB Antlaşması) yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıklara Antlaşmalar'da öngörülen ihtilaf çözme mercileri ve yöntemleri dışında başka bir çözüm merciine ve yöntemine başvuramaz. AB'nin taraf olduğu bir uluslararası anlaşma da AB ve üye devletler arasındaki yetki dağılımını ve AB hukukunun özerkliğini zedeleyemez. Nitekim bunun gözetimini de ABAD yerine getirmektedir.<sup>33</sup>

Taslak Anlaşma'nın 5. maddesine göre, AB üyesi devletler açısından, ABAD önünde yapılan yargılama sürecinin AİHS'nin 55. maddesi<sup>34</sup> bağlamında bir yargılama olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Bununla birlikte, AİHS'nin 33. maddesi doğrultusunda AB üyesi devletlerden birisinin diğer üye devletler ile bizatihi AB'ye yönelik bir müracaat yapma ihtimali devam etmektedir. Divan, bu ihtimalin varlığının dahi ABİHA'nın 344. maddesine uygun olmadığı belirtmiştir.<sup>35</sup>

AB üyesi devletler arasında veya AB üyesi devletler ile AB arasında, AB hukuku bağlamında, AİHS'nin uygulanmasıyla ilgili ABAD'ın münhasır bir yargı yetkisi söz konusudur. Taslak Anlaşma'ya göre, ABAD önündeki yargılama sürecinin AİHS'ye uygunluk kapsamına tâbi olmayan bir çözüm yöntemi olarak kabul edilmemesi nedeniyle bu durum ABAD'ın münhasır yargı yetkisinin muhafaza edilmesi konusunda yeterli kalmamaktadır. Taslak Anlaşma, AB veya üye devletler tarafından AB hukukunun uygulanmasıyla ilgili olarak AİHS'nin ihlal edildiği iddiasıyla hem AB'nin hem de üye devletlerin münferiden AİHM'ye başvuruda bulunma olanağını tanımaktadır. ABAD bu ihtimalin varlığının ABİHA'nın gereklilikleriyle uyumlu olmadığını belirtmiştir. Bu koşullar altında Taslak Anlaşmanın ABİHA ile uyumluluğunun ancak, AB hukuku bağlamında AİHS'nin uygulanmasıyla ilgili üye devletlerle AB arasında veya üye devletler arasında nüksedecek ihtilaflar yönünden AİHM'nin yargı yetkisini açıkça hariç tutması halinde mümkün olacağını belirtmiştir.<sup>36</sup> Bununla birlikte, böyle bir hariç tutulma düzenlemesini AB üyesi olmayan ve fakat AİHS'ye taraf devletlerin nasıl karşılayacakları da önemlidir. Bunun yanı sıra AB'nin bağıtladığı uluslararası anlaşmalarda ABİHA'nın 344. maddesiyle teşkil eden durumlarla ilgili istisna düzenlemesi sık rastlanan bir durum değildir. Öte yandan, böyle bir istisna düzenlemesinin tek başına AB hukukunun özerkliğini sağlaması da kuşkuludur. Bunun yerine Hukuk Sözcüsü *Kokott*'un belirttiği üzere, ABİHA'nın 344. maddesini ihlal eden üye devletler aleyhine ABİHA'nın 258. maddesi doğrultusunda bir ‘ihlal prosedürü’ başlatmak daha uygun gibi görünmektedir. Ayrıca, AB üyesi devletlerin, AB hukuku bağlamında AİHS'nin uygulanmasıyla ilgili meselelerde AİHS'nin 33. maddesinde

<sup>32</sup> *Opinion 2/13*, [196] ve [200] numaralı paragraflar arasında yer alan paragraflar.

<sup>33</sup> ABAD'ın 1/91 sayılı görüşü, [35] numaralı paragraf, ABAD'ın 1/00 sayılı görüş [2002] ECR I-3493, [21], [23] ve [26] numaralı paragraflar; Case C-459/03, *Commission v Ireland* [2006] ECR I-4635 [123] ve [136] ve numaralı paragraflar; Joined Cases C-402/05 P & C-415/05, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, [2008] ECR I-6351, [282] numaralı paragraf.

<sup>34</sup> *Opinion 2/13*, [208] numaralı paragraf.

<sup>35</sup> *Opinion 2/13*, [213] ve [214] numaralı paragraflar.

<sup>36</sup> *Opinion 2/13*, [213] numaralı paragraf.

öngörülen başvuru yöntemine müracaat etmeyeceklerini uluslararası bağlayıcı bir tasarrufla deklare etmeleri de soruna çözüm olabilecektir.<sup>37</sup>

### 2.3. Ortak Sorumluluk Mekanizması (Co-respondent mechanism)

Taslak Anlaşma'nın 3. maddesi ortak sorumluluk konusunu düzenlemektedir. Buradaki ortak sorumluluk, AİHS'nin ihlal edildiği iddiasıyla AB üyesi bir veya birkaç devletle birlikte AB'nin ortak sorumluluğuna gidilmesi anlamında kullanılmıştır. Üye devletler AB hukukunu uygulamak üzere kabul ettikleri ulusal bir tasarrufun kendisi veya uygulamasının AİHS'ye aykırılık oluşturması nedeniyle AİHS'nin 57. maddesinde<sup>38</sup> belirtilen çekince kaydını ileri süremezler. AB hukuku tedbirinin AİHS'ye aykırılığı durumunda bu aykırılığı üye devletlerin tek başlarına gidermelerinin mümkün olmadığı durumlarda AB'nin de üye devletlerle birlikte sorumluluğuna gidilmesi amaçlanmıştır. Burada her ne kadar üye devlet AİHS'ye aykırılık teşkil eden tasarruf nedeniyle AİHM önünde dava edilmekte ise de dava konusu edilen ulusal işlem aslında AB'nin kabul ettiği bir tedbire istinaden gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla, AİHM tarafından verilecek bir ihlal kararının telafisini sağlamak da ilgili üye devletlerin yetkisini aşan durumlar nedeniyle AB'nin bu tür davalara katılımını sağlamak üzere bu mekanizma kabul edilmiştir. Bu nedenle Taslak Anlaşma'nın 3. maddesi, AB'nin de üye devlet/üye devletlerle birlikte ortak sorumluluklarına gidilmesini öngörmüştür. Taslak Anlaşma'nın 3. maddesi, AB'nin ortak sorumluluğuna gidilebilecek durumları şöyle belirtmiştir. Buna göre; AİHS'ye aykırılık iddiasının giderilmesinin ancak söz konusu AB hukuku tedbirinin iptali veya AİHS'ye aykırılık iddiasının AB birincil hukukuyla ilgili olması halinde AB'nin ortak sorumluluğuna başvurulmalıdır. Taslak Anlaşma, bu tür durumlarda ilgili üye devlet ile AB'nin ortak sorumluluğuna gidilmesini öngörmüş olup, ancak Taslak Anlaşma'nın 3(7) maddesine göre dava taraflarının ileri süreceği görüşler sonrasında AİHM sadece birisini sorumlu kabul edip davanın ona yöneltilmesini sağlayabilecektir.

Taslak Anlaşma'nın 3(5) maddesine göre ya AİHM'nin bu bildirim (ortak sorumluluk mekanizması yöntemine gidilmesine yönelik) AB'ye iletmesi ve AB tarafından davaya taraf olunduğunun kabul edilmesi ya da AİHM'nin bu konuda aldığı karar üzerine gerçekleştirilir. ABAD'ın bu konuda eleştirdiği husus söz konusu ortak sorumluluk mekanizmasına gidilmesiyle (AB'nin davaya dahil edilmesiyle) ilgili değerlendirmenin AİHM tarafından değil kendisi tarafından kararlaştırılmasıdır.<sup>39</sup>

Taslak Anlaşma'da öngörülen 'ortak sorumluluk mekanizması'nın amacı, AB üyesi olmayan AİHS'ye taraf devletler tarafından veya bireysel başvuru yöntemiyle AİHM'ye yapılan müracaatların AB'ye ve/veya AB üyesi devletlere doğru bir şekilde bildirilmesini (AB'nin davaya taraf olması) içermektedir.<sup>40</sup> Burada eğer başvuru yapıldığında başvurunun

<sup>37</sup> 13 Haziran 2014 tarihli Hukuk Sözcüsü Kokott'un ABAD'a sunduğu görüşün [119] ve [120] numaralı paragrafları, OJ C 65, 23.02.2015, s. 2.

<sup>38</sup> AİHS'nin "Çekince" başlıklı 57. maddesinde; "1. Bu Sözleşme'nin imzası ve onaylama belgesinin sunulması sırasında her devlet, Sözleşme'nin belirli bir hükmü hakkında, o sırada kendi ülkesinde yürürlükte olan bir yasanın bu hükme uygun olmaması ölçüsünde bir çekince kaydı koyabilir. Bu madde genel nitelikte çekinceler konmasına izin vermez.

2. Bu maddeye uygun olarak konulacak her çekince, sözü edilen yasanın kısa bir açıklamasını içerir" düzenlenmesi yer almaktadır.

<sup>39</sup> Paragraf [220].

<sup>40</sup> AİHS'nin "üçüncü taraf sıfatıyla davaya katılma" başlıklı 36. maddesinde; "1. Kendi vatandaşlarından birinin başvuru komününde olması halinde, her Yüksek Sözleşmeci Taraf, Daire ve Büyük Daire önündeki davalarda yazılı görüş sunma ve duruşmalara katılma hakkına sahiptir.

2. Mahkeme başkanı, adaletin gereği gibi yerine getirilmesi amacıyla, davaya taraf olmayan herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ı ya da başvuru dışında davaya ilgili her kişiyi yazılı görüş sunmaya veya duruşmalara katılmaya davet edebilir.

muhatabı olan potansiyel ortak sorumluya başvurunun yöneltmemesi durumunda sorun çıkar. Müzakereler sürecinde bu mekanizmanın ihtiyari veya zorunlu kılınmasına yönelik tartışmalar olmuştur (Polakiewicz, 2013: 598). Sonuçta, Taslak Anlaşma'da bunun ihtiyari olmasına ve AB'nin koşulların oluşması durumunda ortak sorumlu (taraf) olmasına yönelik kendisinin bir talebi üzerine bu mekanizmanın işlemesine yönelik bir düzenleme öngörülmüştür. Taslak Anlaşma'ya göre AİHS'ye taraf devletlerin AİHM kararı veya yapılan başvurunun kendilerine bildirilmesi üzerine davaya katılmayı kabul etmeleri ile davaya taraf olunabilecektir. AB veya AB üyesi devletlerin AİHM önünde bu şekilde açılan bir davaya taraf olabilmeleri açısından usul olarak AİHM tarafından AB ve üye devletler arasındaki yetki dağılımının da dikkate alınarak bu yönde karar verilmelidir. Bu durumda, AİHM'nin bu mekanizmanın işleyişindeki rolü nedeniyle, AİHM'nin alacağı tutum AB ve AB üyesi devletler arasındaki yetki dağılımını etkileme riskini taşımaktadır. Bunu da ABAD uygun bulmamıştır.

#### 2.4. Avrupa Birliği Adalet Divanının Ön Denetim Yöntemi (Prior involvement of the EU)

Taslak Anlaşma'nın 3(6) maddesinde, AB kurumlarına belli bir konudaki AB mevzuatının AİHS'ye uygunluğuyla ilgili görüşlerini ortaya koyma imkânının verilmesi amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda, AİHM önünde görülmekte olan bir davada AB kurumlarının AB mevzuatını ilgilendiren ve aynı zamanda AİHS'ye aykırılık iddiası içeren durumlarda müdahale etme imkânı getirilmek istenmiştir. Bu mekanizma ile AB kurumları ilgili AB mevzuatının AİHS'ye aykırılık sorununun daha önce ABAD tarafından çözümlenmediğini inceleme ve eğer çözülmemişse sorunu ABAD'a götürerek orada çözüme kavuşturma yönünde bir imkân elde etmektedir. Sorunun ABAD'a taşınması durumunda, ABAD'a bahis konusu olan AB mevzuatının AİHS'ye aykırılığı iddiasını inceleyecek yeterli bir zaman diliminin de tanınması önem taşır. Bahse konu mevzuda ABAD'ın daha önce bir karar verip vermediğinin de AB kurumları tarafından dile getirilmesi ve eğer ABAD'ın söz konusu hususta daha önce verdiği bir karar var ise bunun AİHM açısından bağlayıcı olması gerekmektedir. Aksi durum, ABAD'ın daha önce verdiği bir kararın yorumlanmasının AİHM'e transfer edilmesi anlamına gelmektedir.<sup>41</sup> ABAD sonuç olarak, Taslak Anlaşma'nın 3(6) maddesinin mevcut haliyle AİHM önünde görülen davalar açısından AB'nin 'tam ve sistematik' olarak bilgilendirilmesini temin etmediğini belirtmiştir.<sup>42</sup> Bu bilgilendirme ile AB'nin ilgili kurumları açısından AİHM önünde görülmekte olan davalarda (AB mevzuatının AİHS'ye aykırılığı iddiasının olduğu davalarda) söz konusu mekanizmayı işletme imkânı doğacaktır.

Bu yöntem ile AB hukukuyla ilgili bir sorunu da barındıran ancak ABAD tarafından daha önce bir çözüme bağlanmamış olan AİHM önünde görülmekte olan davalarda ABAD'a ön denetim açısından bir imkân tanınmıştır. Ancak Divana göre, Taslak Anlaşma ikincil mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili bir mevzuda ABAD'a konunun taşınması ihtimalini göz ardı etmiştir. AİHS önünde görülmekte olan davalarda ABAD'ın bu ön denetimi yapma ihtiyacı sadece AB mevzuatının geçerliliğinin söz konusu olduğu durumlarda değil, ayrıca AB mevzuatının yorumlanmasıyla ilgili durumlarda da söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, AİHM önünde görülen davalar açısından AB'nin 'tam ve sistematik' olarak

3. *Bir Daire veya Büyük Daire önündeki her davada Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri yazılı görüş sunabilir ve duruşmalara katılabilir*" düzenlenmesi yer almaktadır.

<sup>41</sup> *Opinion 2/13*, [238] ve [239] numaralı paragraflar.

<sup>42</sup> *Opinion 2/13*, [241] numaralı paragraf.

bilgilendirilmesini temin edecek ve AİHM önünde görülmekte olan AB hukukunun yorumlanmasını ilgilendiren davalarda da bu yöntemin işletilmesini öngörecektir şekilde Taslak Anlaşma'nın yeniden ele alınması gerekmektedir.

## 2.5. Avrupa Birliği Ortak Dış ve Güvenlik Politikası Konularıyla Alakalı Sorunlar

Son olarak ABAD 2/13 sayılı görüşünde, AB ortak dış ve güvenlik politikası konularıyla alakalı sorunlar açısından yargısal denetimin kendine özgü niteliğini dikkate almıştır. AB ortak dış ve güvenlik politikası kapsamında alınan bazı kararlar ABAD'ın yargı denetimi kapsamı dışında tutulmuştur. ABAD'ın yargı yetkisinden muaf tutulan en önemli şey, ortak dış ve güvenlik politikasıdır. Yasama tasarruflarını içermeyen bu politika, Birlik Dışişleri ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi ile üye devletler tarafından Antlaşmalara uygun olarak yürütülür.

AB Antlaşmasının 24. maddesine göre yargı muafiyeti, Avrupa Birliği Zirvesinin, Konseyin ve aynı zamanda Komisyon üyesi de olan Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisinin kararlarını ilgilendirir. ABİHA'nın 275. maddesine göre, Avrupa Birliği Adalet Divanı, ortak dış ve güvenlik politikasına ilişkin hükümler veya bu hükümler temelinde kabul edilen tasarruflar konusunda yetkili değildir. Ancak Divan, Avrupa Birliği Antlaşmasının 40. maddesine uyulup uyulmadığının kontrol edilmesine ve Konsey tarafından Avrupa Birliği Antlaşmasının V. Başlığının 2. Bölümü temelinde gerçek veya tüzel kişilere karşı kabul edilen kısıtlayıcı tedbirler öngören kararların hukuka uygunluğunun denetlenmesine ilişkin olarak, ABİHA'nın 263. maddesinin 4. paragrafında öngörülen şartlara uygun olarak açılan davalarda karar verme yetkisine sahiptir.

Bununla birlikte, Taslak Anlaşma'ya göre AİHM AB ortak dış ve güvenlik politikası kapsamında gerçekleştirilen işlem ve eylemlerin AİHS'ye uygunluğunu denetleyebilecektir. Divan'a göre, ABAD'a yargı yetkisi tanınmayan bu konularda AİHM'ye yargı yetkisi tanımak bir anlamda AB organı olmayan AİHM'ye münhasır bir yargı yetkisi tanımak anlamına gelir.<sup>43</sup> Divan bu durumu kabul edilemez olarak değerlendirmiştir. Bu nedenle Taslak Anlaşma, AB ortak dış ve güvenlik politikası kapsamında gerçekleştirilen işlem ve eylemlerin yargısal denetimine ilişkin AB hukukunun özel düzenlemelerini dikkate almamıştır. Bununla birlikte Hukuk Sözcüsü *Kokott*, ABAD'ın yargı yetkisi dışında tutulan AB ortak dış ve güvenlik politikası kapsamında gerçekleştirilen işlem ve eylemlerin yargısal denetiminin üye devletlerin ulusal mahkemelerince yerine getirileceğinden bireylerin etkin yargısal koruma altında olduğunu, ayrıca AİHM'ye ABAD'a nazaran daha kapsamlı bir yargı yetkisi tanınmasının AB'nin uluslararası yapısını tehlikeye atmayacağını ve bahse konu mevzuda bir yargı yetkisi ihtilafının çıkmasının söz konusu olmadığını dile getirmiştir.

ABAD'ın bireysel hakların daha etkin korunmasını sağlayacak şekilde AB vatandaşlarının AB ortak dış ve güvenlik politikası kapsamında gerçekleştirilen işlem ve eylemlerin yargısal denetimine ilişkin AİHM'ye başvuru olanağını da elde etmelerine karşı çıkma anlamına gelen bu görüşü ikna edici değildir. Kaldı ki ABAD'ın bu argümanının, AB ortak dış ve güvenlik politikası kapsamında gerçekleştirilen işlem ve eylemlerin Lahey Uluslararası Adalet Divanı önünde yargısal denetime tâbi olması halinde problem yaratması da söz konusudur.

<sup>43</sup> *Opinion 2/13*, [255] numaralı paragraf.

## SONUÇ

ABAD yaptığı değerlendirmeler sonucunda AB'nin AİHS'ye katılımını öngören Taslak Anlaşmanın AB hukukuna uygun olmadığını belirtmiştir. Bu kanaatini ortaya koyarken Divan 2/13 sayılı görüşünün önemli bir kısmını AB hukukunun 'kendine özgü niteliklerine' vurgulayarak ortaya koymuştur. Kendine özgü nitelikler olarak da AB hukukunun üstünlüğü, doğrudan etkisi, sınırlı yetki ilkesi, kurumsal yapısı,<sup>44</sup> sadakat ilkesi ve karşılıklı güven ilkesi<sup>45</sup> ve temel hakları koruma isteği gösterilmiştir. Divan, AB hukukunun gerek üye devletlerin ulusal hukuku gerekse uluslararası hukuk karşısındaki özerkliğinin altını çizmiştir.<sup>46</sup> AB hukukunun özerkliği ile kendine özgü niteliklerinin yanı sıra AB hukukunun yorumlanması ile yeknesak, tutarlı bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere bir yargı düzeni de oluşturulmuştur. Bu yargı düzeni açısından da ön karar usulü temel bir işlev görmektedir. Özetle, söz konusu Taslak Anlaşma, AB hukukunun bazı niteliklerini göz ardı ettiğinden ve bazı kaygıları karşılayacak şekilde düzenlenmediğinden tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir. Burada bir yandan ABAD'ın anılan görüşünün hukuki ve politik boyutlarının, bir yandan da ABAD ile AİHM arasındaki üstünlük mücadelesinin izlerini görmek mümkündür. Bu nedenle, ABAD'ın 2/13 sayılı görüşünün politik açıdan etkilerinin olduğu da bir gerçektir.

AB'nin mevcut yapısını belirleyen 2009 tarihli Lizbon Antlaşması'nda, AİHS'ye taraf olmak bir hedef olarak belirlenmiştir. AB liderleri de sözleşmeye katılıma 2013'te yeşil ışık yakmıştı. ABAD'ın 2/13 sayılı görüşünde ortaya koyduğu temel problemlerin aşılması ise kolay olmayacaktır. Örneğin, ABAD'ın AB açısından AİHS'de tanınan hak ve özgürlüklerin koruma düzeyini (sınırını) AB'nin Temel Haklar Şartında tanınan hak ve özgürlüklerin sınırları olarak değerlendirmesi AİHS'nin amaç ve hedefleriyle uyumlu değildir.

Bununla birlikte ABAD'ın 2/13 sayılı görüşünün hiçbir kısmında AB'nin AİHS'ye katılımına karşı çıkılmamış, bu bağlamda kapılar kapatılmamış veya AİHM'yi veya içtihadını eleştiren bir argüman ileri sürülmemiştir. Sonuç olarak, ABAD'ın 2/13 sayılı görüşünde ortaya konulan görüşlerin muhatabı AB'nin AİHS'ye katılımına ilişkin Taslak Anlaşma'nın hazırlanmasında etkin rol alan AB yetkilileridir. Bu nedenle, AB yetkililerinin ABAD'ın 2/13 sayılı görüşünde belirtilen kaygıları giderecek değişiklikleri yapmaları beklenmektedir. Ancak anılan kararda ifade edilen bazı gerekçelerin karşılanması oldukça zor görünmektedir. Örneğin, ABAD, Taslak Anlaşmanın ABİHA ile uyumluluğunun ancak, AB hukuku bağlamında AİHS'nin uygulanmasıyla ilgili AB üyesi devletlerle AB arasında veya AB üyesi devletler arasında nüksedecek ihtilaflar yönünden AİHM'nin yargı yetkisinin açıkça hariç tutulması halinde mümkün olacağını belirtmiştir. AB'nin bağıtladığı uluslararası anlaşmalarda, ABİHA'nın 344. maddesiyle tezat teşkil eden durumlarla ilgili bu yönde bir istisna düzenlemesi, sık rastlanan bir durum değildir. Öte yandan, böyle bir istisna düzenlemesinin tek başına AB hukukunun özerkliğini sağlaması da kuşkuludur.

<sup>44</sup> *Opinion 2/13*, [165] ve [166] numaralı paragraflar.

<sup>45</sup> *Opinion 2/13*, [168] numaralı paragraf.

<sup>46</sup> *Opinion 2/13*, [170] numaralı paragraf.



**KAYNAKÇA**

- COSTELLO Cathryn, (2006). ‘The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe’, **Human Rights Law Review**, Vol. 6, Nu.1, ss. 87-130, s. 91.
- CREMONA Marise, (2010). ‘Defining Competence In EU External Relations: Lessons from the Treaty Reform Process’, Editörler: **Alan Dashwood and M. Maresceau**, **Law and Practice of EU External Relations – Salient Features of a Changing Landscape**, Cambridge University Press, Cambridge s. 47
- DE HERT Paul and Korenica Fisnik, (2012). ‘The Doctrine of Equivalent Protection: Its Life and Legitimacy Before and After the European Union’s Accession to the European Convention on Human Rights’, **German Law Journal**, Vol. 13, Nu. 7, ss. 874-895, s. 889.
- DE VRIES, Sybe A., (2013). ‘EU and ECHR: Conflict or Harmony?’, 9(1) **Utrecht Law Review**, Vol. 78, Nu. 1, ss.78-79.
- DOBLHOFF-DIER Rosmarie and Kusmierczyk Sandra, (2013). ‘Present and Future Relations between the ECJ and the ECtHR with Special Consideration to the Draft Accession Agreement’, **Vienna International Constitutional Law Journal**, Vol. 7, Nu. 3, s. 351.
- DOUGLAS-Scott Sionadh, (2011) ‘The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon’, **Human Rights Law Review**, Vol. 11, Nu. 4, ss. 645-682, s. 645.
- GREER Steven and Williams Andrew (2009), ‘Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards “Individual”, “Constitutional” or “Institutional Justice”?’’, **European Law Journal**, Vol. 15, Nu.4, ss. 462-481, s 464.
- JACQUÉ Jean Paul, (1993). ‘The Convention and the European Communities’, Editörler: **Macdonald, Matscher and Petzold**, **The European System for The Protection of Human Rights**, Nijhoff, s. 889.
- HARPAZ Guy, (2009). The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: The quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy, **Common Market Law Review**, 46, ss. 105-141. s.114-115.
- KUHNERT Kathrin, (2006). ‘Bosphorus – Double standards in European human rights protection?’ **Utrecht Law Review**, Vol. 2, Nu. 2, ss. 177-189, s. 186;
- LOCK Tobias, (2010). ‘Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights’ Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the

European Convention on Human Rights' **Human Rights Law Review**, Vol. 10, Nu. 3, ss. 529-545, s. 529.

LOCK Tobias, (2012). 'End of an epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR', **Yearbook of European Law** 162, Vol. 31, Nu. 1, ss. 162-197.

PEERS Steve, Hervey Tamara, Kenner Jeff and Ward Angela, (2004). **The EU Charter of Fundamental Rights The EU Charter of Fundamental Rights A Commentary**, Hart Publishing, London.

PESCATORE Pierre, (1988). 'La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme', Editörler: **Franz Matscher ve Herbert Petzold, Protecting human rights: the European dimension: studies in honour of Gérard J. Wiarda**, Carl Heymanns Verlag KG, s. 450.

PİELMANN Dean, (1999). "Human rights case law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, inconsistencies and complementaries", Editörler: **P. Alston, M. Butselo & J. Heenan, The EU and Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, s. 757-780.

POLAKIEWICZ Jörg, (2013). 'EU law and the ECHR: Will the European Union's Accession square the Circle?', **European Human Rights Law Review**, ss. 592-605.

SALTİNYTE Loreta, (2010). 'European Union Accession to the European Convention on Human Rights: Stronger Protection of Fundamental Rights in Europe?' **Jurisprudencija/Jurisprudence**, 2 (120) ss. 177-196, s. 185-186 ([https://www.mruni.eu/lt/mokslo\\_darbai/st/archyvas/dwn.php?id=257191](https://www.mruni.eu/lt/mokslo_darbai/st/archyvas/dwn.php?id=257191)) (10.01.2015).

SCHERMERS Henry, (1978). "The European Communities under the European Convention on Human Rights", **Legal Issues of Economic Integration**, Cilt: 5, Sayı: 1, ss. 1-8.

VERSTICHEL Annelies, (2005). 'European Union Accession to the European Convention on Human Rights', Editörler: **Paul Lemmens and Wouter Vandenhole, Protocol No 14 and the Reform of the European Court of Human Rights**, Intersentia Publishers, Antwerpen, s. 128.

ZWANENBURG Marten, (2005). **Accountability of Peace Support Operations**, Leiden and Boston: Martinus Nijhoff Publishers, s. 111.

## YÜKSEKÖĞRETİM VE İNSAN HAKLARI: BİTMEYEN BİR TARTIŞMA

Doç Dr. Nezir Akyeşilmen\*

### ÖZET

Eğitim hakkı hem ulusal hem de uluslararası düzeyde son yıllarda ana gündem konularından birisi olmayı başardı. Uluslararası insan hakları belgeleri, eğitimi temel bir insan hakkı olarak tanımlarken, verilecek eğitimin de insan hakları ilke ve prensiplerine uygun olması gerektiğini belirtmektedirler. Fakat yükseköğretimin evrensel bir insan hakkı olup olmadığı konusunda literatürde derin görüş ayrılıkları var. Kimisi yükseköğretimi bir insan hakkı olarak tanımlarken, başkası bunun tartışılmalı olduğunu ileri sürebilmektedir. Söz konusu tartışma sadece eğitim hakkının tanımı ile sınırlı olmayıp doğası, kapsamı ve niteliğiyle de ilgilidir. Bu çalışma yükseköğretim ve insan hakları bağlamında birkaç temel soruya cevap aramaya çalışmaktadır: Yükseköğretim evrensel bir insan hakkı mıdır? Hak-temelli bir yükseköğretim nasıl olmalıdır? Üniversitede akademik özgürlük ve kurumsal özerklik bu tartışmanın neresinde yer almaktadır? Bu çalışmanın ulaştığı veriler dikkate alındığında, akademik özgürlüğün üniversitelerde önemsendiği fakat yeterince tartışılmadığı, çalışılmadığı ve öncelenmediği açıkça görülecektir. Bu kısa çalışma, söz konusu sorunların aşılması için bir takım öneriler sunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Eğitim Hakkı, Yükseköğretim, İnsan Hakları, Akademik Özgürlük, Katılımcılık

## HIGHER EDUCATION AND HUMAN RIGHTS: UNENDING DISPUTE

### ABSTRACT

Right to education has succeeded to be one of the main agenda at both national and international levels in recent years. While international human rights documents accept education as one of the basic human rights, education also needs to be compatible with the human rights norms and principles. Yet there are sharply different approaches in the literature on whether higher education is a universal human right or not. Some consider it as human rights while some others claim that it's discussible. This discussion is not limited with definition of the right to education but also related to its nature, content and the quality. This paper tries to answer some basic questions on the relationships between higher education and human rights: Is higher education a universal human right? How does a rights-based higher education needs to be? Where do the academic freedom and institutional autonomy of university stand in this discussion? When the data accessed in this study are taken into consideration, it is clear that academic freedom is cared about, yet it is not adequately discussed, studied and prioritized. This piece of work comes up with some recommendations to overcome the mentioned problems.

**Key Words:** Right to Education, Higher Education, Human Rights, Academic Freedom, Participation

---

\* Selçuk Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi, nezmen@yahoo.com

## GİRİŞ

Eğitim ve insan hakları arasındaki ilişki oldukça komplikedir. Eğitimin, özellikle yükseköğretimin, literatürde insan hakkı olup olmadığı tartışılırken, başta Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi (EİHB-1948) olmak üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1952) 1 No'lu Protokolü, Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme (1960), Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Anlaşması(1976) ve Çocuk Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası başlıca insan hakları belgelerinde bir insan hakkı olarak tanımlanmaktadır. Eğitim hakkını ve içeriğini detaylı bir şekilde tanımlayan EİHB (26. madde), eğitimi bir insan hakkı olarak tanımladıktan sonra, verilecek eğitimin nasıl olması gerektiğini de detaylıca açıklamaktadır:

1. *Herkes, eğitim hakkına sahiptir. Eğitim, en azından ilk ve temel öğrenim aşamalarında parasızdır. İlköğretim zorunludur. Teknik ve mesleki eğitim herkese açıktır. Yüksek öğrenim, yeteneğe göre herkes için eşit olarak ulaşılabilir olmalıdır.*

2. *Eğitim, insan kişiliğinin tam geliştirilmesine, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmeye yönelik olmalıdır. Eğitim, bütün uluslar, ırklar ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu yerleştirmeli ve Birleşmiş Milletlerin barışı koruma yolundaki etkinliklerini güçlendirmelidir.*

3. *Ana-babalar, çocuklarına verilecek eğitimi seçmede öncelikli hak sahibidir.*

Eğitim ve insan hakları arasındaki tartışmalı ilişki şüphesiz ki tanımlamayla sınırlı değildir. İnsan hakları ruhsat niteliğinde olmasına rağmen -yani kişi isterse kullanır isterse kullanmaz- EİHB 26. maddesinin temel eğitimi zorunlu görmesi ayrı bir tartışma konusudur. Diğer taraftan eğitim hakkı, pozitif bir insan hakkı olarak sınıflandırılıyorken, negatif haklar gibi toplumun ivedi bir yükümlülüğü olarak kabul edilmesi, eğitim hakkını daha da karmaşık bir hale getirmektedir. EİHB 26. maddesi, yükseköğretim dahil, eğitimi bir insan hakkı olarak tanımlarken, verilecek eğitimin insan kişiliğinin tam geliştirilmesine, insan haklarına saygıyı ve küresel barışa hizmet edecek nitelikte olmasını da eğitim hakkının bir bileşeni olarak kabul etmektedir.

Felsefi açıdan eğitim hakkının bir insan hakkı olup olmadığı tartışılırken, yukarıda tartışıldığı gibi, hukuki anlamda bir hak olarak tanımlanması, uluslararası insan hakları belgeleriyle sabittir. Eğitim ve insan hakları bağlamında en tartışmalı konuların başında yükseköğretimin bir insan hakkı olup olmadığı gelmektedir. Kimisi, yükseköğretimin bireysel kazanç sağladığından kişiler maliyetini yüklenmeli derken, bunun bireysel değil kamu yararına olduğunu savunanlar ise, yükseköğretimin evrensel bir insan hakkı olarak tanımlanması gerektiğini ileri sürerler (McCowan, 2012:111). Fakat şu da bir gerçektir ki; kamu yararı bir insan hakları kavramı değildir. Aksine, insan haklarında öncelenen şey, kamu yararı değil, kişi yararı ile temel hak ve özgürlükleridir. İkisi arasında bir çatışma olması durumunda hükümetler insan haklarını sınırlandırma yoluna gitse de, insan hakları anlayışında ve felsefesinde öncelikli olan kişi hak ve hürriyetleridir.

Bu makalede iki konu üzerinde durulacaktır. Birincisi, yükseköğretimin evrensel bir insan hakkı olup olmadığı uluslararası insan hakları belgeleri ışığında irdelenecek ve ikincisi, insan haklarına uygun başka bir deyişle hak-temelli bir yükseköğretimin özellikleri tartışılacaktır.

## 1. Yükseköğretim Bir İnsan Hakkı Mı?

*1888 yılında ilk defa bir kadın Britanya üniversitelerinde hukuk eğitimi almak için Oxford'da yeni kurulan Somerville Kolejine başvurdu. O kadın, Hindistan'ın ileri gelen bir ailesinden ve emperyal Britanyanın bir vatandaşı olan Cornelia Sorabji'dir. Somerville'nin diğer kadınları gibi, Sorabji de herhangi bir dini sınav ya da zorunluluğa tabi değildi. Fakat o zamanlar, 1920 yılına kadar kadınlar Oxford'a kabul edilmiyorlar ve diploma alamıyorlardı. Bu sınırlamaya rağmen, Cornelia Sorabji hukuk sınavlarına erkeklerle beraber girebilmek için yetkililer nezdinde başarılı bir mücadele verdi. Fakat barolar da kadınları üyeliğe kabul etmedikleri için, ilk denemelerde avukat olma hakkı reddedilmesine rağmen, daha sonra Hindistan'da bu mesleği elde etmeyi başardı* (Osler, 2012: 295).

127 yıl önce meydana gelmiş olan bu kısa hikâyede başta ayrımcılık olmak üzere, eğitim hakkının (yükseköğretim hakkının) ihlali, cinsiyet ayrımcılığı, çalışma hakkının ihlali, eşitlik ve özgürlüklerinin yok sayılması, insanlık onurunun zedelenmesi gibi bir dizi kişi hak ve hürriyetleri yok sayılmaktadır. Sorabji gibi kişilerin onur ve hak mücadeleleri, insan haklarının bugünkü kapsamlı ve yaygın bir boyuta gelmesinde önemli rol oynamıştır. O gün cinsiyet temelli ayrımcılık nedeniyle yükseköğretim hakkından yoksun bırakılan Sorabji gibi, bugün de dünyanın çeşitli bölgelerinde başka tür ayrımcılıklarla insanlar bu haklarından mahrum bırakılabilmektedir. Fakat uluslararası insan hakları hukukunda yükseköğretimi de kapsayan eğitim hakkı evrensel bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir.

İnsan hakları, insan olması hasebiyle herkesin eşit bir şekilde sahip olduğu ya da olması gerektiği, kişinin insanca yaşamasını sağlayan ve insanlık onurunu korumayı amaçlayan evrensel ve ahlaki normlardır (Madigan, 2004: 74-77; Haule, 2006:368). Bu çerçevede bütün insanlar insanlık onuru ve hakları bakımından eşit ve özgür doğarlar (EİHB, Madde,1). Temelinde özgürlük ve eşitlik olan insan hakları kişiler açısından bir ruhsattır, kullanımı kişinin özgür iradesine bırakılmıştır. Kişi isterse haklarını kullanır, istemezse kullanmaz. Oysa 2009 yılında dünya geneline bakıldığında yükseköğretim çağında olup eğitim gören öğrenci oranı %27'dir (Globalhighered, 2011). Cevabı bulunması gereken soru, geri kalan insanların %73'nün tamamı ya da bir kısmı bu hakkını kullanmak istemiyor mu yoksa bu hakkını kullanamıyor mu? Yani iradesi dışında bu hakkından mahrum mu bırakılmaktadır?

Yükseköğretim, başlıca uluslararası insan hakları belgelerinin eğitim hakkını düzenleyen maddelerinde hep zikredilmiştir. EİHB 26. maddesinin 2. fıkrasında "Yükseköğrenim, yeteneğine göre herkes için eşit olarak ulaşılabılır olmalıdır" hükmü yer almaktadır. Aynı şekilde, Uluslararası Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin madde 13-c fıkrası da, "Yüksek öğrenim, özellikle başlangıçta verilecek ücretsiz geliştirme eğitimi gibi her türlü uygun vasıtalarla, yetenek ölçüsüne göre herkesin eşit olarak yararlanmasına açık duruma getirilir" şeklinde düzenlenmiştir. Hem Beyanname hem de Sözleşme yükseköğretim ile ilgili hususları eğitim hakkı çerçevesinde değerlendirdiğinden

yükseköğretimin evrensel bir hak olup olmadığı konusundaki tartışmaya ışık tutmaktadır. Kısacası, başlıca uluslararası insan hakları düzenlemelerinde eğitim hakkı yükseköğretimi de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir (Benedek, 2012: 43). Fakat insan hakları insan olmamız hasebiyle hiçbir ön şart aranmaksızın sahip olunan haklardır. Peki, yükseköğretim hakkından yararlanmak için yetenek ya da başka herhangi bir şart ileri sürülebilir mi? Bu sorunun cevabı insan hakları kuşakları ya da gruplarında gizlidir.

## 1.1. İnsan Hakları Gurupları: Ayrı Fakat Ayrılmaz

İnsan hakları evrensel ve bir bütün olarak kabul edilmesine (Viyan Deklarasyonu ve Eylem Planı,1993: Par. 5) rağmen, hakların niteliğinin daha iyi anlaşılabilmesi için literatürde farklı temellerde gruplandırılırlar. Bu çerçevede, ortaya çıkış ve gelişim tarihleri ve temellendirildikleri felsefi dayanaklarına göre dört kuşağa ve devletle ilişkilerine göre de negatif ve pozitif haklar şeklinde sınıflandırılırlar. 17. ve 18. yüzyıl liberal aydınlanmacı felsefeye dayalı haklar, kapitalist Batılı ülkelerin önceledikleri birinci kuşak haklar ya da Sivil ve siyasal haklar olarak tanımlanırken, 19. yüzyıl eşitlikçi sosyalist düşünceye dayalı haklar ise, Sosyalist ülkelerin daha çok önemseydiği ikinci kuşak haklar ya da Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olarak kabul edilirler. Üçüncü dünya ülkelerinin desteklediği üçüncü kuşak haklar ya da uzlaşma hakları ve dördüncüsü, tartışmalı da olsa bazıları tarafından ileri sürülen bilişim ve iletişim hakları ve bazılarına göre ise bu kategorideki haklar genetik mühendisliği ile ilgili hak grupları daha çok 20. yüzyılda geliştirilmiştir (Pavel, 2012: 873-883; Cornescu, 2009).

### 1.1.1. Birinci Kuşak Haklar ya da Negatif Haklar

Birinci kuşak haklar 17 ve 18. yüzyıllarda gelişen liberal aydınlanmacı felsefeye dayanır. Devlete karşı bireyin özgürlüklerini merkeze alan bu haklar daha ziyade sivil ve siyasal hakları kapsamaktadır. Bu çağlarda devletin fazla müdahaleci politikalarını ve mutlak egemenlik anlayışını sorgulamaya başlayan filozoflar, yöneten-yönetilen ilişkisinde yönetilenin rızası ve haklarının korunması fikrini savundular. İktidar mutlakiyetçiliğinin sınırlandırılabilmesi, keyfiliğin ortadan kaldırılması ve yönetilenlerin rızasının yansımaları olarak zamanla yönetime katılma hakkı ile ilgili siyasal haklar düşüncesi yaygınlaştı. Bireyin özerkliği, kendini etkileyen süreçlere katılım ve iktidarı sınırlandırma düşüncesi ile birlikte kişisel özgürlük ve bireyin devletin müdahalesinden korunması düşüncesi gelişti. Literatürde *sivil ve siyasal haklar* olarak tanımlanan bu haklara aynı zamanda *özgürlük hakları* ve liberal felsefeye dayandıkları için *liberal haklar* diyenler de vardır.

Farklı temellere dayandırılarak değişik isimler altında gruplandırılan birinci kuşak hakların devlet ile ilişkisi yönüyle negatif haklar da denir. Bu hakların özü "*-den özgür olma*"dır. Burada ifade edilen şey baskıdan, işkenceden, sınırlandırılmadan, yasaktan, ayrımcılıktan, dışlanmadan, adaletsizlikten, kölelikten, kendini ifade etmektен ve bütün bunları yapma gücüne sahip örgütlü yapı olan *devlet'ten özgür* değildir. Başka bir ifade ile, birincil kuşak hakların en belirgin özelliği özgürlük fikridir(Sastry, 2011: 15-16). Bu haklar devlet müdahalesinin yokluğunu öngörür. Bu hak grubunun özü, devlet "gölge etmesin başka ihvan istemez" şeklinde formüle edilebilir.

Birinci kuşak haklar ya da negatif haklar başta Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi (EİHB)'nin 3-21. maddeleri ve Uluslararası Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (1976) ile

düzenlenmiştir. Kişilerin eşit ve özgür bir şekilde bu haklardan yararlanması ve devletlerin bu haklara saygı göstermesi ve onları ivedilikle sağlaması gerekir. Uluslararası Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ikinci maddesi bu gerçeği şöyle ifade etmektedir:

*1. Bu Sözleşme 'ye Taraf her Devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.*

*2. Mevcut mevzuatta ve diğer yasal tedbirlerde henüz düzenleme bulunmayan durumlarda, bu Sözleşme'ye Taraf her Devlet, kendi anayasal kurallarına ve bu Sözleşme'nin hükümlerine uygun olarak, bu Sözleşme'de tanınan hakların uygulanmasını sağlamak bakımından gerekli olan yasama ve diğer tedbirleri almakla yükümlüdür.*

Uluslararası insan hakları belgelerinde ifade edilen başlıca sivil ve siyasal haklar ya da özgürlük haklarından bazıları şöyle ifade edilmiştir (Donnelly, 1986: 607): Özgürlük ve güvenlik hakkı; yaşama hakkı; özel mülkiyet hakkı; yaşama hakkı; kölelik yasağı; adil yargılanma hakkı; işkence yasağı; din ve vicdan özgürlüğü; ifade özgürlüğü; örgütlenme özgürlüğü; seyahat hakkı; kişiliğinin tanınması hakkı; hukuk önünde eşitlik; seyahat hakkı; demokratik katılım hakkı ve iltica hakkı.

### 1.1.2. İkinci Kuşak Haklar ya da Pozitif Haklar

İkinci kuşak haklar 19. yüzyılda sosyalist gelenekten etkilenmiş, sanayileşme ve işçi sınıfının gelişmesi ve mücadelesi sonucu ortaya çıkmıştır. Sanayileşmeyle birlikte ortaya çıkan işçiler ve şehirlere yoğun göç sonucu artan işsizlik ve emek sömürüsü neticesinde artan gelir adaletsizliği, aşırı fakirlik ve yoksulluk beraberinde yeni ihtiyaçlar doğurmuştur. İnsanlık onurunu korumak için özgürlüğün tek başına yeterli olmadığı, yeme, giyinme ve barınma gibi temel ihtiyaçların karşılanamaması ve insanlık onuruna yakışır bir hayatın sürdürülememesinin de insanlık onurunu zedelediği gerçeği fark edilmiştir. Bu haklar, temel ihtiyaçları karşılamaya yönelik olduğu için refah hakları olarak da adlandırılmaktadır ( Kara, 2014: 73-74). Diğer taraftan önemli bir kısmı sosyal adaleti sağlamaya yönelik haklar olması hasebiyle eşitlik hakları olarak da bilinirler.

Sosyal, ekonomik ve kültürel haklar olarak da bilinen bu hakların sağlanabilmesi için topluma pozitif bir sorumluluk düşmektedir. Birinci kuşak haklarda toplum sorumluluğu saygı duyma ve koruma ile sınırlı iken, ikinci kuşak haklarda toplumun sorumluluğu maliyeti yüklenme şeklindedir. Bu hakların sağlanabilmesi topluma ya da devlete mali bir yükümlülük getirmektedir. Yani devletin pozitif bir yük yüklenmesi gerekmektedir ki; bu nedenle bu haklara aynı zamanda *pozitif haklar* da denmektedir. Birinci kuşak hakların aksine bu hakların sağlanmasında devletin müdahalesi gerekmektedir.

Bu haklar genel olarak Uluslararası Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (1976) ve Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi(EİHB)'nin 22-27. maddelerinde düzenlenmiştir. Uluslararası insan hakları belgeleri, birinci kuşak hakların tüm devletler tarafından herkes için eşit ve ivedilikle sağlanması talep edilirken, pozitif hakların her ülkenin kendi kaynakları mesabesinde ve tedrici olarak sağlanması talep edilmektedir. Bu durum

Uluslararası Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ikinci maddesinde şöyle ifade edilmiştir:

1. *Bu Sözleşme'ye Taraf her Devlet, münferiden ve ekonomik ve teknik plan başta olmak üzere uluslararası yardım ve işbirliği yoluyla, mevcut kaynakların azamisini kullanarak, bilhassa yasal düzenleme suretiyle alınacak tedbirleri de içerecek şekilde her türlü uygun yöntem vasıtasıyla, bu Sözleşme'de tanınan hakların tam olarak kullanılmasını aşamalı olarak sağlamak amacıyla tedbirler almayı taahhüt eder*[vurgu yazar tarafından yapılmıştır].

2. *Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu Sözleşme'de belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler.*

3. *Gelişmekte olan ülkeler, insan haklarını ve kendi ulusal ekonomilerini dikkate alarak*[vurgu yazar tarafından yapılmıştır], *bu Sözleşme'de tanınan ekonomik hakları hangi ölçüde yabancılara da vereceklerini belirleyebilirler.*

Kişiler kendilerini tam olarak gerçekleştirebilmek ve potansiyellerini yansıtabilme için yeme, giyinme, barınma, **egitim**, evlenme, sosyal güvenlik ve sağlık gibi *sosyal haklara*; sendikal haklar, çalışma hakkı, ücretli tatil yapma hakkı, yaşlılar, muhtaçlar, engelliler, kimsesiz çocuklar ve sosyal güvencesi olmayanlar gibi hassas grupların ya da kişilerin insanlık onuruna yakışır derecede bir hayat sürmesi için asgari bir yaşam standartları sağlayan *ekonomik haklara* (Donnelly, 1986: 607)ve toplumsal hayata tam anlamıyla katılabilmek için kültürünü yaşama, kendi dil, din, etnik ve felsefi özelliklerini yaşatma ve geliştirmeve yaşam tarzı gibi *kültürel haklara* ihtiyaç duyarlar.

### 1.1.3. Üçüncü Kuşak Haklar ya da Uzlaşma Hakları

Üçüncü kuşak haklar özellikle 1970'li yıllarda eski sömürge toplumlarının bağımsızlığını kazanmasıyla sayıları artan, kapitalist Batı ve Sosyalist ikinci dünya ülkeleri dışında kalan kimisine göre üçüncü dünya olarak tanımlanan ülkelerin önemsedığı daha çok uzlaşma hakları olarak da bilinen kolektif haklardır ( Algan, 2004: 124-125). Farklı şekillerde bağımsızlıkları engellenmiş toplumların bu hakkını kazanmasını öngören ve temelde ABD Başkanı Wilson ilkelerine dayanan milletlerin kendi kaderini tayin etme hakkı (Uluslararası Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve Uluslararası Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesi; madde 1);bu hakka bağlı olarak doğal kaynaklarını işletme hakkı (Uluslararası Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (1976) ve Uluslararası Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (1976); madde 1);gelecek nesilleri ve doğayı dikkate almadan ekonomik büyümeyi hedef alan kalkınma sonucu tahrip olan çevreyi koruma amaçlı sürdürülebilir kalkınma, temiz ve sağlıklı bir çevre hakkı (Afrika İnsan ve Topluluk Hakları Şartı ( 1981), BM Kalkınma Hakkı Deklarasyonu (1986), BM Yerel Halkların Hakları Deklarasyonu (2007), Stokholm Konferansı (1972) ve Rio Deklarasyonu (1992) ; sömürgecilik ve küresel ekonomik sistem neticesinde giderek fakirleşen başta Güney yarım küre olmak üzere diğer ülkelerin bu dezavantajını kısmen de olsa gidermeyi amaçlayan kalkınma hakkı (BM Kalkınma Hakkı Deklarasyonu (1986); iç ve dış çatışmalarla giderek fakirleşen ve artan insan hakları ihlallerini engellemek için barış hakkı (BM Barış Hakkı Deklarasyonu (1984), bunlardan bazılarıdır (Cornescu, 2009).



Yukarıda sözü geçen hakların tamamı farklı zamanlarda fakat birçoğu 1970'lerden sonra yapılan uluslararası insan hakları belgeleriyle düzenlenmişlerdir. Yaşadıkları sorunların çoğunun kaynağı ve sebebi olarak gelişmiş dünyayı gören üçüncü dünya ülkeleri, bu sorunların çözülmesi için onların da sorumlu tutulmaları gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Küreselleşme, küresel fakirlik, küresel tehditler, çevre kirliliği gibi insan hakları ihlallerine neden olan fakat ülkelerin tek başına çözüm bulmasında sorun yaşadığı alanların işbirliği ile çözülmesi ve vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerini sağlayamayan ülkelerde insan haklarının korunması için uluslararası insan hakları belgeleri uluslararası topluma sorumluluklar yüklemektedir (Algan, 2004: 146-147). Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi 28. maddesinde "Herkesin bu Bildirgede ileri sürülen hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşebileceği bir toplumsal ve uluslararası düzene hakkı vardır" denerek, küresel sorunların ortak bir çaba ile çözülebileceği ve çözülmesi gerektiği ifade edilmektedir.

#### 1.1.4. Dördüncü Kuşak Haklar ya da İletişim Hakları

Kitle iletişim ve bilişim teknolojilerindeki gelişmeler beraberinde yeni sorunlar ve yeni ihtiyaçlar doğurmuştur. İnternet, cep telefonları, sosyal iletişim ağları gibi teknolojiler insanların günlük hayatının önemli bir parçası haline gelmiştir. Bu teknolojilerin sınırlandırılması ya da yasaklanması başta gelişmiş ülkeler olmak üzere, dünyanın birçok bölgesinde günlük hayatı olumsuz etkileyecek ve insanların manevra alanlarını daraltacaktır. İfade özgürlüğü, haberleşme ve iletişim hakları, örgütlenme hakkı gibi bazı haklar bugün bu teknolojilerle doğrudan bağlantılıdır. Bu teknolojiler aynı zamanda bir ülkedeki insan hakları ihlallerinin yayılması ve dünya kamuoyunun oluşturulması için de önemli araçlardır. Arap baharında sosyal iletişim ağlarının oynadığı önemli ve hayatı rolü bütün dünya fark etmiştir. Bu nedenle kimisi bu devrimlere haklı olarak "Twitter devrimleri" demektedir.

Kitle iletişim hakkının bu etkili kullanımı çoğu zaman otoritelerin hoşuna gitmemektedir ve otoriteler bu hakkı sınırlama yoluna gitmektedirler. Twitter, Facebook ve kişisel blogların yasaklanması baskıcı yönetimlerin dünyada sık sık başvurduğu bir yöntemdir.

Bazıları dördüncü kuşak haklar olarak daha çok genetik mühendisliği ile ilgili hakları dikkate almaktadır. Bazıları ise, bu kategoride gelecek nesilleri ilgilendiren insanlığın ortak varlıkları gibi hakları kabul etmektedir. Başkaları ise, uzayın keşfi ve uzaydan elde edilecek yararları bu kategoriye almaktadır(Cornesvcu, 2009).

Dördüncü kuşak hak kategorisi birçok analist tarafından eleştirilmekte ve literatürde fazla rağbet görmemektedir. Yöneltilen eleştirilerin başında, bu kategoride ifade edilen hakların birinci kuşak haklar arasında tanımlanan ifade özgürlüğü kapsamına girdiği ileri sürülmektedir. Diğer eleştiriler ise, karmaşık, sınırları belli olmayan ve çoğunun birbirleriyle bağlantılı olmadığı iddia edilmektedir. Bu nedenle, yeni yazılmış birçok insan hakları kitabında bile dördüncü kuşaktan bahsedilmemektedir.

Özetle, insan haklarını daha iyi anlamak ve analiz edebilmek için, bu haklar birtakım temellere dayandırılarak kategorize edilmelidir, fakat bu kategorilerin net çizgilerle birbirinden ayrıldığını söylemek zordur. Zira negatif olarak kabul edilen her hakkın kısmen de pozitif yanları vardır, tersi de geçerli olabilmektedir. Örneğin, adil yargılanma hakkı, negatif bir hak olarak kabul edilmektedir, fakat bu hakkın sağlanabilmesi için mahkeme binası, hâkim

ve savcının sağlanması gerekmektedir. Bu durumda, adil yargılanma için devletin pozitif bir yük yüklenmesi gerekir. Bu nedenle, bu hakkın saf negatif bir hak olduğunu söylemek zordur. Benzer bir durum diğer birçok haklar için de geçerlidir.

Yükseköğretimin insan hakkı olup olmadığı ve insan hakkıysa isteyen herkese sağlanması gerekip gerekmediği sorusuna gelirsek;

a) Yükseköğretim insan hakları düzenlemelerinde eğitim hakkının bir parçası olarak değerlendirildiğinden evrensel bir insan hakkı olduğu ileri sürülebilir.

b) Pozitif bir hak ya da sosyal, ekonomik ve kültürel bir hak olarak kabul edildiğinden sağlanması toplumların ya da ülkelerin gücü ve kaynaklarıyla sınırlıdır. Bu nedenle, eşit erişilebilir olduğu ve sağlanması ayrımcılığa tabi tutulmadığı sürece, adil koşullar çerçevesinde sınırlı sayıda kişinin faydalanması, onun hak doğasına zarar vermez. Başka bir ifade ile yükseköğretim hakkının sağlanması, toplumların ekonomik gücüne ve altyapısına bağlıdır. Bu nedenle, farklı ülkelerde farklı düzeylerde sağlanması bu hakkın ihlali anlamına gelmez.

## 2. Hak-Temelli Bir Yükseköğretim

Yukarıda ifade edildiği gibi, uluslararası insan hakları belgelerinde tanımlanan eğitim hakkı, kişilerin sadece eğitime ulaşmasını kapsamamakta, aynı zamanda verilecek eğitimin içeriğinin de insan haklarına uygunluğunu öngörmektedir. EİHB 26. maddesinin 2. fıkrası bu durumu şöyle ifade etmektedir: "Eğitim, insan kişiliğinin tam geliştirilmesine, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmeye yönelik olmalıdır. Eğitim, bütün uluslar, ırklar ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu yerleştirmeli ve Birleşmiş Milletlerin barışı koruma yolundaki etkinliklerini güçlendirmelidir". Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1. Ek protokol 2. maddesi de verilecek eğitimin ana-babanın dini ve felsefi inançlarına aykırı olamayacağını belirtmektedir: "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir". Eğitimde ayrımcılığı yasaklarken uluslararası insan hakları belgeleri, bilimsel, eleştirel, kapsayıcı, çoğulcu, katılımcı ve insan kişiliğinin tam gelişmesi için bir ortamın oluşturulmasını desteklemektedir. Uluslararası hukuka göre, bu bağlayıcı insan hakları düzenlemelerine taraf olan ülkeler, bu belgelerde tanımlanan evrensel, bilimsel ve insan odaklı eğitim modelini uygulamakla yükümlüdürler (Akyeşilmen, 2014: 5-6). İnsan hakları belgelerinin öngördüğü eğitim modeline literatürde hak-temelli eğitim de denmektedir (OSCE, 2008: 7).

### 2.1. Hak-Temelli Bir Eğitim Modeli: PANEL Analizi

İnsan hakları temelli bir eğitim modelinin özellikleri büyük oranda benzerlikler taşımaya rağmen, detaylarda bazen kişiden kişiye ve kurumdan kuruma farklılıklar gösterebilmektedir (Downs, 2009: 4). UNICEF (2007: 10-11) insan haklarının temel özelliklerini göz önüne alarak hak temelli bir eğitimin ilkeleri arasında evrensellik, devredilemezlik, bölünmezlik, birbiriyle ilişkili olması, eşitlik, ayrımcılığın olmaması, katılımcılık ve kapsayıcılık, güçlendirme, hesap verebilirlik ve hukukun üstünlüğünü saymaktadır. Akyeşilmen de (2014:8-13) insan hakları belgelerinde belirtilen eğitimin

özelliklerini göz önüne alarak, hak-temelli bir eğitimi katılımcılık (**participation**), hesap verebilirlik ya da şeffaflık (**accountability**), ayrımcılığın olmaması (**non-discrimination**), güçlendirme (**empowerment**) ve insan haklarıyla doğrudan ilişkilendirme (**linkages to human rights**) kavramlarının İngilizce baş harflerine denk gelen PANEL Analizi ile formüle etmiştir.

PANEL Analizi bileşenleri kısaca tanımlanacaksa; *katılımcılık*, müfredattan okutulacak kitaplara, ders işleme yönteminden eğitim politikalarına kadar, eğitim sürecinin tüm safhalarında başta öğrenci ve öğretmen olmak üzere aile, eğitim kurumları, eğitim STK'ları ve bürokrasi dahil tüm eğitim paydaşlarının karar alma mekanizmasında etkili olmasını öngörmektedir (Jennifer-Morgan, 2006: 340-348). *Hesap verebilirlik ya da şeffaflık* ise, eğitimde tüm süreçlerin şeffaf olmasını ve eğitim kurumları ile eğitimcilerin demokratik topluma karşı sorumlu olmasını gerektirmektedir. *Ayrımcılığın olmaması ilkesi*, eğitimin herkese eşit bir şekilde açık ve ulaşılabilir olmasını ve herkesin kişisel ve kültürel ihtiyaçlarına göre düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. *Güçlendirme ise*, eğitimin insanların kendi kaderini şekillendiren eylemleri tasarlama fırsatı vermesini başka bir ifade ile, insanların kendi kaderini kontrol edebilmesi için eğitimin bir araç olmasını hedefler (Benedek, 2012: 253; Atanasio, 2002). Hak-temelli bir eğitimde güçlendirme, bireyleri özgür kılmalı, özgür, eleştirel ve bilimsel düşünmesine zemin hazırlamalı (Chrisp, 2013:16) ve endoktrinasyondan uzak olmalıdır. PANEL Analizinin son bileşeni olan *insan haklarıyla ilişkilendirme* ise, kişilerin bireysel, entelektüel ve profesyonel kapasitelerinin geliştirilmesi için insanlık onurunu korumayı amaçlayan temel hak ve özgürlüklerin sağlanması, insan haklarına saygının pekiştirilmesi ve evrensel bir insan hakları kültürünün oluşmasına katkı sağlamayı amaçlamaktadır (Akyeşilmen, 2014:8-13).

Yükseköğretimde hak-temelli bir eğitim, ancak akademik özgürlüğün sağlandığı bilimsel özerkliğe sahip bir üniversite ile mümkündür. Üniversitelerde akademik özgürlüğün ve kurumsal özerkliğin ihlali, toplumlarda sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal alanda onarımı zor sorunlara ve büyük maliyetlere neden olabilir. Buna karşılık genel olarak eğitim istikrarlı, barışçıl ve demokratik bir toplumun oluşmasında ve özelde yükseköğretim bütün boyutlarıyla kalkınma süreçlerinde anahtar bir role sahiptir (Magna-Charta, 1999).

## 2.2. Akademik Özgürlük

Akademik özgürlük dünyanın her tarafında yüksek öğretimin olmazsa olmaz şartı olarak ifade edilmesine rağmen, tanımları, sınırları, yansımaları ve uygulamaları birbirinden farklı olduğundan (Karran, 2007: 291) literatürde birbiriyle çelişen ve çakışan bir takım argüman ve tartışmalara neden olmuştur. Akademik özgürlük kavramı zamanla tanımı ve mahiyeti değişen dinamik bir kavramdır aynı zamanda. Eski çağlarda daha çok öğrencilerin baskı görmeden öğretme özgürlüğü ve öğrencilerin öğrenme özgürlüğü ile sınırlı iken, 19. yüzyılda buna özgür araştırma eklenmiştir ve daha sonra ifade ve örgütlenme özgürlüklerini de kapsayacak bir anlam kazanmıştır (Altbach, 2001: 206). UNESCO'nun 11 Kasım 1997 tarihinde kabul ettiği "Yükseköğretimde Eğitici Personelin Statüsüne İlişkin Tavsiye Raporu"na göre, akademik özgürlük "hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan öğretme ve tartışma özgürlüğü, araştırma yapma ve elde edilen sonuçları yayma ve yayınlama özgürlüğü, çalıştıkları kurum ya da sistem ile ilgili görüşlerini dile getirme özgürlüğü, kurumsal sansürden ve baskıdan uzak, mesleki ve akademik kurumlara katılım özgürlüğü hakkı" olarak tanımlanmıştır. Buna göre, "bütün yükseköğretim personeli, hiçbir temelde ayrımcılığa tabi olmaksızın ve devlet ya da herhangi başka bir gücün baskısından korkmadan görevlerini yerine getirme hakkına sahiptirler" (UNESCO, 1997: par.27). Tanımda görüldüğü gibi, diğer

hak ve özgürlüklerin yanında, akademik özgürlük; öğretim özgürlüğü, tartışma özgürlüğü, araştırma özgürlüğü, ifade özgürlüğü, yayın yapma özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğünü kapsamaktadır. Tavsiye raporu, sadece akademik özgürlük tanımı yapmamakta, aynı zamanda eğitim, öğretim ve araştırma hakkının akademik özgürlük ve kurumsal özerklikle sağlanabileceğine de vurgu yapmaktadır. Daha önemlisi, dünyada barış ve istikrarın sağlanabilmesi için yükseköğretimde özgürce verilecek bir barış eğitimi ve insan haklarına saygıyı gerekli görmektedir (UNESCO, 1997). ILO-UNESCO ortak çalışması ise, kurumsal özerkliği de bütün yükseköğretim personelinin ve kurumlarının görevlerini yerine getirebilmesi için bir önşart olarak görmekte ve akademik özgürlüğün kurumsal bir formu olarak tanımlamaktadır (ILO-UNESCO, 2012: iv).

Özetle, üniversite misyonunun temelinde, akademik özgürlüğün olduğu ve bu özgürlüğün gelişmiş bir yükseköğretim, araştırma ve eğitim için olmazsa olmaz bir şart olduğu ve yükseköğretimin temel bir değeri olduğu konusunda yaygın bir kanaat vardır (Altbach, 2001: 205). Bu nedenle, akademisyenlerin ve yükseköğretim karar alıcılarının akademik özgürlüğün anlamını, içeriğini, yasal çerçevesini, güncel boyutlarını (Poch, 1993:5) ve etkilerini bilmeleri bilimsel gelişme ve toplumsal kalkınma için son derece önemlidir.

Yükseköğretimde akademik özgürlüğün tanımı ve sınırlarının tartışmalı olmasına rağmen, gerekliliği konusunda dünya genelinde bir konsensüs vardır. Zira akademik özgürlük bilimsel araştırma yapabilme, toplumsal değişim, dönüşüm ve demokratik bir toplumsal düzenin oluşmasına katkı sağlama, insan haklarına saygıyı pekiştirme ve üniversiteden beklenen görevin yerine getirilmesi için önemli bir araç olduğu kadar gerekli bir unsurdur (Seggie ve Gökbel, 2014: 12-13). Akademik özgürlük aynı zamanda üniversitelerde insan hakları-temelli bir eğitim ve öğretim için, özgür düşünce ve demokratik fikirlerin rahatça yayılması için ve sınırlamaya tabi olmadan bilimsel ve akademik araştırma ve yayınlar için de gerekli bir unsurdur.

Akademik özgürlüğün yükseköğretimde ve toplumsal dönüşümde bu denli önemli ve hayati olmasına rağmen, gerek uluslararası bilimsel toplantılarda ve gerekse literatürde az tartışılan bir kavram olması, düşünülmesi ve çözüm bulunması gereken bir konudur (Altbach, 2001: 206). İnternet çağında ve küreselleşme sürecinde akademik özgürlüklerin korunmasının bilimsel ve toplumsal kalkınma için temel bir unsur olduğu konusunda yaygın bir kanaatin varlığı yukarıda vurgulanmıştı. Bu çerçevede, akademik özgürlüğün korunması ve yaygınlaştırılabilmesi için günümüzde yükseköğretim kurumlarının yapması gereken bir takım düzenlemeler mevcuttur (Poch, 1993:80-81).

Yukarıda elde edilen veriler ışığında akademik özgürlüğün yaygınlaşması, korunması ve yerleşebilmesi için üniversitelerin aşağıdakileri yapmasında büyük bir yarar olduğu sonucuna varılmıştır:

1- Öncelikle internet sayfalarının başında ve görünür bir şekilde uluslararası akademik özgürlük standartları çerçevesinde tasarlanmış açık, net ve kapsamlı bir *akademik özgürlük bildirgesi* koymalıdır.

2- Yükseköğretim kurumlarının karar alıcıları akademik özgürlüğün yasal parametreleri ile ilgili temel bir bilgiye sahip olmalı ve bu özgürlükleri korumanın yükseköğretimin temel değeri olduğu konusunda farkındalık sahibi olmalıdırlar.

3- Yükseköğretim kurumlarının akademik özgürlükle ilgili politikalarının belirlenmesinde başta akademisyenler olmak üzere tüm yükseköğretim paydaşları aktif bir rol almalıdır.

4- Yükseköğretim kurumlarında akademik özgürlük ile ilgili konular hakkında konferanslar, seminerler ve çalıştaylar düzenlenmeli ve bu konudaki akademik yayınlara ağırlık verilmelidir.

5- Akademik özgürlüğün yükseköğretimin temel bir değeri olduğu bilinci, bilgisi ve anlayışı akademik personelden idari personele, öğrencilerden yardımcı personele bütün bir yükseköğretim camiasında canlı tutulmalıdır.

6- Akademik özgürlüğün korunması ve geliştirilmesi için başta örgütlenme özgürlüğünün kullanılması olmak üzere yerel, ülkesel, bölgesel ve uluslararası akademik ve mesleki örgütlerde aktif olunmalı ve onlarla yoğun bir ilişki geliştirilmelidir. Bu sayede akademik özgürlüğün uluslararası koruma mekanizmalarına ulaşımı sağlanabilecektir.

7- Son olarak, akademik özgürlüğün akademisyenden öğrenciye, yöneticiden araştırmacıya yükseköğretimin tüm paydaşları için korunması gereken bir değer olduğu bilinci ve anlayışı yaygınlaştırılmalıdır. Böyle bir farkındalık sayesinde özgürlük alanı olması gereken üniversitelerde bilimsel gelişme önünde bir engel olan hiyerarşik ilişkiler engellenebilecektir.

## SONUÇ

Literatürde yükseköğretimin temel bir insan hakkı olup olmadığı konusu tartışmalı bir mesele iken, hukuki anlamda birçok uluslararası insan hakları belgelerinde evrensel bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir. Yükseköğretimin, evrensel bir insan hakkı olarak düzenlenmesi, özünde herkese açık olması ve isteyen kişilerin herhangi bir önşarta bağlı olmaksızın bu haktan yararlanmasını öngörmektedir. Fakat ekonomik, sosyal ve kültürel haklar gibi bazı uluslararası insan haklarının sağlanması ivedi ve otomatik değildir. Bu hakların sağlanması ilgili ülkelerin ekonomik ve altyapı imkânlarıyla sınırlı olabilmektedir. Eğitim hakkı da, özellikle yükseköğretim, bu çerçevede değerlendirildiğinden, bu haktan yararlanmak özünde herkesin hakkı iken, pozitif bir hak olması hasebiyle toplumun imkânları çerçevesinde herkese açık ve ulaşılabilir olması şartıyla yani fırsat eşitliği ilkesi çerçevesinde sağlanabilmektedir. Kısacası, bu kısa çalışmada varılan bulgular ışığında yükseköğretim;

a) uluslararası insan hakları belgelerinde evrensel bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir;

b) fakat uygulaması toplumların imkanları dahilinde herkese açık ve eşit ulaşılabilir olması şartına bağlanmıştır.

Eğitim hakkı şüphesiz sadece insanlara herhangi bir eğitimin sağlanması ile sınırlı değildir. Bu hak, verilecek eğitimin içeriğinin ve yönteminin de insan haklarına uygun olmasını, insan hak ve özgürlüklerine saygıyı geliştirmesini ve küresel barışa hizmet etmesini amaçlamalıdır. Böyle bir eğitimin sağlanabilmesi için ise, yükseköğretim kurumlarında akademik özgürlük ve kurumsal özerkliğin sağlanması ve bunun yasal güvence altına alınması esastır. Daha önemlisi, bu özgürlüklerin uluslararası koruma mekanizmalarından yararlanması önemli bir güvence olacaktır. Akademik özgürlüğün özü, akademisyenlerin, öğrencilerin ve araştırmacıların fikirlerini korkusuzca ifade edebilmeleridir (Downs, 2009: 16-17). Akademik özgürlük konusunda akademisyenlerin ve akademik kurumların hassas olması, bu konuda farkındalığı canlı tutması ve bilimsel araştırmalara ağırlık vermesi bu hak ve özgürlüklerin korunmasına büyük bir yarar sağlayacaktır.

**KAYNAKÇA**

- AKYEŞİLMEN, Nezir (2014). "Uluslararası İnsan hakları Düzenlemeleri ve Eğitim: Eğitime Hak temelli Bir bakış", **Milli Eğitim**, Yıl: 43, Sayı: 201, ss. 5-16.
- ALGAN, Bülent (2004). "Rethinking 'Third generation' Human Rights", **Ankara Law r Review**, Vol.1, No.1, ss. 121-155.
- ALTBACH, Philip, G. (2001). "Academic freedom: International Realities and Challenges", **Higher Education**, Kluwer Academic Publishers, ss.205-219. <http://link.springer.com/article/10.1023/A:1026791518365#page-1> (09.04.2015).
- BENDEK, Wolfgang (2012). **Understanding Human Rights**, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Graz.
- CHRİSP, Jillian (2013). **Human Rights Education A Manual for National Human Rights Institutions**, Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions, Sydney.
- CONESCU, Adrian Vasillas, (2009). "The Generations of Human's Rights", Dny Prava, Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition, Masaryk University, Brno. [http://www.law.muni.cz/sborniky/dny\\_prava\\_2009/files/prispevky/tvorba\\_prava/Cornescu\\_Adrian\\_Vasile.pdf](http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/tvorba_prava/Cornescu_Adrian_Vasile.pdf) ( 12.04.2015).
- DONNELLY, Jack (1986), "International Human Rights: A Regime Analysis", **International Organization**, 40 (3), ss. 599-639.
- DOWNS, Donald, A (2009). **Academic Freedom: What It Is, What It Isn't, and How to Tell the Difference**, John W. Pope Center for Higher Education Policy, Raleigh. <http://www.popecenter.org/acrobat/AcademicFreedom.pdf> (12.04.2015).
- GLOBALHİGHİERED (2011). "Tertiary Education: A Global Report", <https://globalhighered.wordpress.com/2011/11/26/tertiary-education-a-global-report/> (26.03.2015).
- HAULE, Romuald, R. (2006). "Some Reflections on the Foundation of Human Rights : Are Human Rights an Alternative to Moral Values?", **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol.10, ss.367-395.
- ILO-UNESCO (2012).**Joint ILO–UNESCO Committee of Experts on the Application of the Recommendations concerning Teaching Personnel (CEART)**, UNESCO-ILO, Geneva, [http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/ILO%20%26%20UNESCO\\_The\\_status\\_of\\_academic\\_freedom\\_and\\_institutional\\_autonomy\\_worldwide\\_2012\\_en.pdf](http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/ILO%20%26%20UNESCO_The_status_of_academic_freedom_and_institutional_autonomy_worldwide_2012_en.pdf)( 02.04.2015).
- JENNIFER-Morgan, Swift. (2006), "What Community Participation in Schooling Means: Insights from Southern Ethiopia",**Harvard Educational Review**, Cil.76, No.3, ss.339-368.
- KARA, Uğur (2014). **Temel İnsan Hakları Bilgisi-I**, ( 5. baskı),Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir.

- KARRAN, Terence (2007). "Academic Freedom in Europe: A Preliminary Comparative Analysis", **Higher Education Policy**, 20, ss. 289-313.
- MADİGAN, Janet Holl (2004). **Being Human, Beeing good: The Source and Summit Universal Human Rights**, Dissertation Submitted to the University of Maryland, <http://drum.lib.umd.edu/bitstream/1903/1753/1/umi-umd-1729.pdf> ( 12.04.2015).
- MAGNA-CHARTA (1999), "The Bologna Declaration of 19 June 1999", [http://www.magna-charta.org/resources/files/BOLOGNA\\_DECLARATION.pdf](http://www.magna-charta.org/resources/files/BOLOGNA_DECLARATION.pdf) (02.04.2015).
- MCCOWAN, Tristan (2012). "Is there a universal right to education", **Bitish Journal of Educational Studies**, 60 (2), ss.111-128.
- OSCE, Council of Europe, UNHCHR and UNESCO (2008). **Human Rights Education in the School Systems of Europe, Central Asia and North America: A Compendium of Good Practice**, Poligrafus Andrzej Adamiak, Warsaw.
- OSLER, Audrey H. (2012). "Higher education, human rights and inclusive citizenship", Tehmina Basit ve Sally Tomlinson, **Social Inclusion and Higher Education**, The Policy Press, Bristol.
- PAVEL, Nicolae (2012). "Classification of Fundamental Rights and Freedoms- a diachronic Approach and Current Trends", Challenges of the Knowledge Society ( conf. paper), **Jourlib Journal**, <http://www.jourlib.org/paper/2954050#.VSrcUvmsXT8> (12.04.2015).
- POCH, Robert K. (1993). **Academic Freedom in American Higher Education: Rights, Responsibilities and Limitations**, Ashe-Eric Higher Education Reports- Rep. No.4, The George Washington University, Washington D.C.
- SASTRY, T.S.N. (2011). **Introduction to Human Rights and Dutries**, University of Pune, Pune.
- SEGGİE, Fatma Nevra ve Gökbel, Veysel (2014). **Geçmişten Günümüze Akademik Özgürlük**, SETA, Ankara.
- UNESCO (1997)." Recommendation concerning the Status of Higher-Education Teaching Personnel ", [http://www.unesco.org/education/docs/recom\\_e.html](http://www.unesco.org/education/docs/recom_e.html) (02.04.2015).
- UNICEF (2007). **A Human Rights Based Approach to Education for All**, UNICEF, New York.



# ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ BAĞLAMINDA KOLLUĞUN TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKINA MÜDAHALESİ: AİHM İÇTİHATLARI VE OMBUDSMAN KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİR ANALİZ

Rıdvan Değirmenci\*

## ÖZET

İdarenin bugünkü uygulamalarına bakıldığında ölçülülük ilkesinin idareye belli bir ölçü getirdiği görülmektedir. Ancak söz konusu ilkenin yalın manasıyla devleti durdurmaya muktedir olmadığı görülmektedir. Zira idare kendi perspektifinden anlamlandırmaya çalıştığı problemlere odaklanmakta, bu soyut kavramın amacını çoğu zaman dikkate almamaktadır. Bu sebeple soyut ilkenin somut olayla bağlamını kurma vazifesi bağımsız kuruluşlara düşmektedir. Makalede, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin toplantı gösteri yürüyüşü hakkını yorumlaması ve Türkiye'de yeni bir pratik olarak ortaya çıkan Kamu Denetçiliği Kurumu'nun bu konu hakkındaki kararları ölçülülük ilkesinin somutlaştırılması çerçevesinde ele alınmaktadır. Ölçülülük ilkesinin içeriğinin tüm devlet erklerince içselleştirilmesinin ne derece ehemmiyetli olduğu bu çalışmanın genelinde bir kez daha ortaya konulmak istenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** ölçülülük ilkesi, müdahaleci devlet, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ombudsman.

## POLICE INTERFERENCE IN THE RIGHT OF ASSEMBLY AND THE RIGHT OF DEMONSTRATION WITHIN THE CONTEXT OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: AN ANALYSIS IN THE FRAME OF PRECEDENTS OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND DECISIONS OF OMBUDSMAN

## ABSTRACT

Evaluating the practices of administration, it is understood that this principle tunes up to administration. But this principle is not capable of limiting the state by its pure meaning. This is because state focuses on the problems it gives meanings from its perspective and thus it usually does not take into account the aim of this abstract principle. Therefore, the mission of building a connection between this abstract principle and concrete case is assigned to independent institutions. In the article, European Court of Human Rights interpretation of freedom of assembly and demonstration and the decisions on this subject by KDK that appears as a new practice are discussed within the frame of reifying the principle of proportionality. The fact that internalization of substance of the principle of proportionality by all state bodies is very crucial is aimed to be emphasized one more time in the general context of this work.

**Keywords:** the principle of proportionality, interventionist state, freedom of assembly and demonstration, European Court of Human Rights, Ombudsman.

---

\* Kamu Denetçiliği Kurumu Uzman Yardımcısı, Ridvan.Degirmenci@ombudsman.gov.tr

## GİRİŞ

Temel hak ve hürriyetlerin korunması sorunu modern devletlerde siyaset bilimcilerin ve kamu hukukçularının en çok tartıştığı konulardan biridir. Bir yandan devletin merkezileşip güçlenmesi ve tüm toplumsal mekanizmaları kontrol edebilir hale gelmesi diğer yandan ise bireylerin giderek atomize olmaları bu problemi daha da sorunlu hale getirmektedir.

Hukuk, adil olanı tesis etme amacını güder. Bireysel ilişkilerde olduğu gibi devlet-birey ilişkisinde de adalet hukukun rehberliğinde sağlanacaktır. Modern devlette, bireylerin adalet duygularının tatmini için gereken, devletin hukukun genel kaideleri içerisinde kalarak bireylerin özgürlüklerine müdahale etmemesidir. Ancak, modern zamanlardaki esas çelişki burada başlamaktadır. Zira, bir taraftan devletin bireyin hayatına daha az müdahalesi istenirken diğer taraftan devlet, çözüm üretmekle mükellef tutulmaktadır. Modern bireyin devlet karşısındaki büyük çelişkisini böyle özetleyebiliriz.

‘Müdahaleci devletin’ var olmadığı bir toplumsal sistem henüz tahayyül edilemediği ve bunun yanında bireysel refah ve huzurun devlet tarafından bozulmasının arzulanmadığı çağımızda, devletin birey hayatına ne derece müdahil olacağını belirlemek için ‘ölçülülük ilkesi’ bir çıkış yolu olarak belirlenmiştir. 20. yüzyılın ortalarında devlet terörü yaşanan Almanya’da akademik çevrelerce oluşturulan teori, aynı probleme gark olan diğer tüm toplumlar için bir kurtuluş reçetesi olarak addedilmiştir.

Oysa bugün ki idare uygulamalarına baktığımızda bu reçetenin yalın manasıyla devleti durdurmaya muktedir olmadığını görüyoruz. Zira idare bu soyut kavramın anlamını belirlerken kendi perspektifinden anlamlandırmaya çalıştığı problemlere çare aramaktadır. Bu sebeple soyut ilkenin somut olayla bağlamını kurma vazifesi bağımsız kuruluşlara düşmektedir. Çalışmamızda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin toplantı gösteri yürüyüşü hakkını yorumlaması ve Türkiye’de yeni bir pratik olarak ortaya çıkan Kamu Denetçiliği Kurumu’nun bu konu hakkındaki kararlarını ölçülülük ilkesinin somutlaştırılması bağlamında ele alacağız. Ölçülülük ilkesinin içeriğinin tüm devlet erklerince içselleştirilmesinin ne derece ehemmiyetli olduğu bu metnin genelinde bir kez daha ortaya konulmak istenmektedir.

### 1. Genel Olarak Ölçülülük İlkesi

Temel hak ve hürriyetlerin korunması sorunu modern devletlerde siyaset bilimcilerin ve kamu hukukçularının en çok tartıştığı konulardan biridir. Zira bir taraftan bireyin hayatına devletin daha az müdahalesi istenirken bireyin iradesi daha da önemsenmekte, diğer taraftan devletin karşılaşılan sorunlara çözüm üretmesi beklenmektedir.

Hukuk, adil olanı tesis etme amacını güder. Bireysel ilişkilerde olduğu gibi devlet-birey ilişkisinde de adalet hukukun rehberliğinde gerçekleştirilecektir. Modern devlette, bireylerin adalet duygularının tatmini için gereken; devletin, hukukun genel kaideleri içerisinde kalarak bireylerin özgürlüklerine müdahale etmemesidir. Ancak, modern zamanlardaki esas çelişki burada başlamaktadır. Zira, hayata müdahaleci devlet arzulanmamakta ve bireyin iradesi daha da kutsanmakta iken devlet, çözüm üretmekle

mükellef tutulmaktadır. Modern bireyin devlete bakışındaki büyük çelişkisi böyle özetlenebilir.

Çağımızda ‘müdahaleci devletin’ var olmadığı bir politik sistem henüz tahayyül edilememiştir. Bununla beraber bireysel refah ve huzurun devlet tarafından bozulmasının arzulanmadığı çağımızda, devletin birey hayatına ne derece müdahil olacağını belirlemek için ‘ölçülülük ilkesi’ bir kılavuz olarak ortaya çıkmıştır. 20. yüzyılın ortalarında bireysel özgürlüklere çok ciddi şekilde müdahale eden devlet uygulamaları yaşanan Almanya’da akademik çevrelerce oluşturulan teori, aynı sorunun yaşandığı diğer tüm toplumlar için bir kurtuluş reçetesi olarak addedilmiştir.

Modern toplumda birey ve devlet arası ilişkiler karmaşık bir yapıya bürünmüştür. Aynı zamanda insanlar arası ilişkilerin farklı etki alanları içerisinde gerçekleşmesi ile birlikte modern dinamiklerle birey davranışlarının uyumlu hale getirilmesi gündeme gelmiştir. Burada devlet, hukuku kodifiye etme yetkisi ile bireyleri sınırlayan, dönüştüren ve topluma bir nizam veren bir kurum halini almıştır. Ancak devlet, kendisini bir üst idea olarak tasarladığında yahut birey hak ve özgürlüklerini başka kavram ve amaçlara feda edecek eğilimlere meyilli olduğunda bireylerin devlete karşı korunması gündeme gelecektir.

Ölçülülük ilkesi, temel hak ve hürriyetleri kanunla düzenleme yetkisini elinde bulunduran modern devleti sınırlandırma işlevine malik bir anayasal kurum olarak ortaya çıkmıştır. Ölçülülük ilkesi, devletin temel hak ve hürriyetleri sınırlandırırken uyması gereken temel kriterleri gösteren bir ilkedir (Metin, 2002: 19). Zira yasama organı her konuyu düzenleme yetkisine sahip olduğundan, bu tür bir sınırlandırmanın öngörülmemesi durumunda usulüne uygun olarak çıkarılan bir kanunla temel hak ve hürriyetler sınırlandırılmış olacaktır.

Modern toplumlarda temel hak ve hürriyetlerin sonuna kadar korunması istenilenin aksine bir anarşi ortamına ve bunun sonucunda bir çatışma durumuna sebebiyet verecektir. Bundan dolayı temel hak ve hürriyetlerin “olabildiğince iyi” korunması gerekliliğinden bahsedebiliriz (Rumpf, 1993: 26). Bireyin yararının kamunun yararı ile çatışma yaşaması modern dünyada kaçınılmazdır. Devletten beklenen insanın yaşamını şimdiden daha iyiye taşımasını sağlamanın yanı sıra bireyin özgürlüklerini de korumasıdır. İşte ölçülülük ilkesi devletin bu ödevleri arasındaki çatışmayı önleyecek bir ara formül olarak tasavvur edilebilecektir. Ölçülülük ilkesi devletin temel hak ve hürriyetleri sınırlandıramamasını değil, sınırlandırmasının ölçüsünü belirlediğinden siyasal karar alıcıya adeta bir rehber olmaktadır (Rumpf, 1993: 26). Aynı zamanda modern demokrasilerin temeli olan eşitlik ilkesi ile ölçülülük ilkesi arasında orantılı ve makul bir ilişki ile köprü kurulmakta ve böylelikle hür bireyler ve sağlıklı toplumsal yaşam birlikte var olabilmektedir.

Türk hukuk öğretisinde ölçülülük ilkesine ilk olarak Fazıl tarafından yazılan *Temel Hak ve Hürriyetlerinin Sınırlandırılmasının Özü* adlı kitapta yer verilmiştir. Sağlam, kitabında Alman ekolünden etkilenecek ilkenin alt ilkelerini de sıralamış ve ölçülülük ilkesi öğretide bu şekliyle kabul görmüştür. Söz konusu alt ilkeler elverişlilik, gereklilik ve oranlılık olarak sıralanmıştır.

Elverişlilik ilkesi, Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre sınırlamayı oluşturan yasal önlemin istenilen sonuca bir katkı sunması gerektiği görüşü ile tanımlanmaya çalışılmıştır

(Sağlam, 1982: 114). Burada belirtilmek istenen; kullanılan araçla, güdülen amaca ulaşılabilirse aracın elverişli, tam tersine bu durumda amaçtan uzaklaşıyor ya da amaca ulaşmak zorlaşıyorsa aracın elverişsiz olduğudur (Metin, 2002: 26).

Gereklilik ilkesi ise; belirlenen tedbirin bu özgürlüğü sınırlandırmak için makul bir tedbir olup olmadığı ile ilgilidir. Yani daha farklı bir yol ile aynı amaca ulaşılabilirken daha ağır bir yol belirlendiğinde bu gereklilik ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Sağlam'a göre bu ilke sınırlandırmanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için en yumuşak aracın seçilmesini ifade eder (Sağlam, 1993: 115). Alman Anayasa Mahkemesi gerekliliği "amaca ulaşmada aynı etkiye sahip, bireylere daha az yükümlülük getiren başka bir araç yok ise araç gereklidir" şeklinde tanımlamıştır (Metin, 2002: 31). Görüldüğü üzere gereklilik ilkesi bireylere daha az sorumluluk yüklemek ve devleti amaca giden her yolu pervasızca kullanmaktan caydırmak amacıyla matuf bir ilkedir. Temel hak ve hürriyetleri sınırlandırmak isteyen devlet, bir muhakeme yaparak hangi aracın daha uygun olduğunu belirlemek ve böylelikle kendi belirlediği amaçla birey özgürlükleri arasındaki dengeyi gözetmek suretiyle bireylere sorumlu bir hayat vermektan imtina etmekle mükellef kılınmaktadır.

Oranlılık ilkesi ise sınırlandırma ile güdülen amaç arasında bir oranının sağlanmasını amaçlar. Elverişli ve gerekli olarak tespit edilen bir tedbirin, tedbire bağlı olarak ortaya çıkan dezavantajlar ile ölçüsüz bir oran içerisinde bulunup bulunmadığı, başka bir deyişle müdahalenin ağırlığı ile gerçekleşen neticenin arasında bir orantısızlık bulunup bulunmadığı ve bu yüzden müdahaleden vazgeçilip geçilmeyeceği oranlılık ilkesi bağlamında değerlendirilecek hususlardır (Metin, 2002: 37). Oranlılık ilkesi göreceli bir ilkedir. Gereklilik ilkesi amaca giden araçlar arasındaki seçimle ilgili iken, oranlılık ilkesi iki değişken arasındaki ilişki ile ilgilidir (Metin, 2002: 37). Alman Anayasa Mahkemesi'nin ifadesi ile amaç ve araç birbirine karşı ölçüsüz bir oran içerisinde olmamalıdır (Sağlam, 1993: 116).

Ölçülülük ilkesi, literatürde uzun yıllar tartışılmasına rağmen pozitif anayasa metnine dahil olmamıştır. Bundan dolayı 2001 yılından önce ölçülülük ilkesinin anayasal dayanağının ne olduğu hususunda tartışmalar yaşanmıştır. Alman Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesini hukuk devleti ilkesinin bir gereği sayması Türk doktrininde genel olarak benimsenmiştir diyebiliriz (Sağlam, 1993: 128). Ancak Gözler bu çıkarıma karşı çıkmakta ve eğer hukuk devleti ilkesinden ölçülülük ilkesi çıkarılırsa daha pek çok ilkenin çıkarılabileceğini, bunun da hukuk devletini belirsiz kılacağını belirtmekteydi (Oğurlu, 2002: s. 40). Özbudun ise ölçülülük ilkesini Anayasa'nın 15. maddede düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin durdurulması başlığı altındaki maddeye dayandırmaktaydı. Maddede, temel hak ve hürriyetlerin durumun gereklerine uygun olarak durdurulması gerektiği belirtilmekteydi. Özbudun, bu hükmün evleviyetle olağan zamanlardaki temel hak ve hürriyetlerin ihlaline uygulanabileceğini belirtmekte idi (Oğurlu, 2002: 41).

Anayasada yapılan 2001 yılı değişiklikleri ile 13. maddede ilke pozitif metindeki yerini almıştır. Değişiklikten önceki 13. madde genel bir sınırlandırma hükmü iken, değişiklikten sonra genel bir koruma hükmüne dönüşmüştür. Artık temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında anayasanın sözü ve ruhu, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gerekleri ve ölçülülük ilkesi üç temel düstur olarak sıralanmaktadır (Günday, 2011: 314).

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bu üç düsturun rehberliğinde söz konusu olacaktır. Ancak şunu belirtmemiz gerekir ki ölçülülük ilkesi sınırlandırılabilir temel hak ve hürriyetler için ele alınabilir. Yaşam hakkı, işkence yasağı, suç ve cezaların geriye yürümezliği gibi sert çekirdekli haklar herhangi bir sınırlandırmaya konu olamayacaklarından ölçülülük ilkesinin uygulanması söz konusu olamaz (Oğurlu, 2002: 49).

## 2. İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi

İdare hukuku ilkelerinin temel hak ve hürriyetleri doğrudan etkilediğini görmekteyiz. Özellikle idarenin işlem ve eylemlerinin yasalara uygun olduğu karinesi idarenin işlem ve eylemlerini baştan itibaren hukukî olarak nitelendirilmesini sağlamaktadır. Bu anlamda bireylerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin eylem ve işlemlerin hukukiliğinin sorgulanacağı yetkili idarî ya da adlî mercilere başvurulana dek geçen süre içerisinde bireylerin hak ve hürriyetleri ihlal edilebilecektir. Gerek idarenin ajanları gerekse idari yargı yerleri ölçülülük ilkesini göz önüne aldıklarında temel hak ve hürriyetlerin ihlalini önleyebilecektir. Atay'a göre kamu düzeni ile temel hak ve hürriyetler arasında bir çatışma söz konusudur. Devletler bu alanda tercihlerini kamu düzeninden yana kullanmaktadırlar. Ölçülülük ilkesi ve mahkemelerin bu ilkeyi uygulaması devletlerin belirtilen yetkileri kullanmasında yegâne güvence ve dengeleyici unsurdur (Atay, 2012: 616).

Modern dünyada kamu yönetimi, istikrara, hızlı karar almaya ve ilerlemeye odaklandığından temel hak ve hürriyetler uygulayıcılar tarafından dikkate alınmayabilmektedir. Özellikle Türkiye gibi geç modernleşen ülkelerde idareyi harekete sevk eden dinamiklerin ilerleme ve gelişme kaygısını ilk planda tutması söz konusu durumu somutlaştırmaktadır. Bu durum, ölçülülük ilkesinin yalnızca kanun yapan ve onu denetleyen kurumların göz önüne alması gereken bir ilke konumundan çıkarılarak tüm adli ve idari mercilerin işlem ve işlemlerinde dikkate alacağı bir anlayışla yorumlanması ve algılanması ile önlenebilir. Bu manada modern ülkelerde ölçülülük ilkesi, idarenin takdir yetkisinin denetiminde önemli bir ölçü niteliği taşımaktadır (Azrak, 1993: 331). Avrupa Konseyi'nin 11 Mart 1980 tarih ve R (80)2 sayılı kararında idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında orantılılık ilkesinin dikkate alınmasının gerekliliği vurgulanmaktadır. Bu ilke ile idareye bir sınır çizilmesinin gerekliliği belirtilmektedir denebilir (Karahanoğulları, 1996: 327-333).

İdare hukukunda; kolluk ve disiplin hukuku, kamulaştırma, cebri icra gibi kurumlar ve idarenin takdir yetkisi, kamu yararı, kamu düzeni gibi temel kavramlar ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirilmediğinde temel hak ve hürriyetleri olumsuz etkileyebilirler (Oğurlu, 2002: 70). Özellikle idarenin işlem ve eylemlerinin icraî nitelikte olması ve kanunilik karinesinden yararlanması uygulamada büyük hak kayıplarına yol açmaktadır. İdarenin faaliyetleri, niteliğinden ötürü yasama faaliyetlerinden çok daha hızlı ve çok daha belirgin olarak insan hak ve hürriyetleri ile muhatap olmaktadır. O halde ölçülülük ilkesinin idarece ve onu denetleyen idari yargı mercilerince temel düstur olarak benimsenmesi temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından çok elzemdir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Bu hususta 1979 tarihli uluslararası anlaşma ile kabul edilen Yasa Uygulayıcılar İçin Davranış Kurallarında yasa uygulayanların uyaacağı temel kurallar benimsenmiş, ve şu şekilde sıralanmıştır: a) Yasa uygulayan görevliler ancak özel durumlarda zora başvurabilirler. b) Yasa uygulayıcıları hiçbir durumda, ulaşılacak yasal hedefle orantılı olmayan güç kullanımına yetki verir biçimde emir veremez, önlem alamaz ve davranışta bulunamaz. c) Ateşli silahların kullanılması aşırı bir önlem sayılır. Silahlı direniş ve başkalarının yaşamını tehlikeye sokma sanğın yakalanması için başkaca bir önlemin olmaması istisna olarak düzenlenmiştir ( Atasoy, 2002).

İdarenin faaliyetleri çerçevesinde ölçülülük ilkesinin ele alınması gereken faaliyetlerden biri kolluk faaliyetleridir. İdari kolluk, bir ülkenin iç güvenlik, sağlık ve dirlik-esenliği ile bireylerin kendilerine ve mal varlıklarına karşı olası saldırıları önlemek amacıyla idare tarafından alınan ve uygulaması da bazı yaptırımlar tarafından güçlendirilip sağlanan genel ya da birel önlemler ve bu amaca yönelik hizmetlerin hepsinin içeren bir alandır (Özay, 2002: 495). Kolluk alanı; kamu gücünün en sert biçimde gösterildiği, hak ve özgürlükleri hemen her işlem ve eylemiyle etkileme sonucu doğuran bir alandır (Oğurlu, 2002: 69).

Kamu düzeni korunurken amaç ve özgürlükler arasında dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Bu dengelemede ne özgürlükler adına kamu düzeni göz ardı edilir ne de kamu düzeni adına özgürlükler ihlal edilir. İdarenin eylem ve işlemlerinin icrasında söz konusu özgürlüğün önemi ve ihlalin ölçüsü karşılaştırılarak bu iki unsur arasında denge kurulmalıdır (Kaya, 2014: 155). Böylelikle kolluk faaliyetlerinin gerekleri yerine getirilmiş olunurken demokratik standartlar ve özgürlükler ihlal edilmemiş olacaktır.

Kolluk faaliyetleri denetlenirken alınan önlemin haklılığı sorgulanarak kamu yararı bulunup bulunmadığı, diğer taraftan idarenin aynı sonucu daha az zorlayıcı önleme başvurarak elde etmesinin mümkün olup olmadığını denetlenmek durumundadır (Oğurlu, 2002: 72)<sup>2</sup>. Özay'a göre şayet kamu özgürlüğü hukuka uygun olarak kullanılıyor, fakat idare bunu yasaklıyorsa kolluğun aldığı önlemler hukuka aykırıdır (Özay, 2002: 510). Ancak burada hukuka uygunluğun anlamı sorgulanmalıdır. Şayet hukuka uygunluk kanuna uygunluk olarak addedilirse o zaman uygulamada birtakım sorunların önüne geçilemeyecektir. Ancak hukuk geniş manada tüm formel ve informel normlar olarak addedilirse ve bu bilinç tüm idari mercilere kazandırılırsa belli dar kalıplardan çıkılabilir ve haksız uygulamalar önenebilir. Bu bakımdan kolluğun amacı yalnızca kamu düzeninin yeniden tesisi olmalıdır. Müdahale edilen alandakileri cezalandırma, yıldırma, yıpratma, itibarsızlaştırma gibi saiklerle hareket edildiğinde kolluk faaliyeti tabii ki haksız olacaktır.

Kamu düzenini korumak için gerekli önlemlerin yetersiz olduğu durumlarda özgürlükler sınırlanabilir. Dolayısıyla önlemlerin tümü uygulandığında ve fakat kamu düzeni tesis edilemediğinde kolluk tarafından sınırlandırılmalıdır. Özay'a göre yerindelik ve ölçülülük ilkesi kolluğun faaliyetlerini sınırlayan ve denetleyen iki mekanizmadır. Yerindelik; kamunun maddi düzenini bozma tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda, o an için yapılması en uygun sayılan davranış biçimidir. Ölçülülük ise yerindelikte doğrudan orantılı ve ona bağlı olarak alınacak tedbirlerin sadece varılmak istenen sonuca ulaştırmaya yetecek kadarının geçerli olması anlamını taşır. Bir anlamda idarenin geniş takdir yetkisinin sınırlandırılmasıdır (Özay, 2002: s.510).

Bunun yanında ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik, oranlılık biçimindeki alt ilkeleri vasıtasıyla yerindeliliğin alanına girdiği belirtilmektedir (Oğurlu, 2002: 112). Ancak idarenin denetimini etkin şekilde yapacak olan yargı erki, açıkça İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2. maddesi gereğince yerindelik denetimi yapamayacaktır. Bize göre temel hak ve hürriyetlerin korunması demokratik bir ülkenin olmazsa olmazıdır. Bunu ihlal eden idari faaliyetlerin tüm boyutlarıyla yargı tarafından ele alınması gerekir. Bunun yerindelik denetimi gerekçesi ile önlenmeye çalışılması, mahkemelerin temel hak ve hürriyetleri koruma misyonunu zedeleyecektir. Kolluk yetkisinin sınırları Anayasa ve ilgili mevzuat olduğuna göre bu iki

<sup>2</sup> Nitekim PVSK 16. maddede düzenlenen "zor ve silah kullanma" kenar başlıklı madde kolluğun zor kullanmasını kademeli bir sisteme bağlamış ve böylelikle ölçüsüz bir müdahalenin önlenmesi amaçlanmıştır.

soyut kavramı somutlaştıracak olan merci mahkemelerdir (Tan, Gözübüyük, 2010: 813-814). O halde kolluk yetkisinin sınırlarını ölçülülük ilkesi bağlamında ele alarak sınırları somutlaştıracak olan idarenin denetiminden sorumlu merciler, somut olay adaletini gerçekleştirmek ve söz konusu olaydan ilke kararları çıkarmak için idarenin takdir yetkisini ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirmek durumundadırlar (Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Tekinsoy, 2013: 563).

Ölçülülük ilkesi kanunda düzenlenmediğinden Anayasa hükmü idare tarafından doğrudan dikkate alınabilecektir. Zira İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2. maddesinde işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetiminde bahsedilmektedir (Oğurlu, 2002: 97). Anayasa hukuk dahilinde olduğundan anayasa hükmü de doğrudan uygulanabilecektir. Kolluk takdir yetkisini genel sağlık, genel ahlak, kamu düzeni gibi amaçlara matuf işlem tesis ettiğinden takdir yetkisi oldukça geniştir. Takdir yetkisi sadece sebep ve konu unsuru bakımından kullanılabilir. Bu anlamda amacının kamu yararını ve kamu düzenini sağlamak olması mutlak zorunluluk olan kolluk faaliyetlerinin ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirilmesi kaçınılmazdır.

### 3. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluk Faaliyetleri

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı Anayasanın 34. maddesinde:

*Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.*

*Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.*

*Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.*

biçiminde düzenlenmiştir. Buna göre, toplantı ve gösteri yürüyüşünde izin usulü değil bildirim usulü benimsenmiştir. Anayasamızda genel sınırlandırma sebepleri kaldırıldığından, maddede özel sınırlandırma sebepleri sıralanmış ve söz konusu hak ancak bu sebeplere binaen söz konusu sınırlanabilecektir. Son fıkraya binaen 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ile bu hakkın içeriği detaylandırılmıştır.

Öncelikle 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda toplantı ve gösteri yürüyüşünün amacı belirlenmiştir. Kanuna göre bu hak, halkı aydınlatmak ve kamuoyu oluşturmak suretiyle o konuyu benimsetmek amacına matuf olarak kullanılacaktır. Hakkın amacı belirlendikten sonra bildirim nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Toplantıyı tertip edecek düzenleme kurulu 48 saat önceden valilik ya da kaymakamlığa toplantının yapılacağını bildirecektir. İlgili mülkî amir kanunun 6. ve 22. maddesi gereğince güzergahı belirlemek durumundadır. Burada değinmek istediğimiz husus toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında belirlenen yol güzergahının ihlal edilebileceği ve bu ihlalin her zaman kamu düzeni bozmayacağıdır (Kaboğlu, 2002: 413). Bu nedenle, sırf belirlenen güzergâha uyulmadığı gerekçesiyle toplantının iptali ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Ayrıca, toplantının yapılmak istenildiği alana, toplananlarca bir anlam yüklenmiş olabilir. Bu durumda idarenin

kamu düzenini gerekçe göstererek toplantıyı istenilen alanda yaptırmaması ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü, kuralcı zihniyetin yasaklamada gerekçe gösterdiği kamu düzeni bu durumda daha fazla bozulmakta ve sınırlama ile varılmak istenilen amaç arasındaki dengesizlik artmaktadır.

Diğer bir husus bildirim zorunluluğunun Kanunun 3. maddesinde düzenlenmesidir. Anayasa Mahkemesine konu olan bir davada, bildirim yedi kişiden oluşan bir tertip komitesi tarafından yapılması şartının aranması hususunda yapılan başvurunun reddi kararına bir üye tarafından şerh düşülmüş, bu istemin Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürülmüştür. Karşı oya göre Anayasa, hakkı herkese tanırken kanunla getirilen bu şart yedi kişiden az bir topluluğun bu hakkı kullanamayacağı anlamına gelmektedir (Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas No: 2004/90, Karar No: 2008/78, Karar Tarihi: 11/03/2008). Bize göre bu kaygı haklıdır. Çünkü Kanunda, örneğin tek kişinin gösteri yapma hakkını kullanabileceğini gösteren bir emare mevcut değildir. Hak Anayasal olduğundan Anayasa'da, hakkın kullanımı için bildirim yapılması kurucu unsur olarak belirlenmediği gözden uzak tutulmamalıdır. O halde, Kanun bildirim yükümlülüğünü bir tali unsur olarak ve kamu güvenliğini muhafaza amacı ile va'z etmiştir.

Kanunda ölçülülük ilkesi bağlamında değinilmesi gereken diğer husus 17. maddede düzenlenen yasaklama yetkisidir. Bu maddeye göre *Bölge valisi, vali veya kaymakam, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere erteleyebilir veya suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde yasaklayabilir.*

Kavramların muğlaklığı ve bu kavramların içeriğinin uygulamaca belirlenmesi bir yana, yaptırım olarak erteleme ve yasaklamanın öngörülmesi özgürlükçü bir bakış açısı ile ele alındığında kaygı vericidir. Burada ölçülülük ilkesinin tüm şartları değerlendirilebilir. Örneğin sadece belli kişi ve grupların toplantıya katılımının önlenmesi toplantının sıhhatli işlemesine yetecek iken kullanım hakkının ertelenmesi ve yasaklanması gereklilik unsuruna aykırı olacaktır. Yine, elverişlilik açısından ele alındığında toplantının ertelenmesi yahut yasaklanması kamu yararını gerçekleştirmeyecekse bu yaptırıma gidilmemelidir. Oranlılık ilkesi bakımından maddeyi değerlendirdiğimizde, erteleme yerine yasaklamanın yaptırım olarak öngörülmesi ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır.

Ayrıca, yasaklanan ya da ertelenen toplantı ve gösteri yürüyüşü kararına yargı yoluna gidildiğinde, mahkeme kararını verene kadar geçecek sürede adaletin geç işleme söz konusu olacağı için idarenin yargı yoluna gidilmesine mahal bırakmadan kararını hukuka ve hakkaniyete uygun olarak vermesi icap eder. Ayrıca tüm bu belirlemeleri kendinde bulan ve bunu sert şekilde uygulayan idare katılanların bildirim yaptığı bir merci değil, izin veren bir otoriteye dönüşecektir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkında Kanunda, kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşlerine geniş yer verildiği gözlemlenmektedir. Kanunun 1983 tarihinde yapıldığı dikkate alındığında, kanun koyucunun belleğindeki trajedilerin böyle bir düzenlemeye yol açtığını düşünmekteyiz. 12 Eylül yönetiminin kurduğu siyasal ve hukuki düzen, devletçi algılarla ve "kontrol" güdüsü ile hazırlandığından, toplum – iktidar ilişkilerini düzenleyen her kanunda bu yaklaşımın benimsendiğini görmekteyiz (Şirin, 2013: s. 30).



Kanunun 23. maddesinde on iki farklı bentte toplantı ve gösteri yürüyüşünün kanuna aykırılığı düzenlenmiştir. Burada, kanun koyucunun muradı anayasada belirtildiği gibi herkesin bu haktan yararlanmasını sağlamak değil, devleti toplumun üzerinde ve onu kontrol eden bir mekanizma konumuna getirmektir. Ancak gelinen süreçte kanunun bu anlayıştan çıkarılarak, demokratik bir boyut kazanması sağlanamamıştır. Zira iktidarlar, toplumu ve onun dinamiklerini kontrol etmek istediğinden bu kanunun yoruma çok açık ve kontrolcü yapısından faydalanmayı bilmişlerdir.

Kanuna aykırı yürüyüşün tabirini katı yorumlandığında, atomize olmuş bireylerin birlikteliği sağladıkları nadir platformlardan olan toplanma hürriyetini gerçekleştirme alanı sınırlandırılmış olmaktadır. Bu ise kitle ve iktidar arasındaki dikey ayrışmayı hızlandırmakta ve bireylerin demokrasiye katılımı yalnızca seçimlerde onaylama özgürlüklerini kullanmaktan ibaret kalmaktadır.

2911 sayılı Kanunun 24. maddesi, 23. maddede belirtilen bildirim yükümlülüğü yerine getirilmeyen, belirlenen yerlerde yapılmayan, ateşli silah ve bu gibi materyaller taşıyan kişilerin olduğu, kanunların suç saydığı maksatlar için düzenlenen ve maddede belirtilen diğer sebeplerin meydana gelmesi durumunda kanuna aykırı hale gelen toplantının nasıl sonlandırılacağını düzenlemektedir. Bu durumda toplantının kademeli olarak sonlandırılması öngörülmüştür. Öncelikle belirtmek gerekir ki 24. maddenin 4. fıkrası gereği 23. maddenin b bendi kapsamında toplantının barışçıl ortamını bozan materyal kullanan kişiler o topluluktan uzaklaştırılır ve toplantının devamı sağlanır. Ancak toplantı tümüyle Kanuna aykırı hale gelirse bu durumda mülkî idare amirinin kararıyla toplantının Kanuna aykırı olduğu katılımcılara bildirilir ve dağılmaları ikaz edilir. Ancak dağılmamaları durumunda kolluk güçleri toplantıyı zor kullanarak dağıtır.

Kolluğun zor kullanma yetkisi Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metninin birinci ve ikinci fıkrasında *“Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir. Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştirdiğinde silah kullanılabilir.”* hükmü yer almaktadır. Buna göre polis, öncelikle ölçülü olarak kuvvet kullanmak durumundadır. Bu durumda bu kuvvetin ölçüsünün tespiti, toplu bir eyleme müdahale söz konusu olduğundan, aynı maddenin dördüncü fıkrası gereği kolluk amirince tespit edilecek ve uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere kanun koyucu kanuna aykırı bir toplantının dağıtılmasını ölçülülük ilkesi çerçevesinde düzenlemiştir. Toplantının dağıtılmasından önce ihtar etme yükümlülüğü ve buna uyulmaması durumunda kolluğun kullanacağı zorun ölçülü olması gerektiği kanun koyucunun muradıdır. Ancak burada temel sorun kanuna aykırılık noktasında 2911 sayılı Kanunda kullanılan kavramların muğlak oluşudur. Zira Anayasa koyucu toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını özgürlükçü bir bakış açısı ile düzenlerken; kanun koyucu bu hakkın kapsamını daraltmıştır. Bu durumda ilgili mercilerin kanuna aykırı saydığı hususun kolluk kuvvetlerince dağıtılması hiyerarşi çerçevesinde zaruridir. Diğer bir husus ise, kolluğun güç kullanımının kademeli olarak düzenlenmesine karşın bu kademeli müdahalenin kapsamı noktasında kolluk personelinin ve amirlerinin tutumlarıdır. Çalışmamızın kapsamında kararlarını ele alacağımız Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kamu Denetçiliği Kurumu bu iki probleme dikkat çekmekte, kanun koyucunun yasakçı tavrının değişmemesini ve kolluğun toplantının dağıtılması esnasında ölçüsüz müdahalesini eleştirmektedir.

#### 4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı "*Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Toplanma ve dernek kurma hakkının bir arada düzenlenmesinden muradın, her iki hakkın bireylerin demokratik tepkilerini duyurabilecekleri toplumsal platformları oluşturmak olduğu anlaşılmaktadır. Düzenlemede hiçbir şart öngörülmezsizin barışçıl bir ortamda bu haktan faydalanmaları öngörülmüştür. Zira AİHM kamu düzeninin gerekleri ile sözleşmede koruma altına alınan haklar arasında adil bir denge gözetmektedir. Ancak AİHM nezdinde kamu düzeni-özgürlük arasında özgürlük daha fazla korunmaya değer bulunmaktadır (Tekinsoy, 2011: 298).

AİHM, toplantı hakkını demokratik toplumun temel niteliklerinden biri olarak nitelendirdiğinden dar yorumlanmaması gerektiğini ifade etmektedir. "*Barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı demokratik bir toplumda temel haklardan biridir. Aynı ifade özgürlüğü gibi, [bu hak da]demokratik toplumun temellerinden birini teşkil etmektedir. İste bu sebeple bu hak dar yoruma tabi tutulmamalıdır.*" içtihadı AİHM'in temel mottosudur (Tanyar, 2011: 599).

AİHM barışçıl toplanma özgürlüğü kapsamında yürüyüşleri, gösterileri, oturma eylemlerini, halka açık toplantılar gibi diğer ifade çeşitlerini sınırlanmaksızın madde kapsamında değerlendirmektedir (Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, 2013: 532). Bu bağlamda hakkın sözleşmenin koruması kapsamına alınması için aranan tek kıstas toplanmanın '*barışçıl*' olmasıdır. Bu bağlamda toplantıya katılanlar içerisinde şiddet eğilimli kişilerin olmasını AİHM hakkın ihlali kapsamında değerlendirmemektedir. AİHM şiddete başvurulmadığı sürece hoşgörünün gösterilmesi gerektiğini vurgulamıştır<sup>3</sup>. "(Nurettin Aldemir ve Diğerleri/ Türkiye (no. 32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02 ve 32138/02) sendika üyesi olan 8 başvurucunun 2001 yılında yeni çıkacak bir yasayı protesto etmek için Ankara'da düzenledikleri gösterilere polis tarafından müdahale edilmesi ile ilgili yaptıkları başvuruda Mahkeme polis tarafından müdahalenin yasalarca öngörülmüş olmasına ve meşru bir amaca dayanmasına karşın toplantı ve gösteri hakkının barışçıl şekilde kullanıldığı durumlarda kamu makamlarının belli oranda hoşgörülü olması gerektiğini ve müdahalenin orantılı kabul edilmeyeceğini belirterek 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Saya ve diğerleri davasında "*Mahkeme'nin görüşüne göre göstericiler şiddet içermeyen eylemlerde bulunuyorlarsa, Sözleşme'nin 11.maddesi tarafından garanti altına alınan toplanma özgürlüğünün tüm esasından yoksun kalınmaması amacıyla kamu makamlarının barışçıl toplantılara bir dereceye kadar tolerans göstermeleri önemlidir.*" denilerek devletin vatandaşların sarsıcı söylemlerine müdahale etmesini gereksiz ve orantısız bulmuştur. Toplum sarsacak derecede radikal ifade biçimlerinin dile getirilmesini şiddet kapsamında değerlendirmeyen AİHM, bu tarz ifadelerin toplantı özgürlüğünün doğasında var olduğunu ifade etmektedir. Ezelin-Fransa davasında mahkeme toplantı esnasında yer yer şiddet olaylarının baş göstermesini şiddet eylemine katılmayan bireylerin söz konusu hakkını kullanmalarına mani olunmasını gerektirecek bir sebep olarak görmemiştir (Doğru, Nalbant, 2013: 432.).

<sup>3</sup> Biçici ve Türkiye Kararında Mahkeme benzer gerekçeyle ihlal kararı vermiştir. Yine Mahkeme şiddete başvurulmadığından Öcalan'ın desteklediği gösteriyi makul görmektedir (Turan Biçer ve Türkiye).

AİHM hakkın yorumlanmasında devletlere pozitif bir yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülük devletin toplantıya katılanların karşıt göstericilerin şiddet içerikli tacizlerinden korumasıdır. Buna göre bir toplantıya karşı karşıt görüş taşıyan bireyler toplantı düzenler ise bu durumda devletin görevi her iki grubun haklarını korumaktır. Ancak gruplardan biri şiddet hareketlerine girişirse devlet, diğer grubun zarar görmemesi için gerekli tedbirleri almakla mükelleftir (Doğru, Nalbant, 2013: 435). 11. maddenin asıl amacı, kişiyi yetkili makamların korunan haklarının uygulanmasına keyfi olarak müdahale etmekten koruması olmasına rağmen, AİHM bu madde kapsamında söz konusu hakların etkin şekilde kullanılmasını temin edecek pozitif yükümlülüklerin de mevcut olabildiği kanısındadır. AİHM, devletlerin sadece toplantı yapma hakkını korumakla kalmayıp, bu hakkı dolaylı yoldan usulsüz bir şekilde sınırlandırmaktan da kaçınmalarının gerektiğini hatırlatmaktadır. Diğer taraftan AİHM, 11. maddenin esasen kamu güçlerinin, bireyin güvence altına alınan haklarına keyfi müdahalesine karşı korumayı amaçlamakla birlikte, fazladan bu hakların etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamak için pozitif yükümlülük de getirebileceğini kaydetmektedir. Türkiye hakkında vermiş olduğu ihlal kararında mahkeme bu hususu değerlendirmiş ve , *“Devletlerin yalnızca barışçı yöntemlerle toplanma özgürlüğünü güvence altına almakla yükümlü olmadığını, aynı zamanda bu hakka dolaylı yoldan getirilecek aşırı kısıtlamalardan da kaçınmaları gerektiğini hatırlatmaktadır. Ayrıca 11. madde esasen kamu erkinin, bireyin güvence altına alınan haklarına keyfi müdahalesine karşı korumayı amaçlamakla birlikte, ayrıca bu hakların etkili bir şekilde kullanılması için pozitif yükümlülük de getirmektedir.”* diyerek bu yükümlülüğü hatırlatmıştır (Gülizar Tuncer/ Türkiye Davası).

Hakkın kullanılmasında diğer bir önemli husus ise barışçıl toplanma hakkına yönelik müdahalelerdir. AİHS’in 11. maddesinin 2. fıkrasında *“Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.”* denmektedir. Mahkeme toplantıya müdahalenin hakkın ihlalini gerektirip gerektirmediğini üçlü test olarak bilinen üç temel unsur kapsamında değerlendirerek tespit etmektedir (Harris, O’Boyle, Bates, Buckley, 2013: 537). Buna göre mahkeme müdahalenin kanunî düzenlemeye dayanması, meşru amaç taşıması ve demokratik toplum gereklerine uygun olması yönünden değerlendirmektedir (Oya Ataman/Türkiye). Bu bağlamda mahkeme toplantı özgürlüğünün önceden izin ya da bildirim yükümlülüğüne bağlanmasını hakkın ihlali olarak görmemektedir (Harris, O’Boyle, Bates, Buckley, 2013: 536). Ancak sırf bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle toplantı hakkına müdahaleyi meşru görmemektedir. *Oya Atman v. Türkiye* davasında devletin iç mevzuatında toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı için gerekli tedbirleri alması makul görülürken, göstericilerin demokratik haklarını kullanmamalarının sırf bildirim yükümlülüğüne aykırı olması hasebiyle kullandırılmamasını doğru bulunmamıştır (Oya Ataman/Türkiye). İlgili konu başlığında belirttiğimiz gibi bildirim kuralının sıkı sıkıya uygulanması hak ihlallerini doğuracaktır. Temel hak olan toplanma hakkını ihlal edecektir, dolayısıyla uygulayıcıların ve kanun koyucunun bu katı tutumlarından bir an evvel vazgeçmeleri gerekmektedir.

AİHM, önceden bildirim yapılmasının gerekliliğini kabul etmektedir. Sonuçta kamuya açık alanda yapılan bir yürüyüş toplumun genelini etkileyecektir. Ancak barışçıl amaçlarla başlamış bir gösterinin sırf izin alınmadığı gerekçesiyle kişilerin cezalandırılmasını hukuka aykırı görmektedir. AİHM, *“başvuranlar hakkında sırf izinsiz ama barışçıl bir gösteriye*

*katılmalarından ötürü dava açılmasından - ve ilk derece mahkemesinde mahkum edilmelerinden - endişe duymaktadır. Barışçı bir gösterinin, ilke olarak, cezai yaptırım tehdidinde maruz bırakılmaması gerekir”* demektir ( Akgöl/Göl ve Türkiye). Yine başka bir davada mahkeme kişilerin İstiklal Caddesinde önceden bildirmeden toplanmalarının iç hukukta 2911 sayılı Kanunun 22. maddesi kapsamında müdahale gerekçesi olarak düzenlendiğini belirtse de polisin göstericileri dağıtmak için kaba kuvvet kullanmasını ve haklarında ceza yargılamasının başlatılmasını orantısız bulmuştur (Serkan Yılmaz ve Diğerleri/ Türkiye).

AİHM'in 11. madde kapsamında Türkiye aleyhine vermiş olduğu ihlal kararları genel olarak kolluğun sert müdahalesine ve toplantı ve gösteri yürüyüşünün şiddet içermemesine rağmen 2911 sayılı Kanun gereğince cezaî yaptırıma tabi tutulması hakkındadır. Mahkeme önüne gelen dosya kapsamında protestocuların salondan çıkarılması akademik toplantının selameti açısından yeterli iken, öğrencilerin darp edilmesi ve göz altına alınması toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını ihlal eden orantısız güç uygulamaları olarak nitelendirilmiştir. Bu kararda görüldüğü üzere, kolluk ölçülülük ilkesini benimsemiş olsa idi ve eylemle amaç arasında bir oranlılık arasa idi ihlal kararına yer olmayacaktı (Açık ve Diğerleri/ Türkiye). AİHM bir başka kararında tedbirlerin kanunî ve meşru bir amaç gütmesini kabul etmekle beraber, toplantıya katılanların basın açıklaması yapmalarına engel olmanın ve ceza davasının açılmasının demokratik toplum gereklerine aykırı olduğu kanısındadır (Aşıcı/Türkiye).

Mahkeme kolluğun gösterilere müdahalesinin oransızlığının yanı sıra 2911 sayılı Kanun çerçevesinde kanuna aykırı olarak düzenlenen ve cezaî yaptırıma bağlanan eylemler nedeniyle katılımcılara ceza davasının açılmasını ihlal sebebi olarak görmektedir. Akgöl ve Göl, Pekaslan, Gün ve Diğerleri/ Türkiye davalarında mahkeme barışçıl olan gösteri yürüyüşüne müdahaleyi ve katılımcılara ceza davası açılmasını gereksiz ve orantısız bulmuştur.

Son tahlilde AİHM toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kapsamını oldukça geniş tutmakta ve devletlere bu hakkın sınırlandırılması ve hakka müdahale hususunda ölçülü davranmalarını tavsiye etmektedir. Mahkeme için hakkın sınırlandırılabilceği temel ölçüt 'barışçıl' vasfını yitirmedi. Eğer gösteri şiddet yahut şiddete teşvik içermiyorsa müdahale etmek demokratik toplum gereklerine aykırı olacaktır. Devletin bu noktada hoşgörülü olma ve hakkın kullanılabilmesi için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü olduğunu hatırlatan mahkeme bu yükümlülüğü yerine getirmek yerine devlet tarafından gösteriye müdahale edilmesini ihlal sebebi saymaktadır. Ayrıca Mahkeme, 2911 sayılı Kanun kapsamında sayılan kanuna aykırı gösteri toplantı ve gösteri yürüyüşü sebeplerini ve bu sebeplere dayanılarak yapılan müdahaleleri sözleşmeye aykırı görmektedir. AİHM bu noktada hem kolluğun ölçüsüz müdahalesini hem de bu müdahaleye sebep olan kanunları kendi bakış açısı çerçevesinde ölçülü bulmamaktadır.

## **5. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkında Vermiş Olduğu Tavsiye Kararları**

Kamu Denetçiliği Kurumu 2012 yılında kurulmuş ve 2013 yılının Mart ayından itibaren şikayetleri alarak görevini ifa etmeye başlayan bir kamu kurumudur. Henüz kuruluş aşamasında Türkiye'nin içinden geçtiği sancılı süreçte toplumsal olaylarda devletin müdahalesi hakkında kendisine yapılan başvurulara kayıtsız kalmamış ve kamuoyunda 'Gezi

Eylemleri' olarak bilinen olaylar silsilesi hakkında genel bir çalışma yaparak, bu olaylar içerisinde polislin gösterilere müdahalesi sırasında yaralanan bir vatandaş hakkında yapılan başvuruyu değerlendirerek tavsiye kararı vermiş ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkında temel içtihatlarını ortaya koymuştur.

Kurumun şikayetleri alma tarihi olan 2013 yılının Mart ayının ertesinde 1 Mayıs Emek ve Dayanışma Günü etkinlikleri kapsamında idarece alınan tedbirler şikayet konusu yapılmıştır. Söz konusu başvuruda İstanbul Valiliği'nin 1 Mayıs Emek ve Dayanışma Günü dolayısıyla yasa dışı gösterileri önlemek amacıyla İstanbul'da ulaşım seferlerinin iptal edilmesi şikayet konusu yapılmıştır. Şikayet konusuna ilişkin incelemelerini tamamlayan Kamu Başdenetçisi İstanbul Valiliği ve İçişleri Bakanlığı tarafından Taksim Meydanı'nın devam eden inşaat çalışmaları sebebiyle kutlamalara kapatılmasını hukuka uygun bulmuştur. Ancak şikayet konusu olan seyahat özgürlüğünün Taksim Meydanı'nda uygulanan tedbirin gereği olarak sınırlandırılmasının güvenlik gerekçesi ile aşırı şekilde sınırlandırılmasını Kamu Başdenetçisi hakkaniyete aykırı bulmuştur. Kamu Başdenetçisi, söz konusu seyahat özgürlüğü sınırlandırılmasının anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olduğunu dile getirmiş, bu sınırlamanın yaşanan olayların gerektirdiği makul ölçekten daha fazla kısıntıya uğrattığı ve bu durumun hakkaniyete aykırı olduğunu tespit etmiştir (KDK Tavsiye Kararı, Karar No: 2013/33). Bu noktada 'makul ölçek' kavramına yer veren Kamu Başdenetçisi, güvenlik gerekçesi ile kolluğun faaliyetlerinin mühim olduğunu vurgulamış ancak söz konusu kavramı merkeze alarak bu faaliyetlerin 'insan hakları' ve 'insan onuru'na layık şekilde örgütlenmesinin ve uygulanmasının gerekliliğini vurgulamıştır. Bu gerekçelerle İstanbul Valiliği'ne hatalı davranıldığı kabulü ve şikayet konusu uygulamaların tekrarlanmasının önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması hususunda 'Tavsiye Kararı'nda bulunmuştur (KDK Tavsiye Kararı, Karar No: 2013/33).

Bir başka kararında Kamu Başdenetçisi, 1 Mayıs Emek ve Dayanışma Günü kapsamında yasadışı gösteri yapan gruba karşı polislin müdahalesi neticesinde ağır yaralanan çocukla alakalı yapılan şikayeti değerlendirmiştir. Bu noktada öncelikle uluslararası ve ulusal mevzuatı ele alan Kamu Başdenetçisi uluslararası yargısal ve diğer mercilerin şikayet konusuna ilişkin kararlarını sıralamış, Türk yargısının konuyla alakalı bakışını kararına derç etmiştir. Akabinde, şikayet konusunu hukuka uygunluk yönünden üç başlık altında değerlendirmeye tabi tutmuştur; kolluk kuvvetlerinin güç kullanımı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ve çocuk hakları. Bu noktada Kamu Başdenetçi kolluğun uyarı yapmaksızın sert müdahalede bulunmasını, bu müdahale sonunda bir çocuğun ağır biçimde yaralanmasını ölçüsüz ve orantısız bulmuş, hukuka aykırı görmüştür. Yine toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı kapsamındaki değerlendirmesinde, şikayete ilişkin olayların vuku bulması sırasında şikayetçilerin şiddete başvuran kişiler arasında olmasına rağmen şiddet eylemi gösterdiklerine dair bir emarenin bulunmadığı dile getirilmiş, kolluğun anayasal hak olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının vatandaşların kullanmasını sağlamakla yükümlü olduğunu hatırlatılmış, şiddete başvuran kişiler ile başvurmayanlar arasında bir ayırım yapılmaksızın başvuru alan müdahaleyi özgürlüklerin ihlali olarak yorumlamıştır. Müdahale kapsamında yaralanan kişinin çocuk olması sebebiyle Kamu Başdenetçisi, müdahale sonucu meydana gelen ağır yaralanma sebebiyle uluslararası ve ulusal mevzuata aykırılık durumu oluştuğunu beyan etmiştir. Sonuç olarak şikayet konusu toplumsal olaylara müdahale eden kolluk personelinin müdahalesini ölçüsüz bulan Kamu Başdenetçisi, kolluğun müdahale esnasında uluslararası sözleşmelerde koruma altına alınan hakları ihlal etmemesi için orantılı güç kullanması gerektiğini, bu hususta sürekli eğitime tabi tutulmalarının zarurî olduğunu, kolluk görevlilerinin toplumsal olaylarda müdahalesinin etkin bir inceleme ve soruşturmaya tabi

tutulması gerektiğini dile getirmiştir. Ayrıca kolluğun müdahalesinde güç kullanımının ve biber gazı kullanımının mevzuatta açık, net, öngörülebilir şekilde düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır ( KDK Tavsiye Kararı, Karar No: 2013/69)

Gezi olaylarına ilişkin hazırlamış olduğu kapsamlı raporunda birçok konuya temas eden Kamu Başdenetçisi, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılması ve bu hakkın kullanılmasının sınırlandırılmasına ilişkin temel görüşlerini ortaya koymuştur. Çok boyutlu olaylar silsilesini değerlendirdikten sonra Kamu Başdenetçisi, ifade ve toplanma özgürlüklerini düzenleyen ulusal mevzuatın lafzî yorumlanmasının neticesinde söz konusu hakların sınırlandırmanın sınırını aşacağını ifade etmiş, mevzuatın ulusal ve uluslararası standartlar çerçevesinde tekrar gözden geçirilmesini tavsiye etmiştir (KDK Tavsiye Kararı, Karar No: 2013/90). Bunun yanı sıra Kamu Başdenetçisi özellikle kolluğun gösteriler esnasında yer yer sert müdahalesine şahit olduğunu, toplumsal olaylara müdahale noktasında mevcut politikaların gözden geçirilmesi gerektiğini bu çerçevede güvenlik kaygılarını ortadan kaldırırken özgürlükçü ve birey çerçeveli bakış açısını ihmal etmeyen bir politikanın belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir (KDK Tavsiye Kararı, Karar No: 2013/90). Kamu Başdenetçisi ayrıca kolluğun toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale etmesi hususuna ilişkin değerlendirmelerde bulunmuş; kolluğun zor kullanma araçlarının öldürücü ve öldürücü olmayan şeklinde tekrar belirlenmesi, müdahale kararının daha soğukkanlı bir mekanizma tarafından alınması, müdahale sırasında yaralananlara tıbbî yardımın daha kurumsal hale getirilmesi, müdahaleye ilişkin raporlamanın geliştirilmesi, toplumsal olaylara müdahale eden kolluk personelinin hizmet öncesi ve hizmet içi eğitiminin tekrar düzenlenmesi, toplumsal olaylara müdahalede sertifikalı personelin kullanılması, söz konusu personelin, mülkî amirlerin ve savcılarının toplumsal katmanlarla iletişim, kitle psikolojisi, müzakere anlayışı, ikna gücü konularında eğitime tabi tutulmaları hususlarını tavsiye kararında belirtmiştir (KDK Tavsiye Kararı, Karar No: 2013/90). Kurumun tavsiye kararın İzci ve Türkiye davasında belirtilen hususlarla paralellik arz ettiği görülmektedir. AİHM kararında göz yaşartıcı gazın kullanımına ilişkin hususların düzenlenmesi, kolluk personelin bu yönde eğitilmeleri, kontrol ve gözetimin artırılması, ayrıca sert direniş göstermeyen kişilere karşı güç kullanımının gerekli, orantılı ve makul olup olmadığına ilişkin olarak, olayın gerçekleşmesinden sonra etkin bir inceleme yapılmasının son derece önemli olduğunu belirtmiştir (İzci/Türkiye). KDK'nın Gezi Olayları ile alakalı hazırlamış olduğu raporun AİHM'in söz konusu kararı ile örtüşmesi somut olayları değerlendirme kriterlerinin benzeştiğini göstermektedir.

Kamu Denetçiliği Kurumu 6328 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtildiği üzere idarenin her türlü eylem ve işlemini, tutum ve davranışını insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönünden değerlendirmek ve tavsiyelerde bulunmakla görevlidir. Çalışmanın konusu mucibince vermiş olduğu kararlarında KDK, bireylerin idare ile karşı karşıya geldiği toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılmasına ilişkin uluslararası mevzuat ve insan hakları anlayışı çerçevesinde hareket etmiştir. Bu noktada ulusal mevzuatın yetersiz kaldığını, değiştirilmesi gerektiği görüşündedir( KDK Tavsiye Kararı, Karar No: 2013/90). Bu noktada KDK uluslararası standartları özümseyen yaklaşımı ile genelde idarenin özelde kolluk güçlerinin toplantı ve gösterilere müdahalesini insan hakları perspektifinden değerlendirmektedir. Kurum AİHM'in belirlediği standartlara ek olarak devlete somut öneriler getirmektedir. Bu noktada ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkesinin somut olayın bileşenleri ile bütünleştirilmesi noktasında idareye ön açan, yol gösteren önerilerde bulunmaktadır. İdare hukukunda yeni kabul gören ölçülülük ilkesinin somutlaştırılmasında Kurumun bakış açısının doğru

temellenmesi ve örneklerde görüldüğü üzere teori ve pratiği bütünleştirebilmesi kolluğun müdahalelerinin ölçülülük ilkesine uygunluğunu sağlama noktasında idareye imkan sunabilecektir.

## SONUÇ

Ölçülülük ilkesi Türk doktrininde yeni tartışılmaya başlanan bir kavramdır. 2001 yılında Anayasa metnine dahil edilmesi ile hakkında yapılan tartışmalar anayasa hukuku tekelden çıkararak idare hukuku alanına sirayet etmiştir. Gerek idarenin kararlarını almada ve uygulamadaki pratikliği gerekse bireyle olan fiziksel temasının yoğunluğu sebebi ile bu ilkenin idare hukuku bağlamında tartışılmasını elzem kılmaktadır.

Bu çalışmada, idare hukukunun bir konusu olan kolluk faaliyetleri ve anayasal bir hak olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını birlikte değerlendirildi. Kanunî düzenlemede kolluğa bu hakkı sınırlandırmak için birçok yetki verildiğini gözlemledikten sonra bu yetkilerin uygulamada yaşattığı sıkıntılara değinmeye çalışıldı. Başta da belirtildiği gibi, atomize olmuş bireylerin meşru taleplerini iktidara iletebilecekleri ender seçeneklerden biri olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının idare tarafından yorumlanması oldukça önemlidir. Çağımız enformasyon çağı olduğu kadar toplumsal algıların yönetildiği bir çağdır. Bireylerin sivil toplumda özgürce örgütlenebilmeleri kamuoyunun maniple edilmesini önler. Bundan ötürü çeşitli platformlarda örgütlenmek, demokratik kültürün gelişmesini ve bireylerin özgür hareket etmelerini sağlayacaktır.

Ancak iktidarlar, bu durumda politikalarını halka daha zor kabul ettireceklerinden yahut icraatlarının ardından daha profesyonel ve organize tepkiler alacağından yukarıda bahsedilen portreyi istemeyebilirler. Bunu önlemek için ise çeşitli argümanlar kullanırlar. Yasalar, kararlar, idari işlemler sayesinde bu durumu lehlerine olacak düzeye getirebilirler. İşte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iktidar doğasını dikkate alarak özgürlüklerin en geniş şekli ile yorumlanması gerektiği ve muğlak ifadelerle özgürlüklerin kısıtlanmaması gerektiğini kararlarında vurgulamaktadır.

12 Eylül 2010 referandumu ile anayasal bir kurum olarak düzenlenen ve 2012 yılında kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsman), 2013 yılından itibaren şikayet başvurularını almaya başlamıştır. Kuruluşundan itibaren geniş halk kitlelerinin katıldığı gösteri ve yürüyüşler ülke genelinde vuku bulmuştur. Bu toplantılarda kolluğun ölçsüz güç kullandığına ilişkin şikayetleri inceleyen Kamu Denetçiliği Kurumu, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını AİHM'in içtihatları çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu durumda esas olarak kolluğun gösterilere müdahalesini AİHM çerçevesinde değerlendirmiş, bu müdahaleye zemin hazırlayan kanunî metinlerin günün şartlarına ve demokratik toplum kriterlerine uygun olmadığını belirtmiştir. Bunun yanı sıra kolluğun eylemlere müdahalesinin sebep ve sonuçlarını irdeleyen Kurum, bu bağlamda idareye kolluğun eğitimi, kamu otoritesinin ve yargı mercilerinin gösteriler karşısında nasıl bir tutum takınması gerektiğini göstermeye çalışmıştır.

Ölçülülük ilkesi demokratik bir toplumda iktidar ve bireyin karşı karşıya geldiği anlarda iktidarın birey özgürlüklerine müdahalesinin sınırlarını belirleyen temel bir ilkedir. Ancak bu ilkenin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına müdahalenin somutlaştırılması noktasında sorunlar oluşabilmektedir. Dolayısıyla AİHM'in bu noktada içtihatlarının ülkelere rehber olması idarenin keyfilikliğini ve hakkın özünün korunması açısından elzemdir. Bununla beraber yerel kurumların bu ilkeyi ülkenin somut şartlarına uygun olarak değerlendirmesi ve iktidarlara yol göstermesi demokratik toplumun dinamiklerinin oluşması ve iyi yönetim açısından kilit rol oynamaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumu hassas toplumsal olaylarda idarenin müdahalesinin sınırlarını somutlaştırarak ölçülülük ilkesinin soyut bir tasavvurdan çıkararak somut bir norma dönüşmesi hususunda çaba göstermektedir.



**KAYNAKÇA****Kitap/Makale**

- ATASOY, Ömer Adil (2002). Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt No: 19,
- ATAY, Ender Ethem (2012). **İdare Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara.
- AZRAK, Ali Ülkü (1993). İdari Yargı Kararlarında Anayasaya Uygunluk Sorunu, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 9, Ankara.
- DOĞRU, Osman, Atilla Nalbant (2013). **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi**, Pozitif Matbaa, Ankara.
- GÖZLER, Kemal (2009). **İdare Hukuku Cilt 2**, Ekin Kitabevi, Bursa.
- GÜNDAY, Metin (2011). **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara.
- HARRİS, David, O'Boyle, Michael, Bates, Ed, Buckley, Carla (2013). **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Şen Matbaa, Ankara.
- KARAHANOGULLARI, Onur (1996). İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasın İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 45, Sayı 1-4.
- KABOĞLU, İbrahim (2002). **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, Ankara.
- KABOĞLU, İbrahim (2005). **Anayasa Hukuku Dersleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- KAYA, Cemil (2014). **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul.
- METİN, Yüksel (2002). **Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayınları, Ankara.
- OĞURLU, Yücel (2002). **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayınları, Ankara.
- ÖZAY, İlhan (2002). **Gün Işığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul.
- RUMPF, Cristian (1993). Ölçülülük İlkesinin Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt No: 10.

SAĞLAM, Fazıl (1982). **Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasının Özü**, A.Ü.S.B.F. Yayınları, Ankara.

ŞİRİN, Tolga (2013). **30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**, 12 Levha Yayınları, İstanbul.

TAN, Turgut, Şeref Gözübüyük (2010). **İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1**, Seçkin Yayınları, Ankara.

TANYAR, Ziya Çağa (2011). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 60, Sayı 3.

YILDIRIM, Ramazan, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy (2013). **İdare Hukuku**, XII Levha Yayınları, İstanbul.

## **Kararlar**

Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas No: 2004/90, Karar No: 2008/78, Karar Tarihi: 11/03/2008.

Aşıcı ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No: 17561/04, Karar Tarihi: 15/06/2010. 7

Serkan Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No: 25499/04, Karar Tarihi: 13/10/2009.

Turan Biçer /Türkiye Davası, Başvuru No: 3224/03, Karar Tarihi: 30/11/2010.

Akgöl ve Göl/ Türkiye Davası, Başvuru No: 28495/06 ve 28516/06, Karar Tarihi: 17/05/2011.

Açık ve Diğerleri/ Türkiye, Başvuru No: 31451/03, Karar Tarihi: 13/01/2009.

Biçici/Türkiye Davası, Başvuru No: 30357/05, Karar Tarihi: 27/05/2010.

Çetinkaya/Türkiye Davası, Başvuru No: 75569/01, Karar Tarihi: 27/06/2006.

Demir ve Baykara/Türkiye Davası, Başvuru No: 34503/97, Karar Tarihi: 12/11/2008.

Gülizar Tuncer/Türkiye Davası, Başvuru No: 12903/02, Karar Tarihi: 08/02/2011.

Nurettin Aldemir ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No: 32124/02, Karar Tarihi: 18/12/2007.

Gün ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No: 8029/07, Karar Tarihi: 18/06/2013.

İzci/Türkiye Davası, Başvuru No: 42606/05, Karar Tarihi: 23/07/2013.

Oya Ataman/Türkiye Davası, Başvuru No: 74552/01, Karar Tarihi: 05/12/2006.

Pekaslan ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No: 4572/06, Karar Tarihi: 20/03/2012.

Saya ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No: 4327/02, Karar Tarihi: 07/10/2008.

Kamu Denetçiliği Kurumu Tavsiye Kararı, Karar No: 2013/ 90, Karar Tarihi: 03/12/2013.

Kamu Denetçiliği Kurumu Tavsiye Kararı, Karar No: 2013/ 69, Karar Tarihi: 05/11/2013.

Kamu Denetçiliği Kurumu Tavsiye Kararı, Karar No: 2013/ 33, Karar Tarihi: 08/10/2013.

# İDAREYİ DENETLEYEN İKİ ANAYASAL KURUMA İLİŞKİN KISA BİR DEĞERLENDİRME: DEVLET DENETLEME KURULU-KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

Onur Onat\*

## ÖZET

Otuz sene arayla iki 12 Eylül yaşayan Türkiye, çalışmanın konusunu oluşturan iki ayrı kurumla tanışmıştır. Bunlardan ilki, 1980' in 12 Eylül'ünün miras bıraktığı Devlet Denetleme Kurulu (DDK); ikicisi ise, 2010' un 12 Eylül' ünün armağan ettiği Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK) dur. Bu iki kurum, bazı açılardan benzerlik gösterse de farklılıkları içlerinde barındırmaktadır. Bu çalışma, iki kurum arasında bir karşılaştırma yapıp geleceğe dönük önerileri sıralarken Türkiye' de parlamenter demokrasiye olan bakışın nasıl değişmesi gerektiğini de tartışacaktır. Bir tarafta Danışma Meclisi tutanakları ve 406 sayılı KHK'nın<sup>1</sup> düzenlemesi, diğer tarafta Anayasa Uzlaşma Komisyonu tutanakları yapılacak değerlendirmelere rehber olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Devlet Denetleme Kurulu, Ombudsman, parlamenter demokrasi, yeni anayasa.

## BRIEF EVALUATION ON TWO CONSTITUTIONAL INSTITUTIONS SUPERVISING THE STATE: STATE SUPERVISORY COUNCIL-OMBUDSMAN INSTITUTION

### ABSTRACT

Turkey, which experienced September 12 twice 30 years period, has met 2 different institution. One of them is the Supervisory Council of the State, the legacy of September 12 of the year 1980 and the other one is the Ombudsman Institution arised from September 12 of 2010. Besides their similarities, these 2 institution shave also so medifferences. This essay discusses how should the way we look at parliamentary democracy be changed, while comparig a for ementioned above and making recommendations for the future Minutes of the Advisory Council and Statutory Decree numbered 406 in one hand and the negotiations of the Constitution Commission for Concilation in the other hand will guide the evaluations rendered in this essay.

**Keywords:** The Supervisory Council of the State, Ombudsman, parliamentary democracy, new constitution.

\*Kamu Denetçiliği Uzman Yardımcısı, onur.onat@ombudsman.gov.tr

<sup>1</sup>2443 ve 3056 Sayılı Kanunlarla 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararıyla Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.

## GİRİŞ

12 Eylül 1980, Türkiye’ de yeni bir dönemin başlangıç tarihidir. Cumhurbaşkanı seçimlerini sonuçlandıramamış TBMM kapatılmış; dönemin başbakanı, bakanları, milletvekilleri, senatörleri ve çeşitli akımlara mensup siyasetçileri cezaevlerine konulmuş; demokrasinin kurumları olan siyasi partiler ve birçok sivil toplum kuruluşu kapatılmıştır. Sözün özü 1946 yılında başlayan çok partili demokrasi serüveni Türkiye için üçüncü kez darbe durağında durmuştur.

Yaşanan toplumsal, ekonomik ve siyasal hadiseler, halkı tükenme noktasına getirmiştir. Bu sebeple, gerçekleştirilen askeri müdahale 12 Eylül öncesindeki “kaos”a tercih edilmiştir. Halkın içinde bulunduğu bu yaklaşıma paralel olarak yönetimi ele geçirenler de eski döneme yönelik tepkisel bir tutum belirlemişlerdir (Özsoy, 2013: 402). Öngördükleri yeni yapı için en etkili vasıta olarak da hukuk düzeninde yapılacak değişiklikleri ele almışlardır.

1970’li yıllarda çokça tartışılan 1961 Anayasası, darbe yönetiminin hedef tahtasına koyduğu en önemli yasal düzenleme olmuştur. Çünkü 12 Eylül öncesinde yaşanan anarşi ve terörün kaynağı olarak dönemin anayasasının özgürlükçü anlayışı görülmüştür.<sup>2</sup> Gerçekten de 61 Anayasası, haklar bakımından daha özgürlükçü bir düzenlemedir. 1924 Anayasası’yla karşılaştırılınca bu çok daha net olarak gözler önüne serilir. Ancak 12 Eylül öncesinde yaşanan sokak olaylarını, kanlı cinayetleri ve katliamı andıran toplu infazları bir ülkenin temel yasasına bağlamak da insafa sığmamaktadır.

1961 Anayasası’nın bir başka eleştirilen noktası ise, yürütme organının güçsüz kılınması olmuştur. 1924 Anayasası meclis hükümeti sisteminin biraz daha yumuşatılmış haliyken 27 Mayıs Askeri Müdahalesi sonrasında hazırlanan anayasa, parlamenter sisteme daha yakın çift meclisli bir modeli uygun görmüştür.

24 Anayasası’nda yürütme yetkisi meclise ait bir yetki olarak düzenlenmiştir; bu yetkisini meclis, seçtiği cumhurbaşkanı ve onun tayin ettiği bakanlar kurulu eliyle kullanmıştır. 1961 Anayasası ise yürütme organının cumhurbaşkanı ile bakanlar kurulundan oluşacağını belirtse de bu organın “yetkili” olması yerine “görevlerle” yükümlü olmasını öngörmüştür. İşte bu yaklaşıma bağlı kalan 61 Anayasası, 27 Mayıs öncesi yaşanan Demokrat Parti tecrübesini de göz önüne alarak yürütmeyi sınırlayıcı birçok hükme yer vermiştir. Bütün bunlar 12 Eylül’ e giden süreçte yürütme ve idarenin hızlı karar alamadığı, yaşanan hadiselerle geç müdahale edebildiği ile kamu düzenini sağlayamadığı eleştirilerine sebep olmuş ve yürütmenin güçlendirilmesi fikrine ağırlık kazandırmıştır (Kuzu, 1987: 150-160).

“Güçlü yürütme” arzusu, yürütme organının tamamı için değil özellikle cumhurbaşkanı için düşünülmüştür. Cumhurbaşkanlığı, tarafsız ve devletin başı olma konumuyla kamu otoritesinin kaybına engel olabilecek en doğru makam olarak seçilmiştir (Özbudun, 2009: 64). Denge kuracağı ve devletin menfaatlerini önde tutarak güvenilmeyen

<sup>2</sup>Devlet Başkanı Kenan EVREN, Danışma Meclisi’nin açılışı dolayısıyla 23/10/1981 tarihinde yaptığı konuşmasında bu hususa ilişkin şu değerlendirmeleri yapmıştır: “Bugüne kadar Anayasadan kaynaklanan sıkıntıları sizler de gördünüz ve bizzat içinde yaşadınız. Bu Anayasayı evvelce hazırlayanlar veya bunda çıkarılanları onu hala savunabilirler. Ancak, ortada bütün çıplaklığı ile duran bir hakikat var ki, bu hakikat Türkiye’nin geldiği 12 Eylül önceki durumdur: Kişi hak ve özgürlüklerini hudutsuz olarak genişletip koruyalım derken; Devletin de bekası için birtakım hak ve yükümlülükleri olduğunu, kişi özgürlüğü uğruna Devleti güçsüz, bir şey yapamaz duruma getirmeye de hakkımız olmadığını, kısaca kişi hak ve özgürlüklerinin hudutsuz olamayacağını da hatırdan çıkarmamamız gerektiğini vurgulamak isterim.”

siyasileri kontrol edebileceği umulan cumhurbaşkanının 61 Anayasası'ndaki hakem rolü yerini “devletin babası” konumuna bırakmıştır.

Yeni anayasa hazırlanması aşamasında kurulan Danışma Meclisi ve 12 Eylül Darbesi'ni gerçekleştiren dönemin kudretli paşalarından kurulu Milli Güvenlik Konseyi, bu yaklaşımlar ışığında hareket etmiştir. Gücü arttırılan yürütme organının içinde baskın cumhurbaşkanı figürünü ve bunu sağlayacak anayasal müesseseleri tasarlamışlardır. Bu kurumlardan biri de 03.04.1981 tarihli Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe giren Devlet Denetleme Kurulu'dur.

Aslında yeni anayasanın yazımından önce kanunla ihdas edilmiş bir kurum olan Devlet Denetleme Kurulu'nun anayasada yer alması da arzu edilmiştir. Çünkü anayasa ile cumhurbaşkanına verilecek tüm devlet organları üzerindeki “gözetim” yetkisinin kullanımı sırasında bazı araçlara ihtiyaç duyulmuştur. Devlet Denetleme Kurulu da bu eksikliği gidermek için cumhurbaşkanının “yönetim” üzerindeki gözü olup anayasadaki yerini almıştır.

12 Eylül 2010 ise, Türkiye' de oldukça tartışmalı bir başka dönemin başlangıç tarihidir. Siyasal iktidar geniş çaplı bir anayasa değişikliğine yönelmiş, Anayasa Mahkemesi ve HSYK ile ilgili maddelerde radikal dönüşümler öngörölmüş, ayrıca 12 Eylül sürecine yargısal koruma sağlayan geçici 15. madde başta olmak üzere birçok anayasa maddesinde değişiklik tasarlanmış, bunlar için hazırlanan paketin mecliste gereken oy çoğunluğuna ulaşamaması nedeniyle halkoylaması yolu gözökmüş ve yapılan oylama sonunda geçerli oyların %57.88'i değişikliğe “evet” demıştır.

Kimilerine göre bu halkoylamasıyla Türkiye, “ileri demokrasi” noktasına ulaşmışken, kimilerine göre ise yargı bağımsızlığını yitiren bir ülke konumuna gelmiştir. Ancak 2010 anayasa değişikliği nereden bakılırsa bakılsın hukuk sistemimize yeni mekanizmaları da kazandırmıştır. Bunlardan biri idarenin işleyişini denetlemekle ve yeri geldiğinde tavsiye niteliğinde kararlar vermekle görevli olan Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)' dur.

2004 yılının sonunda tam üyelik müzakerelerine başlayan Türkiye, Avrupa Birliği sistemine entegre olmak için çabalarını arttırmıştır. Bunun sonucu olarak 2003, 2004 ve 2005 yıllarında birçok konuda anayasal ve yasal değişikliklere gidilmiştir. Hazırlanan AB İlerleme Raporlarında da kendisine yer bulan “ombudsmanlık” müessesesinin kurulması da bu dönemde gündeme gelmiştir.

2006 yılında kanun çıkarmak suretiyle ihdas edilmek istenen ombudsmanlık sistemi, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili düzenlemeyi iptal etmesi üzerine rafa kaldırılmıştır. Ancak 2010 anayasa değişikliği sırasında tekrar gündeme alınan ombudsmanlık (iptal edilen kanundaki ismiyle kamu denetçiliği), anayasaya taşınmış ve bir anlamda AB uyum sürecinde yarım kalan bir ödev tamamlanmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere otuz sene arayla iki 12 Eylül yaşayan Türkiye, çalışmanın konusunu oluşturan iki ayrı kurumla tanışmıştır. Bunlardan ilki, 1980' in 12 Eylül'ünün miras bıraktığı Devlet Denetleme Kurulu; ikicisi ise, 2010' un 12 Eylül' ünün armağan ettiği Kamu Denetçiliği Kurumu' dur. Bu iki kurum, bazı açılardan benzerlik gösterse de farklılıkları içlerinde barındırmaktadır. Bu çalışma, iki kurum arasında bir karşılaştırma yapıp geleceğe

dönük önerileri sıralarken Türkiye’de parlamenter demokrasiye olan bakışın nasıl değişmesi gerektiğini de tartışacaktır. Bir tarafta Danışma Meclisi tutanakları ve 406 sayılı KHK’nın düzenlemesi, diğer tarafta Anayasa Uzlaşma Komisyonu tutanakları ise yapılacak değerlendirmelere rehber olacaktır.

## 1. Cumhurbaşkanının İdareyi Denetleyen Eli: Devlet Denetleme Kurulu

### 1.1. Anayasa Koyucunun Devlet Denetleme Kurulu Hakkındaki Değerlendirmeleri

6 Eylül 1982 tarihinde yapılan Danışma Meclisi toplantısında Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan “ Devlet Denetleme Kurulu” başlıklı 152. madde tekrar ele alınmıştır. İlgili madde:

*“Yönetimin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak, kurulan Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta, kamu kurumu niteliğinde olan meslek teşekküllerinde, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar; sonuçları rapor halinde Cumhurbaşkanına sunar.*

*Silahlı Kuvvetler ve yargı organları, Devlet Denetleme Kurulunun görev alanı dışındadır.*

*Devlet Denetleme Kurulu, dokuz üyeden oluşur; üyeler ve üyeleri içinden Başkan, kanunda belirlenen nitelikteki kişiler arasından Cumhurbaşkanınca atanır.*

*Devlet Denetleme Kurulunun kuruluşu, işleyişi üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, kanunla düzenlenir.”* ifadelerine yer vermiştir(Danışma Meclisi, 1982: 643-644).

Görüşmeler sırasında söz alan bazı meclis üyeleri, verdikleri değişiklik önerileriyle bu maddeye yönelik muhalif tutumlarını göstermişlerdir. Bu üyelerden biri de Cahit Tutum’dur. Kendi düşüncelerini ortaya koyan Tutum:

“... ülkemizde denetim sistemi konusu, sanıyorum ki dünyanın hiçbir ülkesinde rastlanmayacak bir garabet arz etmektedir. Katlı, adeta birbirinin üstünde, piramit gibi denetim organları vardır. Türkiye’de icraat yoktur, denetim vardır.

Devlet Denetleme Kurulu, aslında bugünkü haliyle, bir kamu ve özel hukukun birbirine karışmasını temsil eden suiijenerist bir teşekkül halindedir. Eğer bu gerekliyse, bir kanunla bugünkü gibi kurulur ve varlığı bir süre devam eder, bakılır; ... denenir, eğer varlığını sürdürebilecek güce kavuşursa, varlığını sürdürür. Varlığını sürdüremezse, ... , kendi kendini giderir.

Dolayısıyla, Devlet Denetleme Kurulunun bu şekilde Anayasada yer almasının doğru olmadığını düşünüyorum. Eğer mümkünse, onun yerine, belki Batı Avrupa’da ve İskandinav ülkelerinde rastlanan ombudsman “kamu denetçisi” adıyla bir organın ihdasında belki yarar olabilir.” ifadelerine yer vermiştir (Danışma Meclisi, 1982: 644-645).

Yapılan konuşmada Devlet Denetleme Kurulu'nun anayasal bir kurum haline getirilmesi yerine ilk önce çalışmalarının izlenip ona göre bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı vurgulanmıştır. Ayrıca 1980'ler Türkiye'sinde de günümüzdeki gibi denetim birimlerinin çokluğuna değinilmiştir. Yukarıdaki ifadelerde yer alan ve çalışmanın bir parçasını oluşturan ombudsmanlık kurumunun anayasal bir kurum olarak düzenlenebileceği söylemi ise çok önemlidir. Özellikle bu yaklaşım, idareyi denetleyen alışılmış kurumlar yerine farklı bir bakış açısı sunacak yapılara olan özlemi de göstermektedir.

Bir başka muhalif üye ise Turgut Yeğenağa'dır ve şu ifadelerle düşüncelerine açıklık getirmiştir:

“Şimdi, bütün bu bürokrat grubu Denetleme Kurulunu tahrik edecektir; ispiyonluk başlayacaktır, bir nevi jurnal müessesesi olacaktır bunlar. Yalnız Cumhurbaşkanının muttali olduğu bir konuyu kovuşturacak değil, bir nevi jurnal müessesesi olacaktır ve her zaman hükümetle Cumhurbaşkanlığı müessesesi arasında bir sürtüşme kaynağı olacaktır.” (Danışma Meclisi, 1982: 646)

Benzer ifadelerle konuşmasında yer veren Akif Erginay ise şu şekilde açıklamalarda bulunmuştur:

“Şimdi siz bu maddeleri kabul ederseniz, ortada adeta iki başbakan olacaktır; birisi bildiğimiz başbakan, birisi de Cumhurbaşkanı. Çünkü Cumhurbaşkanı, belki gizli anlamda üstelik başbakanı da denetime tabi tutabilecektir. Bu iki büyük organ birbirine rakip midir, yoksa birbirini tamamlayıcı mıdır?

...

Kaldı ki bu durum, Cumhurbaşkanının o yüksek mevki bakımından da zararlıdır. Çünkü ‘Cumhurbaşkanı, dikkat edin, yarın sizi de, beni de filan kurul tarafından kontrol edecektir.’ şeklinde böyle bir hükmün bulunması halinde, onun zaafına; daha doğrusu kendisine karşı bir tereddüte sevk edebilir. O yüksek Makam bütün teşkilat bakımından tarafsızdır, bu anlamda bir denetim olmaktan çok, yüksek, tarafsız ve bütün organların üzerinde hâkim elini gösteren bir organdır. Ona itimat etmek gerekir, ama onun yapacağı özel bir denetimden sonra ne olacaktır? Onun vazifesine bu girmez, girmemesi lazım.” (Danışma Meclisi, 1982: 647)

Yukarıda art arda sözlerine yer verilen üyeler, özellikle Devlet Denetleme Kurulu' nun cumhurbaşkanına vereceği denetim gücü ile başbakan ve diğer devlet organlarının üst yöneticilerinin karşı karşıya gelmesi durumuna değinmişlerdir.

Bu konuda pek de haksız sayılmazlar. Çünkü sınırları iyi çizilmeyen bir denetim mekanizması marifetiyle hareket edecek güçlü cumhurbaşkanı “Olympos Dağı'ndaki Zeus” gibidir. Özellikle cumhurbaşkanlığının ve hükümetin farklı siyasi düşünceleri paylaşan aktörlerden oluşması halinde Devlet Denetleme Kurulu, cumhurbaşkanının etkisini arttıracak bir kurum konumundadır(Soybay, 1984:108). Bu yönüyle de Kurul' la ilgili düzenlemelerin çok dikkatli şekilde kaleme alınması gerekmektedir. Ancak az sonra değineceğimiz üzere Danışma Meclisi'nin çoğunluğu bu görüşlere taraftar olmayarak düzenlemenin anılan şekilde kabulünden yana olmuştur.

Bu çerçevede meclis üyesi Halil Erdoğan Gürel konuşmasında şu ifadelere yer vermiştir:

“Sadece bilgi toplamak maksadına matuf ve siyasi otoritenin veya hükümetin emrinde bulunmayan bir organın çalışmasının hiçbir mahzuru yoktur, Cumhurbaşkanının, belki şimdiye kadar verilen tayin yetkileriyle kuvvetli olduğunu söylediğimiz maddelerin dışında, en kuvvetli madde budur. Cumhurbaşkanını kuvvetli kılan madde, ancak budur. Yoksa bir mahkeme başkanının tayin edilmesi Sayıştay Başkanının, TRT Genel Müdürünün tayin edilmesi ona güç kazandırmaz; ancak icra ile ilgili konularda bilgi sahibi olabilmesi ve bu bilgilerin değerlendirilmesi konusunda uzmanlardan istifade etmesi, ancak kendisine kuvvet kazandırır.” (Danışma Meclisi, 1982: 648)

Ayrıca Anayasa Komisyonu Başkanı Orhan Aldıkaçtı da kendisine söz verilmesi üzerine benzer olan şu ifadeleri kullanmıştır:

“Yalnız burada ‘Ombudsman’ müessesesinin benimsenmesine katılmıyoruz; Ombudsman, parlamentoyu temsil eden bir müessesedir, bir kişidir; ihtilafları çözer. Hâlbuki bizim burada düzenlenen Devlet Denetleme Kurulumuz, idarenin hukuka uygunluğunu, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve gelişmesinin sağlanması amacıyla; yani aslında burada, bizdeki Denetim Kurulu, Devlet Başkanına, Sayın Uyguner’ in de çok güzel belirttikleri gibi, 113 üncü maddede belirtilen, sayılan yetkilerini gereği gibi yerine getirmesini sağlamak amacıyla kurulan yardımcı bir kuvvettir.

...

Bundan dolayıdır ki, bu hükmün Anayasaya konmasına karşı olan arkadaşlara, başka türlü bir denetim kuvvetinin yahut da sisteminin varlığını kabul etmekle beraber, Devleti yönetmekle; diyelim 113 üncü maddeye göre Devlet faaliyetlerinin Anayasaya uygunluğunu gözetmekle yükümlü Devlet Başkanına bu yetkinin verilmesi, bugünkü ortamda fazla değildir ve eğer bu yetki bir Anayasal hüküm olmaktan çıkartılırsa, belki ileride yeniden kötü durumlara, eski hallere dönmek ihtimali vardır.” (Danışma Meclisi, 1982: 648-649)

Devlet Denetleme Kurulu’nun kuruluş felsefesi hakkında çok önemli ipuçları veren bu ifadeler aynı zamanda oldukça düşündürücüdür. Cumhurbaşkanının gücünü etkin kullanması amacıyla oluşturulduğu anlaşılan Kurul’ un bilgi edinme konusuyla sınırlı çalışacağı bahsedilmiştir. Ancak kurulma gayesiyle birlikte bu düşüncenin ele alınması farklı bir kanıyı kuvvetlendirmektedir. Özellikle Kurul’ un cumhurbaşkanını güçlü kıldığına yönelik ifadeler uygulamanın farklı olacağını göstermektedir. Sonuçta Devlet Denetleme Kurulu’ndan beklenen cumhurbaşkanının idare üzerindeki “gözetim” aygıtı olmasıdır(Soybay, 1984:110).

Ayrıca ombudsmanlığın tercih edilmemesine yönelik Anayasa Komisyonu Başkanının yaptığı açıklamalar da ilgi çekicidir. Bu noktada parlamentoya bağlı olan ve idareye ilişkin şikâyetlerin çözüm yeri olarak nitelendirilen ombudsmanlık kurumunun “güçlü cumhurbaşkanı” figürüne uymadığı mesajı verilmiştir.<sup>3</sup> Ayrıca halkın iradesinin tecelli ettiği parlamentoya duyulan güvensizlik de ombudsmanlığın kurulmasına karşı oluşan iradede kendini göstermiştir. Özellikle demokratik yollarla gelen temsilciler yerine devlet bakış açısının temsilcisi konumundaki bürokratlara olan güven ağır basmıştır. Parlamenter

<sup>3</sup> Oysa 1982 Anayasası’ nın hazırlık aşamasında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyelerinden oluşan bir grup tarafından ortaya konulan “Gerekçeli Anayasa Önerisi” nde ise “Kamu Denetçileri Kurulu” adında ombudsmanlık benzeri bir kurum ihdası öngörülmüştür. Anılan önerinin 114b maddesi gerekçesinde, bu kurumla ilgili şu çarpıcı ifadelere yer verilmiştir: “Kamu Denetçileri Kurulu vatandaşların özgürlüklerinin gerçekleşmesini gözetmek yanında onların dilek ve şikâyetlerinin izlenmesinde, toplanıp değerlendirilmesinde, edindiği deneyimler ışığında yönetime iyileştirici öneriler getiren bir kurum olacaktır.”Ancak bu öneri kabul görmemiştir.



demokrasiye ters düşen bu anlayış “eski hallere dönme” korkusunun körüklenmesi marifetiyle de gizlenmeye çalışılmıştır.

Danışma Meclisi’nde gerçekleştirilen tartışmalarla önerilen 152. madde, Anayasa’nın “İdare” başlıklı ve “İdarenin esasları, idarenin bütünlüğü” alt başlıklı kısmında yer aldığı gerekçesiyle ilk cümlesindeki “Yönetim” kelimesinin “İdarenin” olarak değiştirilmesiyle kabul edilmiştir. Milli Güvenlik Konseyi ise küçük birkaç değişiklik yaparak maddeyi “Yürütme” başlıklı bölümün “Cumhurbaşkanı” başlıklı kısmına 108. madde olarak yerleştirmiştir.<sup>4</sup> Bu suretle Kurul’ dan beklenen faydaya uygun anayasal zemin oluşturulmuştur.

## **1.2. 406 Sayılı KHK Aracılığıyla Devlet Denetleme Kurulu’nun Yetkisindeki Değişikliğe Bakış**

Anayasal anlamda DDK’nın konumlandırılışı yukarda bahsedilen aşamalardan geçtikten sonra 16.01.1990 tarihli 406 sayılı KHK aracılığıyla kurumun yetkilerinde çok büyük bir değişiklik yapılmıştır. İlgili KHK’nın 2. maddesi 2443 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Kurulması Hakkında Kanun’ un 6. maddesini şu şekilde yeniden kaleme almıştır:

*“Kurul adına hazırlanan raporlar, Kurulda konuşulur ve Cumhurbaşkanına arz edilmek üzere karara bağlanır.*

*Kurul raporları Cumhurbaşkanının onayı alındıktan sonra Başbakanlığa gönderilir.*

*Kurul raporlarında; incelenmesi, teftişi, tahkiki veya dava açılması istenilen konular en geç kırk beş gün içinde gereği yapılmak üzere Başbakanlıkça yetkili mercilere intikal ettirilir. Sonuçtan Başbakanlık aracılığı ile Cumhurbaşkanlığına bilgi verilir.*

*Cumhurbaşkanı gerek gördüğünde önemli konularla ilgili raporları doğrudan adli ve idari mercilere intikal ettirir.”*

Bu değişikliğin madde gerekçesinde ise şu ifadeler yer verilmiştir:

*“2 inci madde ile 2443 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi değiştirilmektedir.*

*Mevcut hükümde, Devlet Denetleme Kurulunca görüşülüp karara bağlanan ve Cumhurbaşkanının onayı alındıktan sonra Başbakanlığa ve diğer alakalı kuruluşlara gönderilen raporlar hakkında ne gibi bir işlem yapılacağı açıklanmamıştır.*

*Bu konu bir eksiklik olarak görülmüş ve benzer bir kuruluş olan Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu hakkındaki mevzuat hükümleri de nazara alınarak yeni bir düzenlemeye gidilmiştir.”*

<sup>4</sup>Ayrıca Danışma Meclisi Genel Kurulu’nun kabul ettiği anılan 152. maddenin birinci fıkrasında yer alan “ sonuçları rapor halinde Cumhurbaşkanına sunar” ifadesini de MGK Anayasa Komisyonu herhangi bir gerekçe göstermeksizin metinden çıkarmıştır. Diğer değişiklikler için de bkz. Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, M. G. Konseyi: 1/ 397, 1982.

Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu, yaptığı inceleme, araştırma ve denetimlerin sonucunda hazırladığı raporları 2443 sayılı kanun gereği cumhurbaşkanına sunmaktadır. Bu kapsamda ilgili raporların türlerine göre etki doğurabilmesi cumhurbaşkanının iradesine bağlanmıştır. Ancak 406 sayılı KHK ile raporlarda istenen *incelenme, teftiş, tahkik veya dava açılma* hususlarında Başbakanlığa *gereği* yapılmak üzere tahdidi bir süre verilmiştir. Kanunun değişiklik öncesindeki halinde de “*gereği*” ifadesine yer verilmesine rağmen yeni düzenlemede sınırlı bir sürenin öngörülmesi ve yapılması istenen hususlara ayrı ayrı açıklık getirilmesi, cumhurbaşkanı tarafından gönderilen raporların bağlayıcılığını güçlendirmektedir.<sup>5</sup>

Ayrıca ilgili düzenlemede yer alan son fıkra da cumhurbaşkanının başka vasıta kullanmadan ilgili raporların gereğinin yapılmasını isteyebileceğini belirtmektedir. Bu husus “*gerek gördüğünde önemli konularla ilgili raporlar*” için geçerli gibi gözükse de cumhurbaşkanının takdirinin baskın olması her konunun bu şekilde ilgili mercilere intikalini gündeme getirebilecektir.

Peki, Başbakanlık vasıtasıyla önüne gelen raporlarda istenen çalışmayı yapmakla yükümlü olduğu sonucuna vardığımız merciler, doğrudan cumhurbaşkanı tarafından aynı taleplere muhatap olursa ne yapmalıdır? Bu noktada ilgili istemlere kayıtsız kalınamayacağı düşüncesine öncelik verilmesi uygun olacaktır. Çünkü düzenlemeyi yapanların gerekçede üzerinde durmadığı iradelerinde cumhurbaşkanının etki ve kudretini artırma isteği sezilenmektedir. Ayrıca yapılan değişiklikte Başbakanlık vasıtasıyla yapılan bildirimlerdeki isteklerin bağlayıcılığının kuvvetlendiği düşüncesinden hareket edildiğinde doğrudan ulaştırılan raporlardaki taleplerin yerine getirilmesi zorunluluğu evleviyetle kabul edilmelidir. Sonuç olarak bu değerlendirmeler ışığında doğrudan cumhurbaşkanlığından gelen raporların gereği olarak idari mercilerin istenen işlemleri/ eylemleri yapma zorunluluğu, adli mercilerin ise soruşturma başlatma zorunluluğu söz konusudur.<sup>6</sup>

Düzenlemenin irdelenmesi neticesinde ise oldukça karamsar bir tablo ortaya çıkmaktadır. Danışma Meclisi’nde yapılan toplantı sırasında itirazlara konu olan hususların birçoğunun sekiz sene sonra yapılan düzenlemeyle gerçek olabileme ihtimali gündeme gelmiştir. Başbakan ve hükümeti by-pass ederek idare üzerinde bir takım tasarruflarda bulunmaya çabalayan bir cumhurbaşkanının olması, Türkiye gibi bir ülkede her zaman söz konusudur. Siyasi yaklaşımları zıt olan aktörlerin varlığı, “devlet krizi” diye tabir edilen olumsuzluklara dahi DDK vasıtasıyla sebep olabilir. Bu çerçeveden baktığımızda anayasa koyucunun sorumsuz cumhurbaşkanı güçlendirme iradesiyle konumlandığı DDK, sorumluluk taşıyan siyasal iktidarın etki alanını daraltmıştır.

Denetimin “idarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması” adına yapılması halinde hiçbir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak siyasi güç mücadelesine alet olacak DDK, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanı Orhan Aldıkaçtı’nın ifadelerinde belirttiği şu akıbete uğrayabilir:

<sup>5</sup> Değişiklikten önceki haline ilişkin bir yorum için bkz. SOYBAY, :223) Selçuk, Devlet Denetleme Kurulu’ nun Konumu ve İşlevi-II, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 6, Sayı: 1-3, s.223

<sup>6</sup> Aksi yönde görüş için bkz. GÖZLER, Kemal ve KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, 2013, sf. 136

“... Devlet Denetleme Kurulunun da, Cumhurbaşkanlığına bağlı bir müessese olarak konmasında, düzenlenmesinde fayda görülmüştür. İnşallah ileride gereği kalmaz; **o zaman zaten Anayasada ölü bir madde haline gelir ve kendiliğinden silinir gider**” (Danışma Meclisi, 1982: 649)

## 2. Türkiye İçin Yeni Bir Kurum: Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)

12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması sonrasında kabul edilerek yürürlüğe giren 5982 sayılı anayasa değişikliğine ilişkin kanun gereğince Anayasa'nın 74. maddesine şu fıkralar eklenmiştir:

*“Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.*

*Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oyu alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.*

*Bu maddede sayılan hakları kullanma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”*

Anayasa'daki bu düzenlemeyi takiben 6329 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu yürürlüğe konulmuş olup böylece çalışmaya konu ikinci kurum da faaliyete geçmiştir. Hukuk sistemimiz için yeni olan KDK, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını hukuka uygunluk ve hakkaniyet bakımından incelemek ve öneriler sunmakla görevlendirilmiştir. Dünya genelinde farklı coğrafyalardan onlarca ülkede kendisine “ombudsmanlık” ifadesiyle yer bulan KDK, idarenin denetiminde alternatif bir aktör olarak konumlandırılmıştır.

KDK hukuk hayatında yer ettiği aşamada, Türkiye'nin gündeminde bir başka konu daha ağırlık kazanmıştır. Bu konu ise şudur: Yeni Anayasa.

1982 Anayasası'nın günün şartlarına uymadığı yönündeki haklı görüşlerin ve kamuoyu baskısının etkisiyle 10 Ekim 2011 tarihinde TBMM bünyesinde yeni anayasa önerisini yazmakla görevli Anayasa Uzlaşma Komisyonu kurulmuştur.<sup>7</sup> Komisyon anayasal çerçevede birçok konuyu tartışmıştır. Bunlardan biri de “kamu denetçiliği” mekanizmasının yeni anayasal düzendeki konumu ve işlevidir.

Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nda temsil edilen TBMM' de grubu bulunan dört partinin kamu denetçiliği ile ilgili farklı önerileri olsa da çoğunlukla mutabık kaldıkları metin(gerekçeli ve notlu) şu şekilde ortaya koyulmuştur:

<sup>7</sup>Faaliyetlerini sürdüren TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, temsil edilen siyasi partilerden birinin 19, 25 Kasım 2013 ve 25 Aralık 2013 tarihlerinde üst üste üç kez toplantıya katılmaması üzerine kendiliğinden dağılmıştır (Gerekçesi için bkz. Anayasa Uzlaşma Komisyonu Çalışma Usulleri m. 9, erişim için ayrıca bkz. <http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/calismaesaslari.aspx>, [ 16.01.2015]).

## **“Kamu denetçiliği**

**Madde 105.** (1) Herkes kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.

(2) Kamu denetçiliği, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına, idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.

(3) Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından üye tamsayısının üçte ikisinin (AK Parti Önerisi: beşte üçünün) gizli oyuyla ancak bir defalığına beş yıl için seçilir. Liyakat ve insan hakları alanında temayüz etmiş kamu başdenetçisi adayları, seçimden önce Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde ilgili komisyon tarafından kamuya açık olarak dinlenir. Bu komisyon her adayın başvuru dosyasını inceleyerek hazırlayacağı raporu Genel Kurula sunar.

(4) Kamu başdenetçisi yetki ve görevlerini tarafsızlık ve bağımsızlık içinde yerine getirir. Kamu başdenetçisi, göreviyle ilgili olarak yaptığı açıklamalardan sorumlu tutulamaz.

(5) Kamu başdenetçisi, temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla idareye yönelik şikâyetleri araştırma ve inceleme; idareye önerilerde bulunma; taraflar arasında arabuluculuk yapma; gereken hallerde savcılığa suç duyurusunda bulunma; kanunda belirtilen istisnai hallerde anayasa şikâyeti başvurusunda bulunma yetkisine sahiptir.

(6) Kamu başdenetçisi her yasama yılının başında Türkiye Büyük Millet Meclisine kendi çalışmalarına ilişkin olarak yıllık rapor sunar. Ayrıca kamu vicdanını rahatsız eden hallerde re'sen ya da Türkiye Büyük Millet Meclisinin talep etmesi halinde özel öneme sahip bir konu hakkında da ayrıca rapor hazırlayabilir.

(7) Kamu Denetçiliğine ilişkin diğer hususlar Meclis içtüzüğü ve kanunda gösterilir.

**Not:** AK Parti, bu maddenin ilk 2 fıkrası ile 3. fıkrasının ilk cümlesi dışında kalan hükümleri içtüzük konusu olarak değerlendirmektedir.

**Gerekçe notu:** (1) Kamu denetçiliğinin, “Kamu idaresinin her tür eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını, insan haklarına, ayrımcılık yasağına, hukuka ve hakkaniyete uygunluk açısından incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak amacıyla” kurulacağı yazılacaktır.

(2)Olağanüstü yönetim usullerinin uygulanması kamu denetçisinin çalışmasına engel olmaz.”(TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 2013)

Yürürlükte olan 1982 Anayasası ile büyük farklılıklar içeren bu düzenleme, KDK'ya yönelik yeni bakış açısını da özetler mahiyettedir. Ancak hiç acele etmeden düzenlemenin bu hale gelene kadar olan safhalardaki yaklaşımlara bakılmasında fayda vardır.

İlk olarak Kurum' un başında yer alan başdenetçinin seçimiyle ilgili Komisyon üyelerinin ifadelerine değinilmelidir. Bu hususta üyelere biri olan Ahmet İyimaya şunları belirtmektedir:

“...ben şahsen bireysel olarak bu konuda yüksek oranlı bir seçim mekanizmasının Parlamentoda yani uzlaşmayı mecbur kılacak bir seçim oranının, seçim nispetinin, seçim usulünün benimsenmesi gerektiğinden yanayım bireysel olarak.” (TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 2013a: 1767)

Yine aynı üyeye yönelik tek turlu bir seçim yönteminde ısrarcı olmak gerekip gerekmediği yönünde bir soru yöneltildiğinde ise;

“Artık ombudsmanda da parlamento bu çoğunluğu sağlayamıyorsa bu parlamento...

... ben, burada, krizin olabileceğini zannetmiyorum. Kesinlikle, bu, uzlaşmayı zorunlu gören bir yöntemdir.”

şeklinde cevap vermiştir (TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 2013a: 1778).

Özellikle yürütme organı ve idareden (hatta yasama merciinden) bağımsız olması gereken KDK, bu niteliğini ilk olarak başdenetçinin seçimiyle ilgili nisaplarda sağlamalıdır (Erhürman, 1988:91). Çünkü yüksek oranlı bir çoğunluğun oluru alan başdenetçinin yönettiği KDK, faaliyetlerini gerçekleştirirken farklı siyasi partilerin gözünde (özellikle iktidar partisi nazarında) daha bağımsız hareket edebilecektir. Bu sebeple yürürlükteki anayasanın aksine tek turda ve üçte iki gibi yüksek bir çoğunlukla seçilmeyi zorlayan hükümler çok değerlidir. Aynı zamanda tek dönem için beş yıllığına seçimi öngören düzenleme, farklı meclis aritmetiğiyle çalışmayı ve yeniden seçilmek adına mecliste ağırlığı olan yürütme organına yakınlaşmayı bir ölçüde bertaraf etmektedir.<sup>8</sup>

Ayrıca başdenetçi adaylarının TBMM'de bir komisyon tarafından kamuya açık şekilde dinlenmesiyle ilgili Komisyon'da uzun tartışmalar yaşanmıştır. Bu konu kapsamında üye Faruk Bal'ın şu ifadeleri önemlidir:

“Bizim, eğer siyasi kültürü olgunlaştırmak ve buna kalite katmak istiyorsak bir yerden başlamamız lazım. İşte başlayacağımız yer de tam burası. Yani idarenin hakkaniyete uygun olup olmayan iş ve işlemlerinde karar verecek olan bir önemli denetim mekanizmasını oluşturuyoruz. Buraya getirilecek kişinin hakkında oy kullanacak milletvekili talimatla oy verecekse böyle bir seçimin hiçbir anlamı yok, çıkarılmı bunu anayasadan. Nasıl bilgi sahibi olabilir? Onu sorgulamakla. Bunu da yapan pek çok ülke var işte.” (TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 2013a: 1785)

Düzenlemede yer alan üçüncü fıkranın ikinci ve üçüncü cümleleri hukuk sistemiz için oldukça yeni yaklaşımlardır. Dünyada birçok ülkenin üst düzey bürokratlarının veya yüksek mahkeme üyelerinin belirlenmesinde uygulanan usulün bir benzerinin başdenetçi adaylarının seçiminde kullanılması tahayyülü oldukça heyecan vericidir. Özellikle görsel medya aracılığıyla adayları belirlemek için yapılacak mülakatların kamuoyuna duyurulması da devletin şeffaflığa verdiği önemi göstermesi açısından değerlidir.

<sup>8</sup> Benzer bir görüş için bkz. KILAVUZ R., YILMAZ A. ve İZCİ F., Etkin Bir Denetim Aracı Olarak Ombudsmanlık ve Türkiye' de Uygulanabilirliği, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 4, Sayı: 1, s. 66

Belirtilen mülakat sırasında başdenetçi adaylarında “*liyakat ve insan hakları alanında temayüz etme*” niteliklerinin değerlendirileceği de öngörülmektedir. Komisyon danışmanlarından<sup>9</sup>Doç. Dr. Selin Esen Arnwine bu konuda şu hususlara temas etmiştir:

“Bu kurumdan beklediğimiz işlevi, beklediğimiz etkiyi etkinliği yakalayabilmek için, elde edebilmek için hem kamu başdenetçisinin hem de diğer kamu denetçilerinin aranan, istenen liyakat ve diğer ölçütleri taşınması, karşılaması gerekiyor yani biz bu denetçiliği hem insan haklarının daha düzgün işlenmesi ya da bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin daha güvenceli bir hale gelmesi için istiyoruz, idarenin bu konuda daha dikkatli davranmasını sağlayacak bir moderatör olarak düşünüyoruz. Bu işlevi hakkıyla yerine getirebilmesi için, öyle bir anayasal, öylesine kurulmuş bir kurum olmanın ötesine geçebilmesi için mutlaka nitelikli bir kişinin kamu başdenetçisi olması gerekir.” (TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 2013c: 3721)

Liyakat, kamu görevlilerinin belirlenmesi sırasında başvuru önemli bir kıstastır. Ayrıca ombudsmanlık kurumunun dünya örneklerindeki gibi insan haklarının korunması ve geliştirilmesi açısından arz ettiği önem de malumdur ve bu kapsamda başdenetçinin hak savunuculuğu anlamında otorite olması da önem taşımaktadır. Ancak bu düzenlemeyle Komisyon esas olarak şu amacı gütmektedir: TBMM, başdenetçi seçimi sırasında herhangi bir şahsı değil, herkesin güvenini sağlayabilen ve sorunlara hak savunucusu gözüyle bakabilen birini seçmelidir (Erhürman, 1988:96).

Bunu Komisyon görüşmelerinde danışman Özgür Sevgi Göral şu şekilde ifade etmektedir:

“Marangozun bile, değil mi yani, bir mobilya yaptracakken ne istersin? Yani, masa yapmayı bilmesini istersin. İnsan haklarına gelince bir anda herhangi bir bürokrat olabilir, olur mu? O alanın bilgisini, doğasını, tartışmalarını, sorun alanlarını bilmesini bekleriz tabi ki.

...

Avukat olabilir, hak savunucusu olabilir, sivil toplum örgütü üyesi olabilir.” (TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 2013c: 3723)

Ortaya koyulan metinde belirtilen bir diğer husus da KDK’ nın yetkileridir. Bunun yer aldığı beşinci fıkra ise kuruma biçilen rolü göstermektedir. Komisyon, çetin tartışmalar sonucunda anayasa şikâyeti (yani bireysel başvuru) yetkisi ve taraflar arasında arabuluculuk yapma işlevini(Kılavuz, vd.,2003:54) kuruma vermiştir. Öneriler arasında yer alan “kanun teklif etme” yetkisinin KDK’ ya verilmesi konusu ise kabul görmemiştir. Bu konuda danışman Doç. Dr. Selin Esen Arnwine;

“... ombudsmanlık kurumunun dönüşümüne ve evrimine yönelik olarak ortaya çıkmış yeni bir yetki ya da yeni yetkilerden biri. Portekiz’ de, İspanya’ da, diğer pek çok Avrupa ülkesinde ombudsmanlara böyle bir yetki tanıyor, yasa teklif etme yetkisi.” şeklinde konuşurken(TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 2013b: 1797) üye Oktay Öztürk ise:

<sup>9</sup> Danışmanlar, TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Çalışma Usulleri’ nde “Danışman görevlendirilmesi” başlıklı19.madde gerekçesiyle görevlendirilmiştir. Anılan metne erişim; <http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/calismaesaslari.aspx>( 16.01.2015)

“Teklifin arkasındaki düşünce bizi ilgilendiriyor, neden Parlamente’ya bu kadar müdahale? Onu sorgulayacağız.” sözleriyle muhalif görüşünü belirtmiştir (TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 2013b: 1797).

Burada üzerinde durulması gereken nokta, anayasa şikâyeti yetkisidir. Yürürlükteki 1982 Anayasası’nın 148. maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında “bireysel başvuru” olarak adlandırılan anayasa şikâyeti müessesesinin yeni anayasa’ya da verilmesi kurumun gücüne güç katacaktır. Peki, böyle bir yetkiye neden gerek vardır?

Ombudsmanlığın diğer ülkelerdeki çalışma şekillerine bakıldığında “halk avukatı” mahiyetinde faaliyetlerine de rastlanmaktadır (Fendoğlu, 2011: 71-79). Yani haklı bulunan bireyler adına yargı mercilerine ombudsman başvurabilmekte ve böylece ilgili yasal süreçleri takip edebilmektedir. Benzer bir yöntem olan anayasa şikâyeti yetkisiyle de bireysel olarak hak aramak yerine resmi bir kurumun desteğiyle Anayasa Mahkemesi’nde dile getirilecek iddialar çok daha kabul edilebilir nitelikte olacaktır. Bu sebeplerle kurumun haklı bulduğu bireylerin başvurularıyla ilgili anayasa şikâyeti yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne gidebilmesi bir gerekliliktir. Aynı zamanda insan haklarının korunması ve geliştirilmesi niyetiyle kurulan KDK’ya hak ihlallerini önlemek amacıyla öngörülen anayasa şikâyeti yetkisinin de verilmesi kurumun varlık sebebiyle oldukça uyum içindedir.

Ancak Komisyon’daki görüşmeler sırasında bu konuda bazı çekinceler ortaya konulup “*kanunda belirtilen istisnai hallerde*” ibaresinin eklenmesi yerinde görülmüştür. Danışman Prof. Dr. Ali Akyıldız bu durumu şöyle değerlendirmiştir:

“Anayasa şikâyeti yolu, yani Anayasa Mahkemesine başvurma, kamusal haksızlıkların, kamu gücü kullanılarak yapılan işlemlerin yapılmasıyla ilgili istisnai durumlarda gerekli olabilir bir yetkidir. Aksi takdirde –Sayın İyimaya’ nın dediği gibi- arabulucusu olduğu kişinin yerine geçerek işlem yapma gibi bir duruma yol açar ki bu, kurumun mahiyetini kaydırır.

...

Öyleyse burada, vesayet altında bulunan veya henüz fiil ehliyetine sahip olmayanlar adına başvurma yetkisi verilebileceği şeklinde bir sınırlandırma yapma gereği ortaya çıkıyor. Yoksa çok genel anlaşılır ve bu gerçekten doğru olmaz.” (TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 2013b: 1799)

Anayasa şikâyeti ile ilgili yetkiyi oldukça daraltan bu yorum, maalesef Komisyon görüşmelerinde fikirlerini paylaşanların çoğunda karşılık bulmuştur. Yeni anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak olan yasal düzenlemelerde bazı sınırların korunması isteği, Komisyon’ un bu yaklaşımına yansımıştır. Oysa benzer yetkiler kurumun başka ülkelerdeki benzerlerine de tanınmıştır.<sup>10</sup> İnsan haklarına yapılan müdahalelere ve idarenin haksız muamelelerine karşı halkın avukatlığını yapan ombudsmanın anayasa şikâyetinde bulunmasından çekinmemek gerekmektedir. Hak ve özgürlükleri genişletme arzusu paylaşıyorsa böyle sınırlandırmalar getirmek doğru değildir. Ancak şu da bir gerçektir ki, kanun koyucu bu hükmü kendisi yorumlayıp kurum kanunundaki istisnaları yeniden

<sup>10</sup> Detay için bkz. TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonudanişmanı Doç. Dr. Selin ESEN ARNWİNE’ in 28.02.2013 tarihli toplantıda yaptığı konuşma. Erişim; <http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/tutanak.aspx> (16.01.2015)

belirleyecektir. Yani TBMM burada ifade edilen daraltıcı anlayışı terk edip özgürlükleri koruma düşüncesiyle düzenlemeler de yapabilecektir.

Komisyon görüşmeleri sırasında ilgili öneri bağlamında farklı konulara da değinilmekle beraber KDK’ dan beklenen işlev de ortaya konulmuştur. Danışman Prof. Dr. Ali Akyıldız’ın şu sözleri dikkate değerdir:

“Kamu Başdenetçisi dediğimiz kişi aslında Meclisin bir çeşit danışmanıdır da Meclisin görevlerinde ona yardımcı olacak kişidir, onun için bu müesseseyi tasarlamaya çalışıyoruz.” (TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 2013b: 1823)

Gerçekten de KDK’nın böyle bir işleve sahip kılınması gerekmektedir. Hem yürürlükte olan mevzuatta hem de önerilen anayasa değişikliği hükmünde belirtildiği gibi kamu başdenetçisinin faaliyetleriyle ilgili meclise yıllık rapor ve bazı durumlarda özel rapor sunma görevi bulunmaktadır. Bu raporlar vasıtasıyla kanun koyucuya idarenin işleyişindeki aksaklıklar hatırlatılmakta ve yürütme organının etkin şekilde denetlenmesine katkı sağlanmaktadır.

Tarihte danışma amaçlı kurulan birçok müessese olmuştur. Bunlardan günümüze kadar ulaşanı ise Danıştay’dır. Fakat Osmanlı’dan Cumhuriyet’e uzanan süreçte idarenin yargısal denetimi işlevinin ağır basması ve yürütme organının çoğunlukla yasal düzenlemelere yönelmesi Danıştay’ın bu konumunu sarsmıştır. Oysa günümüzde Türkiye’deki kamu yönetimi anlayışı bir danışma organına ihtiyaç duymaktadır. İşte bu sebeple Kamu Denetçiliği Kurumu, hem yargısal bir kurum olmaması hem de idareden bağımsız olması gerekçeleriyle TBMM’nin “danışma organı” sıfatını bazı faaliyetleri yoluyla üstlenebilir. Önerilen bu metin de klasik devlet organlarının fark edemediği aksaklıkların giderilmesi, daha iyi uygulamaların hâkim kılınması ve Türk kamu yönetimi bağlamında bir danışma organının konumlandırılması amacına yardımcı olabilir.

Bunlarla birlikte Komisyon’ da yapılan görüşmelerde genel anlayışın aksine bir takım görüşlerde dillendirilmiştir. Örneğin danışman Prof. Dr. Yavuz Atar sözlerinde:

“Bir de bu kamu denetçisine çok büyük bir işlev yükliyorsunuz da ben aynı görüşte değilim. Altı ayda 12 tane başvuru olmuş.

...

Arkadaşlar, kayıtlara geçsin, benim akademik görüşüm, bu kamu denetçiliği Türkiye’ de işlemeyecek.” ifadelerine yer vermiştir (TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 2013c: 3725).

Buna karşın danışman Doç. Dr. Selin Esen Arnwine ise kamu denetçiliği müessesesinden beklenenleri şu sözlerle özetlemiştir:

“Kamu denetçisi yalnızca yargıya gidecek uyuşmazlıkların sayısını azaltmak anlamında değil –kısa vadede belki bunu yapamayacaktır- ama idarenin kötü işleyişine ilişkin olarak kamuoyuna bilgi vermek, idareyi bu konuda uyarmak ve idarenin bu tür yanlış uygulamalarını ortadan kaldırmasını, azaltmasını sağlamak gibi bir işleve de sahip. Bu işlevi göz ardı etmememiz gerekiyor. Yani, kamu



denetçiliği yargının, mahkemelerin bir alternatifi değil.” (TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 2013c: 3726)

Yukarıda da ifade edildiği gibi Kamu Denetçiliği Kurumu’ndan beklenen idarenin işlem, eylem, tutum ve davranışlarıyla hukuka ve somut adalete (hakkaniyete) aykırı yaklaşımlarına “dur” diyebilmektir. Yapılandırılmasındaki gaye, insan haklarını ihlal etme pratiği olan devlet organlarını yönetilenler adına denetlemektir. Bu sebeplerle kurumla ilgili olumsuz bir gelecek öngörmek yerine daha iyi nasıl çalışabileceğini tartışmak uygun olacaktır.

Bütün bu değerlendirmelerle birlikte Kamu Denetçiliği Kurumu’nun TBMM ile olan ilişkileri de irdelenmelidir. Anayasa Uzlaşma Komisyonu’nun üzerinde çoğunlukla mutabık kaldığı düzenlemeye göre KDK, meclis adına idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri incelemekle görevlendirilmiştir. Bu durum yürürlükteki 1982 Anayasası’nın 74. maddesinden küçük bir fark arz etmektedir. Yapılan öneriyle kurumun TBMM Başkanlığına “bağlı” olarak faaliyetlerini sürdürmesi hususu yerini TBMM “adına” inceleme yapma ve önerilerde bulunmaya bırakmıştır.

Ayrıca başdenetçi ve denetçilerin meclis tarafından seçilmesi usulünün benimsenmiş olması da KDK’ ya farklı bir konumu bahşetmektedir. Milletın temsilcilerinin bulunduğu parlamento tarafından üst yönetimi seçilen ve parlamento adına denetim görevi üstlenen kurum, parlamenter demokratik yaklaşımla uyum içindedir. Çünkü ombudsmanlığın teşkiliyle kötü uygulamaların yerleşik hale geldiği idare mekanizması bir anlamda millet eliyle de denetlenmeye başlanmıştır. Komisyonun düzenlemesindeki(yukarıda belirtilen) küçük ifade farkı dahi kamu denetçiliği müessesesinin halkın avukatı konumunda olduğunu bir kez daha göstermiştir.

### 3. Karşılaştırma ve Öneriler

Çalışmaya konu olan iki kurum arasında bazı benzerlikler olmakla birlikte çok büyük farklılıklarda göze çarpmaktadır. Çeşitli açılardan bunlara değinip her iki kurum üzerinden idarenin denetlenmesi hususundaki alternatif yaklaşımlara ilişkin öneriler sunmakta yarar vardır.

#### 3.1. Karşılaştırma

Özellikle hem yürürlükteki mevzuat hükümleri hem de çalışmaya esas tutulan metinlerden yararlanılarak yapılabilecek karşılaştırmada şu hususlara değinilmelidir:

a) DDK, cumhurbaşkanlığına bağlı olarak ve cumhurbaşkanının istemi üzerine inceleme, araştırma ve denetim yaparken; KDK, TBMM adına idarenin işleyişine ilişkin şikâyetleri inceleyip önerilerde bulunmakla görevlendirilmiştir. Yani bir anlamda DDK, güçlü cumhurbaşkanının idare üzerindeki güçlü eli; KDK ise, milletın temsilcilerinin idare üzerindeki kontrol mekanizmasıdır.

b) DDK, cumhurbaşkanının istemiyle harekete geçip onun tercih ettiği usullerden birini(araştırma, inceleme veya denetleme) uygulamak zorunda olmasına<sup>11</sup> rağmen KDK, bireylerin şikâyetleri doğrultusunda inceleme ve araştırma yapıp önerilerde bulunmaktadır. Bireylerin savunuculuğunu üstlenen ombudsmanlık idareye muhatap olanların sorunlarına odaklanmıştır. Oysa DDK, klasik denetleme anlayışıyla cumhurbaşkanını güçlendirme yaklaşımının keşiştiği bir noktada konumlandırılmıştır. Bu yönüyle de iki kurum birbirinden tamamen ayrılmaktadır (Avşar, 2007: 165).

c) Cumhurbaşkanına “yardımcı kuvvet”(Soybay, 1984:109) olması amacıyla Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği teşkilatı içerisine yerleştirilen DDK’ ya karşın KDK; idareyle, yürütme ve hatta yasama organıyla ilişkilerinde bağımsız, kamu tüzel kişiliğine haiz bir kurumdur. Ombudsmanlığı bu değerlendirmeler ışığında devlet teşkilatı içerisinde dördüncü erk olarak dahi görebilmek mümkündür.<sup>12</sup>

d) Cumhurbaşkanının iradesiyle beraber ilgili mercilere intikal ettirilen DDK raporlarının (yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında) “gereği” yapılmak zorundadır. Oysa KDK’nın verdiği “tavsiye”<sup>13</sup> kararlarında belirtilen hususların yerine getirilip getirilmemesi idarenin takdirindedir. Bu durum ombudsmanlığın kararlarının etkisiz kalabileceği varsayımını ortaya çıkarmaktadır. Ama TBMM ve kamuoyunun desteğiyle KDK’nın tavsiye kararlarının da “bağlayıcı” mahiyete erişeceği unutulmamalıdır (Erhürman, 2000:178-179).

e) DDK ve KDK’yı birbirinden ayıran bir diğer nokta ise, yeni anayasa çalışmaları sırasında bu kurumlara gösterilen ilgidir. DDK, Anayasa Uzlaşma Komisyonu’nda temsil edilen dört siyasi partiden hiçbirisinin önerilerinde yer almamış ve yeni anayasa görüşmelerinde gündeme dahi gelmemiştir.<sup>14</sup> Oysa KDK, özel olarak ele alınıp kendisine müstakbel anayasada yer bulabilmiştir. Bu durum aynı zamanda anayasa koyucunun yaklaşık otuz senede değişen iradesini de gözler önüne sermektedir.

f) DDK’nın görev alanı 1982 Anayasası’nın 108. maddesinde ayrıntılarıyla ifade edilmesine karşın KDK, genel bir ifadeyle “idare”<sup>15</sup> nin işleyişini incelemekten sorumlu tutulmuştur. 6328 sayılı yürürlükteki Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun 5. maddesi gereğince cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile re’ sen imzaladığı kararlar ve emirler, yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri nitelikteki faaliyetleri<sup>16</sup> haricindeki tüm idari işlem, eylem, tutum ve davranışları KDK’ nın görev alanındadır.

Anayasa’nın 108. maddesi gereğince silahlı kuvvetler ve yargı organları ise DDK’nın denetimi dışındadır. Yani ombudsmanlık DDK’dan ayrık olarak yargı organlarının idari

<sup>11</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Devlet Denetleme Kurulunun Teşkilat, Görev ve Çalışma Düzeni Hakkında Yönetmelik m.11

<sup>12</sup> Farklı bir değerlendirme için bkz. ODYAKMAZ, Zehra, Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi, TAAD, Yıl: 4, Sayı: 14, s. 14-15

<sup>13</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.32

<sup>14</sup> Bkz. TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, Yazım Komisyonu Tutanakları. Erişim; <http://yeniayanayasa.tbmm.gov.tr/tutanak.asp> (16.01.2015)

<sup>15</sup> 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 3. Maddesinin ( e ) bendi kapsamında “idare” şu şekilde açıklanmıştır: “Merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahalli idareleri, mahalli idarelerin bağlı idarelerini, mahalli idare birliklerini, döner sermayeli kuruluşları, kanunlarla kurulan fonları, kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüslerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlar ile bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseseleri, kamu kurumunu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerini ifade eder.”

<sup>16</sup> Bu ibarenin açıklaması için bkz. Anayasa Alt Komisyonu Raporu, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Anayasa Komisyonu Raporları(1/ 626), Sıra Sayısı: 276.

nitelikteki işlemleri ile yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin “işlemleri”ni (Odyakmaz, 2013:37-38) ve TSK’nın bazı faaliyetlerini de incelemektedir.

### 3.2. Öneriler

İdarenin denetimiyle sorumlu tutulmuş olan DDK ve KDK, farklı gayelerle hukuk düzenimize kazandırılmıştır ve bugünün şartlarında artık yeni yaklaşımlara ihtiyaç bulunmaktadır. Özellikle de idarenin etkin bir biçimde denetlenmesi amacıyla bazı önerilerde bulunulması gerekmektedir.

12 Eylül 1980 Darbesi sonrasındaki olağanüstü şartların artık geçerliliğini yitirmesi sebebiyle otuz üç senelik tecrübesiyle faaliyetlerini sürdüren DDK’ya 21. yy’ın Türkiye’inde ihtiyaç duyulmamaktadır. Ayrıca 1982 Anayasası ile tasarlanan yönetim anlayışı da geçerliliğini yitirmiştir. Darbe süreci sonrasında yaklaşık bir yüzyıllık geçmişi olan parlamenter demokratik anlayış beklenenin aksine tekrar hâkim olmuş ve “güçlü cumhurbaşkanı” figürü yerini seçilmiş hükümetlerin etkisine terk etmiştir. Böylece anayasa koyucunun öngördüğü cumhurbaşkanlığı pratikte tam anlamıyla iflas etmiş ve ihdas edilen DDK’ya olan gereklilik de kalmamıştır.<sup>17</sup>

DDK’nın hazırladığı raporların bağlayıcı mahiyeti cumhurbaşkanını hükümetin ve diğer devlet organlarının üzerinde konumlandırmaya yardımcı olmuştur. Bu suretle farklı siyasi bakış açılarına sahip cumhurbaşkanı ile hükümetin birlikte çalışması neredeyse imkânsız hale gelmektedir. Özellikle DDK, hükümetin üzerinde Demokles’in kılıcı gibi bir işlevi görebilecek yapıdadır. Bu sebeple DDK’nın faaliyetleri büyük sorunları da beraberinde getirebilecektir. İşte bunlar göz önüne alındığında şu öneriler ortaya koyulmalıdır:

- a) Anayasa değişikliği marifetiyle DDK, anayasal bir kurum olmaktan çıkarılmalı ve bu çerçevede sınırlı bir alanda çalışmalarına izin verilmelidir ya da
- b) Çalışmalarındaki verim ve etkinlik dikkate alınmak suretiyle gerekirse tamamen lağvedilmelidir.

Bireylerin şikâyetleriyle inceleme ve araştırma faaliyetinde bulunan Kamu Denetçiliği Kurumu ise, henüz iki yaşındadır. Ancak gelecek için umut verici bir noktadır. DDK’ya göre halka daha yakın olan ombudsmanlık, Anayasa Uzlaşma Komisyonu’nun hazırladığı metinde yer alan ama yürürlükteki mevzuatta bulunmayan “arabuluculuk” görevini<sup>18</sup> uygulamada hâlihazırda yerine getirmektedir. Bu suretle şikâyetle bulunanların sorunları yargısal yollara nazaran daha kısa sürede çözülebilmektedir.

Milletin temsilcileri adına yine milletin uğradığı haksızlıkları inceleyen KDK, idareyle bireyler arasında bir köprü işlevi de görmektedir. Özellikle klasik denetim yöntemlerine karşı soğuk duran idarenin ajanları ombudsmana daha farklı bakabilmektedir (Erhürman, 1988:100).

<sup>17</sup>Çalışmanın yazımı sırasında bu yorumun tam aksinin gerçekleşiyor olduğu düşünülebilir. Ancak güncel gelişmelerin etkisi altında yapılan değerlendirmeler kısa vadeli olmaktadır. Bu sebeple uygulamadaki istikrarın sağlanmasının beklenmesinde yarar vardır.

<sup>18</sup>“Arabuluculuk” görevinin ombudsmanlığın genel karakteristiğinde var olduğuna yönelik bkz. KILAVUZ R., YILMAZ A. ve İZCİ F., C. Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 4, Sayı: 1, s.53-54

İki yıllık tecrübe, KDK'nın gelecek vadettiğini ama aynı oranda desteklenmeye ve geliştirilmeye ihtiyaç duyduğunu da göstermektedir. Özellikle bu husus kurumun verdiği tavsiye kararlarının idare tarafından uygun görülüp uygulanma oranında kendini ortaya koymaktadır.<sup>19</sup> Aynı zamanda ombudsmanlığın kamuoyu genelindeki bilinirliği de oldukça düşüktür. Kısacası, toplumun birçok kesimine oldukça yabancı gelen bu kurumun öncelikle ayaklarını yere daha sağlam basması daha sonra ise kendisinden beklenen etkide faaliyet göstermesi büyük önem taşımaktadır.

Her şeye rağmen yeni anayasa çalışmalarında görüldüğü üzere, kamu denetçiliğine olan güven yüksektir. Çeşitli güvenceler ve yetkilerle donatılma iradesi bunu açıkça ortaya koymaktadır. Öyleyse KDK'nın yapması gereken de bellidir: Nitelikli kararlarla ve etkin arabuluculuk girişimleriyle idarenin insan hakkı ihlallerini, yanlış uygulamalarını ve kötü tutumlarını cesaretle dile getirmek.

Bütün bu değerlendirmeler neticesinde KDK'nın geleceği için ise şu öneriler ortaya konulmalıdır:

- a) Yeni anayasa çalışmaları sırasında Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nun ortaya çıkardığı metin kapsamında belirtilen hususlara (anayasa şikâyetinde bulunabilme ve arabuluculuk) ek olarak Anayasa Mahkemesine' ne itiraz yoluyla başvurabilme, başvuru olmaksızın re' sen harekete geçebilme ve haklı bulunan şikâyetçi adına dava açabilme yetkileri ombudsmanlığa tanınmalıdır.<sup>20</sup>
- b) KDK, TBMM'nin "danışman"ı olma hüviyetine kavuşturulmalıdır. Kurumun meclis çalışmalarına ("yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesine aykırı olmadan) aktif katılımı sağlanmalıdır. Bu sebeple yeni anayasa bağlamında ombudsmanlığın "Yasama" bölümünde düzenlenmesi seçeneği üzerinde durulmalıdır.

Bu noktada Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü tarafından 1991 yılında hazırlanan Kamu Yönetimi Araştırma Projesi'nin "Öneriler" başlıklı bölümündeki şu öneriye de dikkati çekmekte fayda vardır:

*" 7. Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığının görev alanı daraltılarak yeniden düzenlenmelidir. Bu çerçevede anılan kurul başkanlığının ilgi alanı, Başbakanlık merkez teşkilatı ve bağlı kuruluşları ile sınırlandırılmalıdır. Devlet Denetleme Kurulunun da bir kamu denetçisi (ombudsman) olarak işlev görmesini sağlayacak yasal düzenlemelere gidilmelidir."*

Gerçekten de Kamu Denetçiliği Kurumu'nun olmadığı 90'lı yıllarda böyle bir yorumun yapılması makul karşılanabilir. Ancak yapılan tüm değerlendirmeler sonucunda, bugünün şartları gözetilerek bu yaklaşımın tam tersinin temel alınması ve şunun önerilmesi bir zorunluluktur:

DDK, hukuk sistemimizden çıkarılmalı ve tüm bilimsel, idari, mali ve teknik kaynaklarıyla KDK bünyesine katılmalıdır.

<sup>19</sup> 2013 yılı süresince verilen tavsiye kararlarına idari merciler tarafından uyulması oranı maalesef % 21 civarındadır. Bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu 2013 Yıllık Raporu, s.180. Erişim: [http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/kdk\\_yillik\\_faaliyet\\_raporu\\_12052014.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/kdk_yillik_faaliyet_raporu_12052014.pdf) (19.01.2015) Ayrıca bu oranın 2014 yılında da istenilen düzeye ulaşmadığı Kurum yetkilileriyle yapılan mülakat sırasında belirtilmiştir.

<sup>20</sup> Benzer düşünceler için bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu Başdenetçisi M. Nihat ÖMEROĞLU'nun 29.04.2014 tarihli konuşması. Erişim: [http://www.ombudsman.gov.tr/content\\_detail-322-832-aylik-degerlendirme-toplantisi.html](http://www.ombudsman.gov.tr/content_detail-322-832-aylik-degerlendirme-toplantisi.html) (20.01.2015)

## SONUÇ

Kanun-ı Esasi' de 8Ağustos 1909 tarihinde esaslı değişiklikler yapılmasından Türkiye Cumhuriyeti'nin üçüncü anayasasının 7 Kasım 1982 tarihinde kabul edilmesine kadar geçen sürede devlet yönetiminde baskın olan anlayış (bazı farklar olmakla birlikte) *parlamentar sistem*dir.

12 Eylül 1980 Darbesi öncesinde yaşanan otorite boşluğunun ve buna bağlı olarak ortaya çıkan güçlü yürütme arzusunun doğurduğu temel yasa, maalesef Türkiye'nin kodlarıyla oynamıştır. Dayanağı millet olan TBMM'yi, devlet teşkilatının merkezinde gören hukuk sistemimizde cumhurbaşkanlığı güçlendirilmiş ve hatta merkeze ortak edilmek istenmiştir. Bu anlayış, parlamentar sistemle bağın tamamen koparılıp başkanlık sistemine geçilmesini de arzu etmemiş (Özbudun, 2009: 347), bunun yerine sorun doğurmaya açık bir "*Frankenstein*" yaratmıştır. Devlet Denetleme Kurulu da maalesef böyle bir yaklaşımın ürünü olarak ortaya çıkmıştır.

Ancak otuz yılı aşan tecrübeler ortaya koymuştur ki DDK, klasik denetim anlayışının dışına çıkarak idarenin hukuka uygun, düzenli ve verimli çalışmasına katkı sağlayamamıştır. Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği gibi çeşitli sorunlar çıkmasına dahi sebep olabilecek konumdadır.

Demokratik rejimler, her zaman bireylerin hür iradeleri üzerinde yükselmektedir. Türkiye' de tüm kesimlerin hür iradesinin yansıdığı platform TBMM'dir. Parlamentar sistemin çarpık bir benzerini kuran 82 Anayasası'nın öngördüğü düzen ise, demokratik idealleri yansıtan mahiyette değildir. Bu sebeple Türk siyasi geleneği göz önünde tutularak anayasal anlayışın yeniden şekillendirilmesi gerekmektedir. Yani millet iradesinin tecelli ettiği TBMM, devlet teşkilatının merkezindeki tekelci konumuna tekrar kavuşmalıdır ve yeni anayasa çalışmaları da bu yaklaşım çerçevesinde şekillenmelidir.

Meclisin öneminin artması beklenen bu durumda idarenin denetimiyle ilgili olarak akla KDK gelmektedir. İki yıllık çalışmalarıyla ümit verici bir konumda olan ombudsmanlık, TBMM' den aldığı güçle idarenin işleyişine dair denetimini cesaretle ve kararlılıkla yapmak zorundadır. Sonuç olarak parlamentar demokratik anlayışın yeni anayasal düzende hâkim olması ve KDK'nın çalışmaları devlet mekanizmasının bireylerle olan bağını da güçlendirecektir.

Bu sebeplerle idarenin denetlenmesi konusunda yeni yaklaşımların önü açılarak kamuoyuyla birlikte faaliyet gösteren mekanizmalara önem verilmesi gerekmektedir.

### **KAYNAKÇA:**

- AVŞAR, B. Zakir, **Ombudsman-İyi Yönetilen İçin Kamu Hakemi**, Asil Yayın, 2007
- ERHÜRMAN, Tufan, **Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 49, Sayı: 1-4, 2000
- ERHÜRMAN, Tufan, **Ombudsman**, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 31, Sayı 3, 1988
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, **Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Türkiye, Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, 09.03.2011
- KILAVUZ R., A. YILMAZ ve F. İZCİ, **Etkin bir denetim aracı olarak ombudsmanlık ve Türkiye'de uygulanabilirliği**, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 4, sayı 1, 2003
- KUZU, Burhan, **Anayasa Hukukumuzda: Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi**, Filiz Kitabevi, 1987
- ODYAKMAZ, Zehra, **Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi**, TAAD, Yıl: 4, Sayı: 14, 2013
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınevi, 2009
- ÖZSOY, Şule, **Cumhuriyet'in Kuruluşundan Bu Yana Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Meselesi**, Erdal ONAR'a Armağan, Cilt: 1, 2013
- SOYBAY, Selçuk, **Devlet Denetleme Kurulu'nun Konumu ve İşlevi- I**, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1-3, 1984
- SOYBAY, Selçuk, **Devlet Denetleme Kurulu'nun Konumu ve İşlevi- II**, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1-3, 1985
- Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 9, 1982
- Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, M. G. Konseyi: 1/ 397, 1982
- TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Çalışmalarına İlişkin Sonuç Dokümanları, Komisyon Çalışmasında Neticesinde Oluşan Tam Metin. (2013) Erişim; [http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/calismalara\\_iliskin\\_belgeler.aspx](http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/calismalara_iliskin_belgeler.aspx)(16.01.2015)
- TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu 27.02.2013 tarihli toplantısı, Yazım Komisyonu Tutanakları, s. 1767. (2013a) Erişim; <http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/tutanak.aspx> (16.01.2015)
- TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nun 28.02.2013 tarihli toplantısı, Yazım Komisyonu Tutanakları, s. 1797. (2013b) Erişim; <http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/tutanak.aspx> (16.01.2015)
- TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu 10.06.2013 tarihli toplantısı, Yazım Komisyonu Tutanakları, s. 3721. (2013c) Erişim; <http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/tutanak.aspx>(16.01.2015)
- Anayasa Uzlaşma Komisyonu Çalışma Usulleri m. 9, erişim için ayrıca bkz.<http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/calismaesaslari.aspx>(16.01.2015)

Anayasa Alt Komisyonu Raporu, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Anayasa Komisyonu Raporları(1/ 626), Sıra Sayısı: 276

Kamu Denetçiliği Kurumu 2013 Yıllık Raporu. Erişim; [http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/kdk\\_yillik\\_faaliyet\\_raporu\\_12052014.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/kdk_yillik_faaliyet_raporu_12052014.pdf) (19.01.2015)

Kamu Denetçiliği Kurumu Başdenetçisi M. Nihat ÖMEROĞLU'nun 29.04.2014 tarihli konuşması. Erişim; [http://www.ombudsman.gov.tr/content\\_detail-322-832-aylik-degerlendirme-toplantisi.html](http://www.ombudsman.gov.tr/content_detail-322-832-aylik-degerlendirme-toplantisi.html) (20.01.2015)





