

T.C.
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU
(OMBUDSMANLIK)



OMBUDSMAN AKADEMİK

Kamu Denetçiliği Kurumu Dergisi / Journal of Turkish Ombudsman Institute

Aralık / December 2014 Sayı / Issue: 1 ISSN: 2148-256X

T.C. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU OMBUDSMAN AKADEMİK DERGİSİ

DANIŞMA KURULU/ ADVISORY BOARD

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. Ercan BAYAZITLI / Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY / Gazi Üniversitesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU / Hacettepe Üniversitesi

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 / Atılım Üniversitesi

Prof. Dr. Nail ÖZTAŞ / Gazi Üniversitesi

Prof. Dr. Nevzat AYPEK / Gazi Üniversitesi

Prof. Dr. Nevzat TARHAN / Üsküdar 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 / Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

■ Kamu Denetçiliği Kurumu Adına

İmtiyaz Sahibi

M. Nihat ÖMEROĞLU

Kamu Başdenetçisi

■ Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Ersan ÖZGÜR

■ Editör

Dr. Ersan ÖZGÜR

■ Yayın Kurulu

Dr. Ersan ÖZGÜR (Başkan)

Ayşe ZARARSIZ

Dilek ÖZDEMİR

Emre KANAK

Hakan SÖĞÜT

Halim KALAYCI

Hamdi Kemal ÖNEN

Hande HAZNECİ

Hanım Zeynep SEMERCİ

Hatice ÖZGÜL

Mustafa Aydın ERTUNÇ

Ömer GÜNDÜZ

Seval PEHLİVAN

Solmaz Işık YAŞAR

Ümit ŞAHİN

Yunus Emre ÜNAL

■ Yönetim Adresi

Kavaklıdere Mah. Nevzat Tandoğan Cad. No: 4

Çankaya/ANKARA

T. (312) 465 22 00

F. (312) 465 22 65

iletisim@ombudsman.gov.tr

■ Tasarım

KARAÇAR MATBAACILIK

■ Baskı

KARAÇAR MATBAACILIK

Kazım Karabekir Cad. No: 95/61

İskitler/ANKARA

T: +90.312 341 73 11

F: +90.312 341 73 11

www.karacarmatbaacilik.com

■ ISSN: 2148-256X

Yayınlanan yazıların her türlü sorumluluğu yazarına aittir. Yazılar kaynak gösterilerek alıntılanabilir.

■ Baskı Tarihi: 30 Aralık 2014

T.C. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU OMBUDSMAN AKADEMİK DERGİSİ

Aralık 2014

Sayı: 1

ISSN: 2148-256X

İÇİNDEKİLER

HUKUK DEVLETİ İLKESİ İŞİĞİNDA İDARENİN DENETİMİ VE KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

1

DEMOCRACY, RULE OF LAW, AND THE OMBUDSMAN

P. Nikiforos DIAMANDOUROS

31

DEMOKRASİ, HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE OMBUDSMANLIK KURUMU

P. Nikiforos DIAMANDOUROS

45

ÖZDENETİM, SOSYAL SORUMLULUK VE MEDYADA OMBUDSMANLIK UYGULAMALARI

Prof. Dr. Zakir AVŞAR

59

UYUŞMAZLIK ÇÖZME SÜREÇLERİ İÇİNDE KÜLTÜRÜN YERİ: YAKLAŞIMLAR, EKSİKLİKLER VE ÖNERİLER

Yrd. Doç. Dr. Esra ÇUHADAR

69

CEZA MUHAKEMESİNDE HAKKANIYETE UYGUN YARGILANMA HAKKINA İLİŞKİN ESASLAR

Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA

83

T.C. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU OMBUDSMAN AKADEMİK DERGİSİ

December 2014

Issue: 1

ISSN: 2148-256X

CONTENTS

IN THE CONSIDERATION OF CONSTITUTIONAL STATE PRINCIPLE, AUDITION OF THE ADMINISTRATION AND THE OMBUDSMAN INSTITUTION <i>Prof. Dr. Ender Ethem ATAY</i>	1
DEMOCRACY, RULE OF LAW, AND THE OMBUDSMAN <i>P. Nikiforos DIAMANDOUROS</i>	31
DEMOKRASİ, HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE OMBUDSMANLIK KURUMU <i>P. Nikiforos DIAMANDOUROS</i>	45
SELF AUDITION, SOCIAL RESPONSIBILITY AND OMBUDSMAN PRACTICES IN MEDIA <i>Prof. Dr. Zakir AVŞAR</i>	59
CULTURE'S POSITION IN THE PROCESS OF DISPUTE RESOLUTION; APPROACHES, SHORTCOMINGS AND RECOMMENDATIONS <i>Yrd. Doç. Dr. Esra ÇUHADAR</i>	69
BASIC PRINCIPLES RELATED TO EQUITABLE TRIAL RIGHTS IN THE LAW ON CRIMINAL PROCEDURE <i>Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA</i>	83

ÖNSÖZ

Birey odaklı idare anlayışının yerleşmesi için çaba sarf eden Ombudsmanlık Kurumunun çalışmalarını ne şekilde güçlendirebileceği sorusuna cevap ararken konunun uzmanlarına danışmanın faydalı olacağı kanaati üzerine ortaya çıkan hakemli akademik dergimizin ilk sayısını büyük bir mutlulukla yayımlamaktayız.

İdare ile bireyleri uzlaşma çatısı altında bir araya getiren ve böylece sorunlara hızlı ve etkin çözümler üretebilen Kurumumuz, bugüne kadar; kamu personel rejimi, eğitim, sosyal güvenlik, sağlık gibi çeşitli konulardaki şikâyetleri hukuka, hakkaniyete, insan haklarına ve iyi yönetim ilkelerine uygunluk çerçevesinde inceleyen birçok tavsiye kararı vermiştir. Etkili ve ideal bir şekilde hizmet sunma hedefimiz, mevcut konumumuzu ve ulaşmak istediğimiz hedefi belirleyerek bir yol haritası çizilmesini zorunlu kılmaktadır.

Kurumumuza şikâyet başvurusunda bulunan bireyler yanında medya, kamu idareleri, sivil toplum örgütleri, uluslararası kurum ve kuruluşlar gibi paydaşlarımızın değerlendirmeleri, çalışmalarımız hakkında kıymetli geri bildirimler sunarak bizleri sürekli değişim ve gelişim içerisinde tutmaktadır. Bu çerçevede, akademik camianın geçmiş tecrübelerden alınan dersler ışığında gelecek hakkındaki tarafsız öngörülerini içeren çalışmaları, güncel gelişmelerin takip edilmesinde bizlere yol göstermektedir. Kurumumuzun teşkilatlanması ve yasal mevzuatının hazırlanması aşamasında ve ayrıca geride bıraktığımız dönemde düzenlenmiş olan etkinliklerde paydaşlarımızın vermiş olduğu destekler için teşekkürü bir borç biliriz.

Konusunda uzman kişilerin katkılarıyla hazırlanan dergimizin bu ilk sayısını, Ombudsmanlık hakkında bilgi sahibi olmak isteyen okuyucular ile araştırmacılara kaynak olacağı ve bu alanda gerçekleştirilecek bilimsel çalışmaları teşvik edeceği düşüncesiyle siz değerli okuyucularımızın dikkatlerine sunarız.

M. Nihat ÖMEROĞLU

Kamu Başdenetçisi



PREFACE

We are glad to publish the first issue of our peer-reviewed academic journal which was prepared upon the idea that consulting the experts would be beneficial while we were trying to find an answer to the question of “how the Ombudsman Institution, which makes an effort in order to settle a sense of individual-focused administration, can strengthen its operations”.

Our Institution, producing effective and rapid solutions by getting the administration and individuals under the roof of conciliation has given so many recommendations so far regarding the issues such as public personal regime, education, social security and health under the perspective of accordance to law, equity, human rights and good governance principles. Our goal on providing service with an effective and ideal way obliges us to draw a roadmap by defining our current position and the target point.

Apart from the persons who lodged their complaints, the opinions of the stakeholders such as media, public administration, civil society organisations, international institutions, always keep us in progress by providing invaluable feedbacks. Within this scope, the studies of academia, which includes objective predictions acquired by the lessons learnt from the past experiences, guide us in following current affairs in the field. We would like to express our gratitude to the stakeholders for their supports in the establishment of the Institution, drafting legal framework and organising the events.

We submit the first issue of the peer-reviewed academic journal, prepared with the contribution of experts, to your esteemed readers with the thought that it will be a referral to readers and researchers who want to have information about the Ombudsman Institution and that it will promote the scientific studies on this area.

M. Nihat ÖMEROĞLU
Chief Ombudsman

HUKUK DEVLETİ İLKESİ İŞİĞINDA İDARENİN DENETİMİ VE KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY⁽¹⁾

“Toplumun tüm kamu görevlilerinden görevleriyle ilgili olarak hesap sorma hakkı vardır.”

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları

Bildirisi, Madde XV

GİRİŞ

Devletin temel işlevi egemenliğini kullanan organları aracılığıyla kamu yararının sağlanmasıdır. Bunun sonucu olarak devletin geleneksel işlevleri; kamu düzeninin tesisi ve sürekliliği, adaletin sağlanması, ülkenin savunması, ülkenin yönetimi, diğer ülkelerle ilişkiler kurulması, ekonomik ve sosyal düzenin tesisi, gelişimi ve etkinliklerinin düzene tabi kılması, eğitim, kültür ve haberleşme gibi görevlerinin örgütlenmesini yapma, ekonomik gelişimin yolunu oluşturup, güvence altına almak gibi görevlerdir. Günümüzde devlet, polis devletinden hukuk devletine, refah devletine doğru bir yönelim gerçekleştirmiştir.

Devlet, toplumdaki meşru zor kullanma tekeli elinde bulunduran en büyük ve üstün güç olma özelliğiyle, insan haklarının teminatı konumunu işgal ettiği kadar, insan haklarının ihlallerinin kaynağı, müsebbibi de olabilmektedir. Bir başka deyişle insan haklarının ve demokrasinin koruyucusu olan çağdaş anlamıyla devlet, kişilerin hak ve özgürlükler karşısında en büyük tehdit ve engel haline de dönüşmesi mümkündür. Bu olumsuz durumun önüne geçilebilmesi, güçler ayrılığı ilkesinin kabulü ve uygulamaya aktarılması ve devlet gücünün çeşitli yollarla sınırlandırılmasıyla mümkündür. Bu yolların başında ise, kamu kurum ve kuruluşlarının farklı şekillerde denetlenmesi gelmektedir.

İdarenin denetlenmesi demokrasinin desteklenmesi, güçlendirilmesi ve sağlıklı işlemesinin olmazsa olmaz koşulu özelliğiyle bütün modern toplumlarda temel bir ilgi alanı, akılları meşgul eden, çözümü aranan ve çeşitli yol ve yöntemlerin önerildiği ve kullanıldığı bir konudur. Konunun bu evrensel niteliğine rağmen sorunun çözümünde tek ve etkili bir yöntem söz konusu olmayıp birçok yol ve yöntemle

(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi

idarenin denetlenmesi gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.

Bu anlamdaki yol ve yöntemlerin farklılığı ve sayıca çokluğu ilgili ülkenin yöneticilerinin vizyonu, tarihsel geçmişi ve kültürel yapısı ile devlet birey arasındaki ilişkinin devlet ve birey tarafından algılanması hususlarına doğrudan bağlıdır. Devlet yönetiminde kamu kudretinin sınırlılığı ve hukuka uygunluğu gerçek anlamda kabul görmekte, var olan denetim yollarının kullanılması engellenmiyor, denetimin sonuçlarına saygı gösterilip gereği yapılıyor ve denetimdeki yetersizliklerin giderilmesi çaresi samimi bir şekilde aranıyor; etkili bir denetimin hayata geçirilmesinde sorun yaşanmaz. Aksi bir durum bahse konusuysa denetim yol ve yöntemlerinin artırılması sorunun kâğıt üzerinde çözümlendiği ve fakat uygulamanın tamamıyla tersi yönde oluştugu anlamını taşır.

Ülkemizde idarenin denetimini sağlayacak yeterli yol ve yöntemler söz konusudur. Ancak denetimin etkinliği ve denetimin neticelerinin saygıyla karşılandığı ve denetimin gereklerinin hayata aktarıldığını söylemek maalesef mümkün görünmemektedir. Denetimler içinde en etkili olması gereken yargısal denetim, kendisinden beklenen etkinliği gerçekleştirilememiştir. Verilen yargı kararlarının niteliği ve uygulanmasındaki idarenin direngenliği, kararların hiçe sayılması en üst kademedeki devlet makamlarından en aşağısında kadar sirayet eden kronik bir hastalığa dönüşmüştür.

İçerden ve dışarıdan idarenin yeterince denetlenemediği, kontrol altında tutulamadığına yönelik yakınma ve eleştirilere bir nebze çare olmak, olumlu bir yanıt verebilmek için başta yasal bir düzenlemenin konusu edilmiş ve fakat Anayasa Mahkemesinin ilgili yasal düzenlemeyi iptali üzerine Anayasada yapılan bir değişiklikle anayasal bir hüviyete büründürülüp yasal düzenleme konusu edilen Kamu Denetçiliği Kurumu bu çerçevede oluşmuştur. Kendisinden beklenen işlev zaman içinde doğrulanacak veya işlevsiz kâğıt üzerindeki bir denetim kurumu nitelendirmesine maruz kalacaktır. Kuruluşundan günümüze kadarki uygulamanın neticesi Kurum kararlarına idarelerin uyması oranının %30 olması gerçeği şimdilik net bir değerlendirmede bulunmaya imkân tanımamaktadır. Ancak demokratik bir hukuk devletinde beklenen oranın bu olmaması gerekliliğine vurgu yapmadan geçilmesi objektif bir yaklaşım olmayacaktır.

I.HUKUK DEVLETİ, HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE DENETİM

«Nul n'est au-dessus de la loi»

Hiç kimse kanunun üstünde değildir.

A.) HUKUK DEVLETİ (*Etat de Droit*)⁽²⁾

(2) Bkn. **AKYILDIZ Ali**: *Hukuk Devleti Yargı Bağımsızlığı ve Daniştay*, Ankara 2009; **ATAY E. Ethem**: *İdare Hukuku*, 4.Bası, Ankara 2014, sh.101 vd.; **ATAY E. Ethem**: "İnsan Haklarının Gerçekleştirme Şartı Olarak Hukuk Devleti";

Çağdaş devlet anlayışında hukuk devleti ve demokrasi kavramlarının ayrı bir yeri ve önemi söz konusu olup, bu kavramlar devletin vazgeçilmez niteliklerinden-
dir ve devlet bu nitelikleriyle anılır ve tanımlanır. Bireylerin temel haklarını tanıma
ve güvence altına alma demokratik devletin ayırt edici özelliklerindedir. İdarenin
kuruluş ve işleyişinin yasalara dayanması ile idarenin eylem ve işlemlerinin yerin-
delik ve hukukilik denetimine tabi olması hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında
da yer almaktadır. **Hukuk devleti** en özlü bir ifadeyle, faaliyetlerinde hukuk ku-
rallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan bu anlamda kuralları
benimsemiş, kurumsal yapısı oluşturmuş devlettir.

Avrupa geleneğinde idarenin denetiminde içinde yer aldığı denetim kavra-
mının sıkı bir şekilde hukuk devleti kavramıyla irtibatlandığı, ona bağlandığı bi-
linmektedir. Zira bu kıtadaki anlayışta hukukun kamusal yaşamın düzen içinde
cereyan edebilmesinde merkezi bir rol üstlendiği genel bir kabuldür. Bu anlayış
hukukla, hukuk için idarenin denetlenmesi ilkesini şiar edinmiştir.
Kurullarla kamusal kudretin işlemlerini çerçevesi oluşturulduğu an, normlar hiye-
rarşisine hayatiyet kazandırılır, hukuk idareye empoze edilir ve sistem hukukun ilke
ve kurallarına dayanır iş ve işlemlerinin kaynağı, dayanağı hukuk olur.

Demokrasi hukuk devleti kavramı üzerine inşa edilmiş olup, bir diktatör veya
tiranın hüküm sürdüğü, keyfiliğin olduğu **otoriter devletin** karşıtıdır. Demokrasi
aynı zamanda hukuk kurallarının uygulaması ve göz önünde bulundurulmasına
saygı duyulmayan, kanunların bulunmadığı **anarşik ve kaotik devletin** de karşı-
tıdır. Günümüzde kabul gören genel anlayışa göre hukuk devleti etkili bir şekilde
bireysel ve kolektif hakların mevcudiyetini gerektirir ve aynı şekilde kamusal oto-
ritelerin karşısında yargının bağımsızlığı da etkin bir şekilde sağlanmalıdır. Bunlara
ilaveten hukuk devletinin, kanunların biliniyor, genel ve kamu otoritesi aracılığıyla
uygulanıyor olmaları gerekliliğini de içerdiği kabul edilmektedir.

Hukuk devleti ile seçimler sonucu belirlenen temsilciler aracılığıyla halkın ege-
menlik yetkisini kullandığı demokrasi arasında bir ilişki olduğu ve bu kavramların
bazı noktalarda iç içe girdiği kuşkusuz olmakla beraber; demokrasi her zaman için
gerçek anlamda bir hukuk devletinin varlığına işaret etmez. Bir yönetici iktidara
seçimler yoluyla demokratik usullere uygun biçimde erişebilir. Daha sonra Alman-
ya'da Adolf Hitler örneğinde olduğu gibi hukuk devletini yıkıp, yerle bir edebilir.
Aynı şekilde demokrasinin ilkelerine temel sorunlar karşısında şekli anlamda saygı

Polis Dergisi, S.36; **CHEVALLIER Jacques**: *L'Etat de droit*, 3ème édition, Montchrestien, Paris 1999; **CHEVALLIER Jacques**: *Hukuk Devleti*, Çev. Ertuğrul Cenk GÜRCAN, Ankara 2010; **HEUSCHLING Luc**: *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Dalloz, Paris 2002; *Hukuk Devleti*, Haz. Hayrettin ÖKÇESİZ, Afa, İstanbul 1998; *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, 2.B., Ankara 2008; **KANLIGÖZ Cihan**: "Hukuk Devletinin Maddi (Siyasal ve Toplumsal) Boyutu Üzerine Bir Deneme", Ankara Baros Dergisi, S.1997/1, Yıl:54, sh.65-70.; **ÖZCAN Mehmet Tefrik**: *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, İstanbul 2008.

gösteren ve fakat diğer sorunlar karşısında özellikle bağımsız ve tarafsız yargı ile yargı kararlarının uygulanmasında hukuk devletinin gereklerini çığneyen yöneticilerin varlığı da günümüzde gözlemlenen, bilinen bir olgudur.

Hukuk devletinin ortaya çıkmasında ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan **"kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi"** (*nullum crimen nulla poena sine lege / le principe de légalité des délits et des peines*)⁽³⁾ önemli bir yer tutmaktadır. Söz konusu ilke İtalyan ekonomist ve hukukçu Bécçaria tarafından 1764 tarihinde yayınlanan **"Suçlar ve Cezalar"** (*Des délits et des peines*) isimli eserinde dile getirilmiştir. Bu ilke gereğince bir fiil kanunda suç olarak öngörülmemişse, suç sayılamaz. Yargıç ihabetin cezalandırması bahanesiyle dahi bir suç ihdas edemez. Bu ilkenin sevindirici iki neticesi söz konusudur: İlke öncelikle hukuki güvenliğin (*la sécurité juridique*) tesisine imkân tanımaktadır. Fail işlediği fiilin cezalandırma kapsamında olup olmadığını cezaya çarptırılma riski taşıyıp taşımadığını fiili işlemeyen önce kesin bir şekilde bilmektedir. İkinci olarak da kanun aracılığıyla devlet erki sınırlandırarak moral güvenliği (*une sécurité physique en limitant le pouvoir étatique par la loi*) tesis edilir. Yargıç hukuk kurallarını uygulayacak ve hiç kimseye istisna tanımayacaktır.

Hukuk devleti kavramı XIX. Yüzyılda Alman hukuk düşüncesinin bir ürünü olarak ortaya çıkmış; bazen hukuk aracılığıyla davranan devleti, bazen kendini hukuka tabi kılmış devleti, bazen de devletin hukukunun dışarıdan belirlenmiş bazı nitelikleri taşıması gerekliliğini ifade etmek için kullanılmaktadır. Hukuk devletinin şekli anlamı günümüzde ön plana çıkmıştır. Buna göre kural olarak devletin kanunların uygulanması anlamında kişiler gibi aynı potaya konularak hukuki rejime bağmlılaştırıldığı etkinliklerinin tamamıyla hukuk kurallarınca belirlenip yönetildiğinde, hukuk devletinden söz edilir. Devletin farklı organları kendisine hukuki anlamda tanınan yetki alanında hareket edebilir ve hukuken imkân tanındığı ölçüde yetkisini kullanabilir. Hukuk devleti kendini öncelikle normlar hiyerarşisi ile gösterir ve bu ilke sayesinde herkesin hak ve özgürlüklerinin her düzeyde güvencesi, bağımsız ve tarafsız yargıç aracılığıyla sağlanır.

Herkesin hukuk kurallarının hükümlerine tabi kılındığı ve hukuk kurallarına saygı gösterilmesi zorunluluğunun herkes tarafından kabul edildiği devlet, hukuk devletidir. Böylelikle hukuk devleti kavramı mutlakiyetçi anlayış ve uygulamalarla taban tabana zıt bir şekilde kendini gösterdiği devlet modelidir. Bu anlayışın kabul

(3)Anayasası Mad. 38: "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez". Kanunilik ilkesi, 765 sayılı mülga TCK'nun 1. maddesi ve sonrasında 5237 sayılı TCK'nun 2. maddesinde açık olarak yer almıştır. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne de giren kanunilik ilkesi, Bildirge'nin 11/2. Mad.: "Hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." İlke, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin "cezaların yasallığı" başlıklı 7. maddesinde temel bir insan hakkı olarak yer almıştır. İlke hakkında bk. **ALCAKAPLAN Uğur**: *İngiliz Hukukunda Suç Ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ankara, 1958; **AYGÜN EŞİTLİ Ezgi**: "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", TBB Dergisi 2013 (104).

edildiği ülkelerde bireylerin bir takım temel hak ve özgürlüklerinin devlet tarafından tanınması ve güvence altına alınması bahse konudur. Bu nokta ulusal hukukta anayasa ve anayasal belgelerden, uluslararası hukukta ise bildiri, sözleşme vb metinlerden kaynaklanmaktadır. Hukuk devletinde devlet, sınırları belirlenmiş çerçeve içinde önceden konulmuş hukuk kurallarının uygulanması ve bunlara saygı gösterilmek suretiyle toplumun genel çıkarını tatmin eden bir tüzel kişi olarak kendisini göstermektedir.

Hukuk devletinde hukuk sistemi hak ve özgürlüklerin objektif ve subjektif haklar anlamında etkin bir biçimde güvence altına alınmasına olanak tanıyan bir tarzda örgütlenmesi söz konusudur. Katı bir yoruma bağlı kalındığında hukuk devletinin ancak bir ideal olmasından söz edilebilir. Daha az idealist olan anlayış gereğince kamu hukukundan kaynaklanan zorlamaların sınırlandırılması suretiyle hukuk devletinin kamu kudretinin keyfi kullanılamayacağına güvence altına alındığı devlet olarak tanımlamak mümkündür. Bunun için yargıya başvurabilme, uyumsuzlukların makul bir süre içinde çözüme bağlanması gibi yöntemlerle etkili hukuk yollarının oluşturulması ve hukuk kuralları arasında bir hiyerarşik sıralamanın varlığı öngörülmektedir.⁽⁴⁾

Devletin hukuka tabi kılınması iki önemli sorun gündeme getirmektedir:

İlk olarak devlet bizzat kendisinin ürettiği hukuka bağlı kılarak kendisini nasıl sınırlandıracaktır? Bu soruya birkaç cevap verilmektedir. Alman teorisyenleri oto-limitasyon (kendi kendini sınırlandırma teorisi) görüşüyle devletin egemen olduğu ve fakat kendisini hukuk kuralına tabi kılma iradesiyle etkinliklerini varlığını sarsmadan hukuk düzeniyle değerlendirme konusu yapmıştır. Fransız Devrimi'nin mirasçısı sıfatıyla Fransız geleneksel anlayışına göre ise, normlar hiyerarşisinin en üst noktasında Anayasa ve 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi bulunmakta ve bu düzenlemelerde kişinin doğuştan dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hakları olduğunu; bu kapsamda kanunun içeriğinin söz konusu düzenlemelerin içeriği ve öngördüğü ilkelere uygunluğu hukuk devletini tanımlar. Bununla birlikte uzun zaman kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek mekanizmanın bulunmaması hukuk devleti ilkesinin tamamlanmamış olması şeklinde değerlendirilmiştir. Bu eksikliğin giderilmesi için başlangıçta kanunların anayasaya uygunluğunun parlamento tarafından denetlenmesi yöntemi bulunmuştur. Daha sonra kanunların anayasaya uygunluğunu sağlamaya yönelik yol ve yöntemler gündeme getirilmiştir.

İkinci olarak hukuk devletinin diğer zayıf yönü uygulamadan kaynaklanmaktadır. Kavram durağan bir gerçekliği tanımlamak için kullanılmaktadır. Hukuk devleti dokunulmaz nitelikli bir ilkenin ifadesi veya açıklaması anlamını taşımaz. Tam aksine hukuk devleti dinamik bir kavramdır ve siyasi etkinliklere bağlıdır. Bu ne-

(4) ROUQUETTE Rémi: *Dictionnaire du droit administratif*, Le Moniteur, Paris 2002, sh.317.

denle temel ilkeler yorumun ve tartışmanın konusu edilmektedir. Kanunun bizzat kendisi yorumlanmaya elverişlidir ve özellikle de yorum içtihat aracılığıyla gerçekleştirilir ancak bu noktada içtihadın hukuk öğretisinin etkisinde kaldığı gözden ırak tutulmamalıdır. Hukukun uygulayıcıları ve özellikle yargıçlar, hukuka uygunluğu sağlamada, katı bir uygulamayı ciddi bir işlevi yerine getirir. Burada yargıçlardan yapacakları yorumlarda siyasal bir neticeyi hedeflememesi beklenilmemektedir. Bu beklentinin hayatiyet kazandığı ve doğrulandığı ve aksi tutum ve davranışların yaptırıma tabi kılınması çok zordur.

B.) HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ⁽⁵⁾

Hukuk devleti, insan onuru kavramından hareketle adaletin yani haklı olana hakkının teslim edilmesini sağlayan ve bu amaçla da faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlettir. Hukuk devletinden söz edilebilmesi bu ilkenin gereklerinden birini oluşturan kanuni idare ilkesi gereğince; kamu kudretini kullanan devlet organlarının yetki alanlarının belirlenmesi ve bu durumun kişilerce önceden bilinmesiyle mümkündür. Bu yolla kişiler için genel bir koruma, geleceğe dönük öngörü yapma, tercihlerini belirleyebilme ve kullanma imkânı sağlanır. Hukuk devleti, kişilerin devletin egemenliğinden kaynaklanan üstünlük ve ayrıcalıklarının doğuracağı olumsuz nitelikteki kötüye kullanmaların, keyfi nitelikteki baskısı karşısında korunmaları gerekliliğinin bir sonucudur. Hukuki güvenlik yasama, yürütme ve yargı organlarının hukuka saygısı ve bağlılığı ile sağlanabilir. Bu anlamda olmak üzere Anayasanın üstünlük ve bağlayıcılığı ilkesinin sonucu olarak kanun koyucunun hukuka bağlılığı onun, Anayasa ve hukukun evrensel ilkeleriyle bağlı olmasını ifade eder. Anayasamıza göre, diğer devlet organları gibi yasama organı da Anayasayla bağlı olup, kanunların Anayasaya aykırılığı söz konusu olamaz. Buna göre yasama organının (TBMM'nin) yaptığı bir kanun, Anayasaya aykırı ise Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilir.

Bir devletin hukuk devleti sayılması için onun yürütme organının da hukuka bağlı kılınması gerekliliği, Türk hukuk düzeninde yargı içtihatları ve öğretiden kabul edilmiş olup, Anayasamıza göre, Anayasa hükümleri, yürütme organını ve idare makamlarını bağlayan temel hukuk kurallarıdır. İdarenin "**kanuna bağlılığı ilkesi / kanuni idare ilkesi**"⁽⁶⁾ gereği idare, sahip olduğu yetkileri kullanırken veya üstlendiği görevleri yerine getirirken, mevzuatta yer alan ilke ve kurallara uygun davranmak zorundadır. Anayasamız sadece yasama ve yürütme organlarının değil, yargı organının da hukuka bağlılığını açıkça öngörmüştür. Bu gereklilik yar-

(5) **AYDIN Mesut**: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Hürriyeti", *AÜSBFD*, S. 3, C. 61, Y. 2006, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/61/3/1_mesut_aydin.pdf; **KÖKÜSARI İsmail**: "Hak Arama Özgürlüğü Ve 2010 Anayasa Değişiklikleri" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XV, Y. 2011, S. 1, sh.163-208.

(6) Bkn. **AKBULUT Emre** *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, İstanbul, 2013; **ATAY Ender Ethem**: *age*, sh.171 vd.

gının diğer devlet organlarının görev alanına girmemesi hukukilik denetimi dışına çıkıp, yerindelik denetimi yapamamasını gerektirir.

Hakkın aranması ve alınması usulünün hukuk düzeninin meşru saydığı bir yol ve yöntemle gerçekleşmesi esastır. Nitekim hak arama özgürlüğünün kullanılması aşamasında hiçbir zaman şiddet kullanılmayacağı gibi, meşru sayılmayan yollara başvurulması da söz konusu olamaz.

Topluluk içiminde yaşamanın en önemli sonucu belli haklara sahip olma ve bireyin kendine hukuk düzeni tarafından tanınan hakların ihlal edilmesi durumunda, ihlalin ortadan kaldırılması ve ihlal suretiyle ortaya çıkan olumsuzlukların giderilmesini (eski hale getirme- tazminat) talep etme hakkına sahip olmasıdır. Bireyin hak sahibi olmasının anlamlı hale gelebilmesi, devletin hak ve özgürlükleri güvencesini sağlamaya yönelik koruyucu mekanizmalarına ulaşabilme ve harekete geçirebilmesine bağlıdır. Dolayısıyla hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukun tanıdığı hakların önkoşulu ve usuli güvencesi olmasıdır. Bu özgürlüğü özü; hakları ihlal edilenlerin, ihlalin önlenmesi ve ihlalin olumsuz etki ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını sağlamak için yetkili / etkili mercilere ve yargı makamlarına başvurabilmesi, bu hakkın ve bu hakkın kullanılabilmesi başvuru mekanizmalarının tanınması düşüncesine dayanır. Bağımsız bir hak görünümündeki hak arama özgürlüğü; diğer insan haklarının usuli güvencesini oluşturur konusu ise diğer insan haklarının korumasıdır.

Hak arama özgürlüğü; mutlak olarak mahkemeye başvurabilme hakkı şeklinde anlaşılmasında gerektiğinde de ihlalin durdurulması ve olumsuz etkilerinin önlenmesi amaçlarını gerçekleştirebilecek idari makamlar da bu özgürlük bağlamında etkili / yetkili bir makam olarak kabul edilir. Bu özgürlük bahsi geçen özelliği dolayısıyla, AİHS'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı ve 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkı ile yakından ilgilidir.

Devletin varlığı kendisinden üstün bir otoriteye tabi olmamayı da beraberinde getirmekte ve buna bağlı olarak hükümler alanı içinde kişilere tanınan hak ve özgürlüklerin çiğnenmesi durumunda hak sahibine bu olumsuzluğun giderilmesi için bir takım hukuki araçlar tanımakta ve fakat hakkı bizzat hak sahibinin kendisinin elde etmesine cevaz verilmemiştir. Bu durum hukuk sistemlerinde "*ihkakı hak yasağı*"⁽⁷⁾ olarak ifade edilmektedir.

(7) 765 sayılı Türk Ceza Kanunu mad. 308'de düzenlemiş olan "*kendiliğinden hak alma (ihkak-ı hak) suçu*" 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda ayrı ve bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Kanunun bazı maddelerinde belirli suçlarda "*bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacı*" ile hareket edilmiş olunması cezayı azaltan hal olarak düzenlenmiştir. Bunlar, Hırsızlık (mad.144) ve Dolandırıcılık (mad.159) suçlarıdır. Bkn. **KANBUR Mehmet Nihat**: "5237 S. TCK Bakımından İhkak-ı Hak (Kendiliğinden Hak Alma) Niteliğindeki Fiillerinin Değerlendirilmesi", e Akademi, Hukuk, Ekonomi, Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Aralık 2007, S.70, [http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=5237%20s.%20TCK.%20BAKIMINDAN%20%DDHKAK-1%20HAK%20\(KEND%DDL%DD%DDNDEN%20HAK%20ALMA\)%20N%DDTEL%DD%D0%DDNDEK%DD%20F%DD%DDLLE%DDN%DDN%20DE%DOERLEND%DDR%DDLME%DD&kimlik=1197408806&url=makaleler/mnkanbur-1.htm](http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=5237%20s.%20TCK.%20BAKIMINDAN%20%DDHKAK-1%20HAK%20(KEND%DDL%DD%DDNDEN%20HAK%20ALMA)%20N%DDTEL%DD%D0%DDNDEK%DD%20F%DD%DDLLE%DDN%DDN%20DE%DOERLEND%DDR%DDLME%DD&kimlik=1197408806&url=makaleler/mnkanbur-1.htm)

Bir başka deyişle modern devletlerde bireylerin hak ve özgürlüğünün ihlal edilmesi halinde, bireylere hak arama özgürlüğü tanınarak belirli kurallara göre belirli yollarla ve belirli makamlara başvurularak ihlal ve ihlalin neticeleri ortadan kaldırılabilmesi olanaklı kılınmaktadır.1982 Anayasası'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğünü, "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*"⁽⁸⁾ hükmüyle düzenlenerek "meşru vasıta ve yollar" ifadesiyle ihkak-ı hak yasağını işaret etmiştir.

Anayasal, bütün hakları kapsayan, bağımsız bir hak olma özelliği taşıyan hak arama özgürlüğü aynı zamanda diğer hakların korunmasının da bir aracıdır. Bu özgürlük hukuki korunma talebinin pozitif hukukça tanınması ve etkin kullanılabilmesini gerektirir. Bir başka deyişle hak arama özgürlüğü, uygulamada etkili hak arama yolları ile hayata geçirildiği ölçüde diğer hak ve özgürlüklerin güvencesi ve koruyucusu olabilir. Nitekim bu hak AİHS'nde "**Etkili başvuru hakkı**" (*Droit à un recours effectif*) başlığıyla 13. maddesinde; "*Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Etkili başvuru hakkı, içerik bakımından hukuk düzenince tanınan, güvenceli kılınan bütün hakları içerdiği gibi; başvurulacak makam bakımından da yargısal ve idari mercileri kapsar. Bu hak, hak arama özgürlüğünün uygulamaya aktarılmış hali olup, söz konusu özgürlük ve kişi özgürlüğü güvencesi ile yakından ilgilidir. Bu nedenle Anayasanın 36. maddesinde öngörülen düzenlemenin hak arama özgürlüğü anlamında idari makamları da kapsadığı değerlendirilmesinin yapılması yerinde olacaktır. AİHS uygulaması anlamında etkili başvuru yolları ile ilgili usul ve merci düzenlemeleri devletlerin ihtiyarına bırakılmış olmakla birlikte, önemli olan başvuru hakkının etkin, neticeyi doğuracak nitelik taşımasıdır. İç hukukta etkili başvuru hakkı zorunluluğu insan hakları alanındaki uluslararası korumanın ikincilliği ile birlikte ihlallerin daha AİHM gelmeden iç hukuktaki mekanizmalar ile telafi yahut tazminidir. Dolayısıyla bu sonucu sağlayacak makamın adli veya idari olması anlamında tercih akid devlete aittir. Önemli olan ulaşılmak istenilen sonuçtur. Etkinlikten kasıt, başvurulacak makamın iddiayı (esas) inceleme, ihlal iddiasının doğruluğunun tespiti halinde ise ihlale ilişkin düzeltici, uygulama imkânı taşıyan bir karar verebilme yetkisine sahip olmasıdır.

(8) Bu düzenleme ile Anayasa hak arama özgürlüğünü yargısal başvuru olarak sınırlamış ve fakat siyasal ve idari başvurular Anayasanın diğer maddelerinde düzenlenmiştir. İdarenin eylem ve işlemleri ile ilgili olarak, Anayasa'nın 125. maddesinde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Siyasal başvuru yolu ise, Anayasa'nın 74. maddesinde "*dilekçe hakkı*" başlığı altında düzenlenmiştir.

1876 tarihli Kanuni Esası'nın 83. maddesi: "*Herkes huzur-u mahkemede hukukunu muhafaza için lüzum gördüğü vesait i meşruayı istimal edebilir.*" hükmünü içermekte olup bu düzenleme 1924 Anayasasında da aynen korunmuştur. 1961 Anayasası ise, "*Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.*" ifadesine yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre: "...hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir. ... insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir."⁽⁹⁾

Kuşkusuz hak arama özgürlüğü bunu sağlayacak yol ve yöntemlerin kullanılmasına sonucunda netice alınabilir olduğu ölçüde bir anlam kazanır. Bu nokta hak arama özgürlüğünün etkililiği şeklinde tanımlanır ve bu özellik sonucunda kullanılan yol ve yöntemin hukuka aykırılıkların giderilmesi ve doğurduğu zararları tazmin edici olmasını gerektirir.

Hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilmesinde; denetimin bağımsız birimlerle, düzenli bir şekilde ve gerektiği zaman artırılarak yapılması ile hak arama yollarına erişimi basitleştirmek, kolaylaştırmak, ekonomikleştirmek, etkinleştirmek ve nihayet başvuru sonrası süreci hızlandırmak ve kısaltmak gereklilikleri de söz konusudur.

Hukuk devleti ve demokrasinin hayatiyet kazanmasında hak arama özgürlüğünün yeri ve önemi tartışılmaz olup bu özgürlüğün, bütün özgürlüklerin güvencesi ve yaptırımı olma gibi bir özellik taşıdığı ifade edilmektedir. En demokratik olandan, en antidemokratik olana kadar her devlet düzeninde bu özgürlüğün tanındığı bilinmektedir. Bu tanınmanın günlük hayata aktarılması gerekliliği bu özgürlüğün ulusal ve uluslararası hukuk anlamında düzenlemeye konu edilmesiyle sonuçlanmış, devletler hak arama özgürlüğüne anayasalarında düzenleme konusu etmişlerdir.

"Bu derece önemli bir özgürlüğün tanınmasından çok kullanılması için gereken önlemlerin alınması, düzenlemelerin yapılması, insanların ümitsizliğe kapılmadan özgürlüğün tadına varmasının sağlanması önem taşır. Hak arama, adalet duygusu ile bütünleştiği ölçüde değer kazanır, güçlenir ve güzelleşir. Adaletin gerçekleşmediği yerde, özgürlüğün gölgeleneceği, hak ve hukukun değerini yitireceği, insanların yaşama şevk ve sevincinden kopacağı, tartışmasız kabullenilen bir olgu. Bireyleri arasındaki bağlar, kopan, gevşeyen topluluklar, ayrıcalıksız çöküş sürecine girer. İşte bunun için adalet toplumun sağlam yapısını oluşturan son derece önemli bir etkidir. İnsan yüreğinde vatan sevgisi bile adaletle güçlenir, adaletsizlikle söner. Haksızlığa isyan duygusu insan karakterinin en yüce asaletidir. Toplum yapısında adaleti yerine getirebilmeyi düşünmüş olmak insan aklının büyük zaferidir. Hak arama özgürlüğünü halkın gönlünde mücadele azmini geliştiren ve gönül ferah-

(9) 19.09.1991, E. 1991/2, K. 1991/30, **RG**, 16.09.1992, S. 21347, sh. 29-30.

lığı yaratan, bir ışık olarak daima canlı ve aydınlık bulundurmak Devletin üzerine özenle eğileceği bir görevdir.”⁽¹⁰⁾

Genel bir kabul olan hak ve özgürlüklerin insan haklarına ilişkin temel sözleşmelerde ve anayasalarda düzenlemek, tek başına yeterince güvence sağlamadığı, uygulamada da bunların gerçekleştirilmesi gerektiği gerçeğinin bir sonucu olarak; bu eksikliğin giderilmesine ilişkin yolların biri de, hak arama yollarının sayısını artırmak, ulaşılmasını kolaylaştırmak ve etkinleştirmektir.

DENETİM⁽¹¹⁾

Yaptırımı içermeyen, hukuk kurallarının uygulanmasının denetiminin öngörülmediği durumlarda, hukuk devleti kavramının içi boş, kağıt üzerine kalan bir ifade, temenniye ifade eden bir kavram, uygun neticeleri doğurmayan bir fenomen olacağı noktasının üzerine vurgu yapıp, ısrar edilmesi gerekir. Denetim bütün işlem ve eylemlerin önce (*a priori*) veya sonrasında (*a posteriori*) bir tekniğe veya hukuk kuralına bazı noktalardan uygunluğunun teyit edilmesi amaçlar. Bu kavram özel hukukta, kamu hukukunda ve hukukun dışında öylesine belirsiz bir anlam içerikli, ancak sıfatlar veya isim tamlamasıyla anlamı biraz netleşebilmektedir.⁽¹²⁾

Denetim kavramı günlük dilde çok geniş anlamlarda kullanılmakta olup, teori ve uygulamasıyla ayrı bir disiplin olarak kabul edilir. Bu anlamda olmak üzere denetim, uzmanlaşmış kişi ve organlar eliyle yürütülen kural olarak kamusal yanı ağır basan bir bağımsız ve sistemli işlemdir. Söz konusu işlev bilimsel temellere dayalı belirli periyotlarda (dönemlerde) düzenli ve gerektiğinde de arzi programlar, planlar aracılığıyla resen veya talep ya da talimat üzerine yürütülür. Uygulama sürecinde bazen, uluslararası kabul görmüş ilke ve standartlardan yararlanılır.

Genel bir ifadeyle denetim⁽¹³⁾ (*contrôle*) kavramı olaya göre bir makam, yargı yeri veya bilirkişinin bir vakianın varlığını, alınan bir kararın yerindeliği, kararın yetkili hukuk süjesince tesis edildiği veya bir durumun bir hukuk kuralına uygunluğunun değerlendirilmesi işlemidir. Bir başka deyişle “denetim, kamusal ya da özel hukuka tabi bir kurum veya kuruluşun ya da belirli bir plan, program veya projenin yapısı, işleyişi ve çıktılarının önceden belirlenmiş standartlara uygunluk derecesinin araştırma, gözlemlene, sorgulama gibi yöntemlerle tespit edilmesi ve elde edilen bulguların ob-

(10) **EVREN Teoman:** “Hak Arama Özgürlüğü Ve Savunma”, sh.5, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19881-1078>.

(11) **ATAY Cevdet:** *Devlet Yönetimi ve Denetimi*, İstanbul 1999, sh.17 vd.

(12) **GOFFAUX Patrick:** *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruylant, Bruxelles, 2006, sh.202.

(13) Kavramın hukuki anlamdaki Türkçe karşılığı için “Bir görevin yolunda yürütülüp yürütülmediğini anlamak için yapılan araştırma, bakı, teftiş, murakabe, kontrol.” denilmektedir.

*jektif ve sistematik bir biçimde değerlendirilerek ilgili taraf veya taraflara iletilmesi süreci” olarak tanımlanabilir. Denetimin temel amacı, var olanın ortaya konularak, olması gerekenle karşılaştırmasıdır. Bu niteliğiyle **denetim**, “**standartlara uygunluk arayışı**”olaraktanımlanabilir.⁽¹⁴⁾*

Türkçede “*murakabe*”, “*teftiş*” ve “*kontrol*” kelimelerinin eşanlamlısı olarak tanımlanan **denetim** kavramı, bir kamu kurum ya da kuruluşuna ait hukuki işlem ve faaliyetlerin, önceden belirlenmiş ve bilinen yöntemlere, kurallara veya mevzuata uygun olup olmadığını belirlemek amacıyla bağımsız birimlerce incelenmesi ve bu incelemeye incelemeyi yapan makamın özelliği ve ilgili mevzuatın gereğince bir sonuç bağlanmasıdır.

Siyasal anlamda tarihsel süreçte Parlatentonun kurulmasıyla başlayan demokratik yönetim anlayışı, büyük ölçüde “**yönetenlerin her türlü eylem ve işlemlerinin halkın denetimine açık olması ilkesine**” dayanmaktadır. Bu ilke siyasal boyutun yanında idari ve hukuki anlamda da uygulanması gerekliliğini gündeme getirmiştir. Üç boyutlu yönetenlerin denetlenmesi işlevi meşruluğunu halk adına denetim yapılmasıyla sağlar. Bununla birlikte genel kabule göre denetimin uzmanlık ve deneyim gerektirmesi, bu alanda uzmanlaşmayı gerektirmektedir. “Denetim işlevi, çağdaş yapısıyla kalkınmanın, sosyal refaha ulaşmanın, hesap verme (*accountability*) ve sorumluluk (*responsibility*) ilkelerine dayalı çağdaş demokratik yönetim yapısına kavuşmanın etkili bir aracı konumundadır.”⁽¹⁵⁾

Denetim öncelikle idarenin etkinliklerinin durumunun değerlendirilmesi, aksayan yönlerini saptanması için başvuruolan bir yöntemdir. Kamu yönetiminde denetim, kamu adına yetki ve güç kullanan, eylem gerçekleştiren, işlem tesis eden, kamu görevi yapan ve kamu hizmeti sunan idarelerin ve kişilerin kendi bünyesinden veya dışarıdan bağımsızlığı öngörülen bir güç tarafından değerlendirmeye tabi tutularak işlemlerin yerindeliği ve hukuka uygunluğu yönünde karar verilmesidir.

Denetimin; idarenin etkinliklerinin sürekliliği ve düzenliliğini sağlamaya yönelik eksikliklerinin, hatalarının ve yetersizliklerin ve hukuka aykırılıklarının kısacası kusurlarını tespit edip yaptırım uygulayarak **düzeltilici**, üzerlerinde denetimin yapıldığı birimlerin kusurları işlemekten sakınmayı sevk ettiği için **önleyici** ve nihayet hataların nedenlerini belirleyip onları ortadan kaldırmaya yöneldiği için **yapıcı** bir yönü söz konusudur.

(14) **KÖSE Ömer**: *Dünyada ve Türkiye’de Yüksek Denetim*, 2.Bası, Ankara 2007, sh.5.

(15) **KÖSE Ömer**: *age*, sh.iii.

İdarenin denetlenmesinin sebepleri ve bu denetimin işlevleri aşağıda belirtilmiştir.

1. Kanuni idare ilkesi idarenin faaliyetlerinin kanunla belirlenmesini zorunlu kıldığı için idarenin iş ve işlemlerinin kanuni düzenlemeyle ulaşmak istediği amaca uygun yerine getirilmesi gerekir. Bu gerekliliğin gerçekleştirilmesine denetim yardımcı olur.

2. Denetim, anayasal ve evrensel niteliği haiz hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idare edenlerin, kendilerine tanınan üstünlük ve ayrıcalıklarının keyfi bir şekilde kullanmalarının önüne geçilmesini ve bu yolla bireyin hak ve özgürlüklerinin çiğnenmesi ve risk altında bırakılmasını engeller; bu anlamdaki ihtimali asgari seviyeye indirger.

3. Denetim, idare edilenlerin istek, düşünce, yakınma ve eleştirilerinin yönetim katında göz önünde bulundurulması ve bu yolla karar alınmasında, alınan kararların hukuka uygunlukla birlikte yerinde olduğu de gerçekleştirilir. İdarenin etkinliklerinin yerinde olduğu hususunun ilgililer nezdinde bir meşruiyet zemini bulmasına imkân tanır.

4. Denetimin sürekli ve etkili yapılması sonucunda kamu görevlilerine tanınan yetki ve emirlerine tahsis edilen materyal ve mali kaynakların, siyasi amaçlarla, kişisel ve üçüncü kişilerin çıkarları için yani kamu yararı amacı dışında kullanılması yani keyfiliği engellenir. Yetki ve kaynaklar toplumun ortak çıkarı ve bunu sağlayacak olan idari teşkilatın varlık sebebi ve yükümlülüklerine sıhhatli ve hukuka uygun bir şekilde kullanılır. Dolayısıyla zaman ve kaynak israfının önüne geçilmiş olunur.

5. Denetim, yetki kullanacak idari makamları işgal edenlerin yetkilerinin kanuni dayanağı ve içeriğini bilmeleri ve özümsemesine yardımcı olur. Bu da yetkilerin varlık sebebi, içerik ve kapsam dışı kullanılmasını önler. Denetim eğitici, yön gösterici özelliğiyle de yapılmasında sakınca görülen iş ve işlerin yapılmaması ve tekrarlanmaması sağlar. Dolayısıyla denetim kamu hizmetlerinin yürütülmesinde sürecinde karşılaşılan aksaklıkların belirlenip, giderilmesine yönelik önlemlerin alınmasına imkân tanır.

6. Denetim, üzerinde gerçekleştirildiği birimlerin hukuka olan saygısı ve performansının ortaya konmasına imkân sağladığı için iyi işleyen idare ve idareciler için bir moral ve motivasyon kaynağıdır. Kamu görevlileri ve memurların tayin ve terfileri ile taltif ve cezalandırılmasında yerinde, sıhhatli karar alınmasına yardımcı olur.

İdarelerin özelde iş ve işlemlerinden etkilenenlerin, genelde ise halkın idareden hukuka uygun davranmanın yanında istek ve beklentileri ile şikâyetleri doğrultu-

sunda hareket etmesini sağlamaya yönelik denetimler, başlangıçta idarelerce tamamen kendi içinde ve olanaklarıyla yürütülmeye çalışılmıştır. Hatta bu husus idari rejimde Danıştay'ın oluşumunda kendini daha somut göstermekte ve günümüzde Danıştay üyelerinin bir kısmının aktif idare içinde görev yapmış idarecilerin Danıştay'a üye olarak atanması yönteminin de kaynağını oluşturduğu bilinmektedir. Ancak zamanla idarelerin işlevlerinin genişlemesi ve her alan da olduğu gibi denetim alanında da uzmanlaşmış kurumlara gereksinim duyulması üzerine idarenin dışındaki idarelerin, diğer devlet organları ve özellikle de yargının denetimine tabi kılınması hemen her ülkede devlet yapısının vazgeçilmez unsurları arasında görülmeye başlamıştır.

Kökenleri toplumun oluşma anına kadar götürülebilmesi mümkün olmakla beraber günümüzdeki anlamıyla siyasi ve hukuki boyutları olan idarenin denetiminin temellerinin, demokrasinin doğuşu ile eşzamanlı olarak atıldığından söz edilebilir. Zira demokratik gelişmenin nüvesinde, mutlak iktidarların sınırlandırılması ve idarelerin eylem ve işlemleri üzerinde ilgililerin ve halk adına denetim ve gözetim düşüncesi, arayışı ve savaşı yatmaktadır.

II. HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ VE YERİNDELİK DENETİMİ

“Il y a pouvoir discrétionnaire tout les fois qu'une administration agit librement sans que sa conduite à tenir lui soit totalement dictée à l'avance par une règle de droit.”

(Bir hukuk kuralının önceden tamamıyla davranışı anlamında dikte ettiği durumlardan dışında idarenin bağımsız bir surette davrandığı her seferinde, takdir yetkisi vardır.)

Michou

En genel hatlarıyla denetimi yapan organa göre yönetimin denetlenmesi yargı yoluyla denetim ve yargı dışı denetim olmak üzere iki grupta toplanmakta ve yargı yoluyla yapılan denetime **“hukuka uygunluk denetimi”**, diğerlerine ise **“yerindelik denetimi”** denilmektedir. Kural olarak yargı yerleri hukuka uygunluk denetimi, diğer denetim organları ise; hem hukuka uygunluk, hem de yerindelik denetimi yaptığı bilinmektedir. İdarenin davranışlarının yalnız hukuka uygunluğu yetmez, bunların yerindeliği, başka bir deyişle kamu hizmetlerinin iyi biçimde kamuya yararlı olarak yürütülmesi de gerekir. Yargı dışı denetim alanı bir öndenetim işlevi görür. Yargı ise çekişmeli yöntemle sorunu giderir.

En genel anlamıyla idarenin etkinliklerinde kullanılan asli araç olan **idari işlem**⁽¹⁶⁾, kamusal usullerden hareketle onlara uygun bir tarzda kamu gücünün yani kamusal üstünlük ve ayrıcalıklarının kullanımı sonucunda şekillenen, gerçek veya tüzel kişilerin iç hukuk ve/veya uluslararası hukukun düzenlemeleri ya da evrensel

(16) Bkn. ATAY Ender Ethem: age, sh.419 vd.

ilkelerle ortaya konulmuş, kabul gören haklarını, özgürlüklerini ve menfaatlerini doğrudan etkileyen bireysel önlem veya karar, bazen de düzenleyici mahiyetteki tasarruflardır. **İdari işlem** idari etkinliklerin yürütülmesinde yazılı olarak yetkili makamca yasal koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak tek taraflı, resen tesis edilen, icrailik vasfı bulunan, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan ve hukukilik ve yerindelik anlamında denetimin konusunu oluşturan idarenin irade açıklamasıdır.

İdarenin kendisine tanınan yetkinin amacının gerçekleştirilmesine engel olunmadan gerçek veya tüzel kişilerin hakları, özgürlükleri ve menfaatlerini keyfilik veya takdir yetkisinin diğer kötüye kullanımına karşı koruması medeni ülkelerde kabul edilmiş ve bu anlamdaki uluslararası düzenlemelerde de dile getirilmiştir.

Genel kabule ve başta Anayasa olmak üzere yasal düzenlemelerde ifade edildiği üzere; mahkemeler, dava konusu uyuşmazlıkları "*yerindelik*" açısından değil, "*hukukilik*" açısından değerlendirme yaparak karara bağlarlar. **Hukuka uygunluk denetiminde** idarenin iş ve işlemlerinin yürürlükteki mevzuata uygun biçimde yapılıp yapılmadığının incelenmesi yapılmaktadır. Bir başka ifadeyle hukuka uygunluk, söz konusu tasarrufun geçerliliğinin kanunun öngördüğü hususlara, koşullara uygun olmasına bağlı bir niteliktir. Mahkemelerin baktıkları davalarda siyasal ve idari yerindelik anlamında karar vermeleri durumunda, kuvvetler ayrılığı ilkesi zedelenir, anlamını yitirir ve hukuk devleti ilkesi çiğnenmiş olur. Ancak, yargının yasamay ve yürütmeyi denetleyen bunların hukuka uygunluğunu temin eden bir erk olması, bu fonksiyonun yerine getirmesinin temel şartı olarak yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile sağlanabilir. Yargının yerindelik denetimine girişmesi uyuşmazlıklarda taraf olması, aktif yasama veya idare etme işlevini yüklenmesi anlamını taşır.

Yargı, önüne gelen bir davada uyuşmazlık konusu işlem açısından kamu yararı güdülüp güdülmediğine bakar, fakat uyuşmazlık anlamında kamu yararı nedir, nerededir, nasıl olmalıdır diye uyuşmazlığı sorgulayamaz, değerlendirmeye tabi tutamaz. Kamu yararının nerede, nasıl olduğuna işin doğası gereğince idare karar verir. Bu kapsamda olmak üzere örneğin kamulaştırılacak taşınmazın iyi seçilip seçilmediği, başka taşınmazın seçilmesi gerektiği yönünde bir değerlendirme yapılmaması "*yerindelik denetimi*" anlamını taşır.

Mahkemenin işlevi kuvvetler ayrılığı ilkesinin doğal bir sonucu olarak, idarenin yerine geçerek yani aktif idare işlev ve yetkisini yüklenmek, yerindelik denetimi yapmak değildir. Mahkemelerin özellikle idari yargıda yetkisi ve işlevi, çözüme bağlamak durumunda olduğu idari uyuşmazlık açısından karar verme süreçlerinde bireylere mevzuatın hükümlerine uygun, eşit ve adil muamele sağlanıp sağlanmadığının denetimiyle sınırlıdır. Dolayısıyla yargısal denetimin amacı, idarenin tercihinin isabetli olup olmadığını değerlendirerek bu tercihi gerektiğinde hâkimin kendi tercihi ile değiştirmek değil, karar verme sürecinin pozitif hukuk kuralları çerçevesinde özellikle kanun önünde eşitlik ilkesi, adalet ve hakkaniyete uygunluğunun varlığının değerlendirilmesi ve karar altına alınmasıyla sınırlıdır. Yargının denetimi

yerindelik denetim boyutuna ulaştığı durumlarda idarenin kilitlemesi, hareketsiz bırakılması sorunu gündeme gelir. Böyle bir denetim idareleri karar alma ve uygulamada sürekli olarak çekimsizliğe, ataletle sürükler.

Yerindelik (*opportunit *)⁽¹⁷⁾ kavramını en genel ifadeyle bir olay veya olguya uygun olan nitelik, özellik, uygun şart (*condition favorable*), elverişlilik (*convenance, commodit , avantage*) şeklinde tanımlanmaktadır. Burada uygunluktan kastedilen somut olayın mevcudiyetine, şartlarına en elverişli tercihin kullanılmasıdır. Yerindelik denetimi, en basit ifadesiyle, üst birimin (hiyerarşik amirin), alt birimin eylem ve işlemlerinin kanuni idare ilkesi anlamında şekli hukuka uygunluğun ötesine geçerek eylem ve işlemin gerçekleştirilmesine yönelik kamu yararının ya da işlem ve eylemin yürütülen kamusal etkinliğin gereklerine uygun düşüp düşmediğinin değerlendirilmesidir. Bu değerlendirmede uygun olmadığına karar verilmesi halinde, işlem veya eylemi değiştirilmesi, durdurulması veya varlığına son verilmesi gündeme gelir.

Yerindelik kanunların soyut düzenleme öngörmesi zorunluluğunun bir uzantısı olarak kuralı uygulayacak iyi işleyen, etkin idarenin takdir yetkisinin en yoğunlaştığı noktadır. Kanuna aykırılık veya keyfilik, yerindelik kavramıyla bağdaştırılması ve bu kavramla karıştırılması hiçbir şekilde kabul edilemez. İdarenin nesnelliği (objektifliği) ve/veya tarafsızlığını bozan iş ve işlemlerde yerindelik kavramının kullanımı bahse konu olamaz. Aynı şekillerde kavramın öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerinin göz ardı edilmesine yardımcı olma yönünde bir işlevi ve uygulaması da kabul edilemez. Yerindelik mevzuatın soyut kuralının makul, mantık kurallarıyla bağdaşan, hakkaniyete uygun bir temele dayandırılarak tercihin kullanılması, iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesidir. İdarenin i düzen, işleyiş ve örgütlenmesine ilişkin konulardaki tercihi, yerindelik kavramının tartışma götürmeyen ilk somutlaşmış halidir. Bir başka deyişle kamu görevlileri ve hizmetten yararlananlar arasında kanun önünde eşitlik ilkesini bozacak nitelikte sonuç doğurmadığı durumlarda; kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere kamu hizmetlerinde iş bölümü ve koordinasyonun sağlanması yerindelik kavramı içinde değerlendirilir.

Mevzuatın idarenin faaliyetlerinin tamamını bütün ayrıntılarıyla d zenleyememesi, kamu hizmetlerinin sahip olduğu farklı teknik özellikler, idarenin y r tt Ğu etkinliklerde karşı karşıya kaldığı sorunların çeşitliliği ve karmaşıklığı gibi nedenlere dayandırılan idarenin takdir yetkisinin varlığı noktasında idare hukuku öğretisi ve idari yargı organları düzeyinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Takdir yetkisinin varlığı devlet hayatının ve idare etmenin temel şartlarından dır. Ancak devletin ve bünyesindeki otoritenin yoğun bir biçimde kullanıldığı, kişilerin günlük yaşamlarının her kesitinde belirginliği ve etkisi olan idare edenlerin keyfilik

(17) Latince *opportunitas* kelimesinden türetilmiştir.

ve despotluğunun önünde geçilmesi ancak denetimle ve denetimin de yargı eliyle yapılabileceği ve bu durumda hukuk devletinin doğal bir sonucu olduğu, genel kabul gören bir vakiadır.

İdarenin kamu hizmetini yerine getirme işlevi varlığını koruduğu durumlarda bu işleve ilişkin idarenin davranış modelinin önceden belirlenmediği, idarenin harekete geçmede serbestiye sahip olduğu, idarenin hareket ve seçimine ilişkin düzenlemelerin yetersizliğinden bahsedilebildiği, kısacası idarenin etkinliklerinin ayrıntılı düzenlenememesine bağlı olarak yürüteceği hizmetin doğasına uygun düşen tasarruflarda bulunabilme yeteneği **takdir yetkisi**⁽¹⁸⁾ (*le pouvoir discrétionnaire*) olarak tanımlanır. Hukuk kurallarından doğan, hukuka aykırı bir amacın gerçekleştirilmesinin aracı olmayan bu yetkinin bulunduğu hallerde bir keyfilik, başıbozukluktan söz edilemez ve özetle takdir yetkisi hukuk kurallarının hukuka uygun olarak kullanılmak üzere idareye tanıdığı hareket serbestisidir. İdarenin alacağı kararda kararın kamu yararıyla uyum sağlaması ve yerindeliği anlamındaki değerlendirme yetkisi takdir yetkisidir.

Takdir yetkisi, Fransız İdare Hukukunda olduğu gibi Türk İdare Hukukunda da bağlı yetkinin (*compétence liée*) karşıtı olarak kullanılmakta ve idarenin hareket etme veya etmeme ya da karar alma yetkisinin az çok yerindelik değerlendirmesi gereğince kullanabilme özgürlüğüne ilişkin bir serbestiyi ifade etmektedir. Vurgulamak gerekirse takdir yetkisi kesinlikle keyfi bir yetki olarak anlaşılabilir ve uygulamaya konulamaz, bu yetkinin kullanılmasında idarenin hukuka bağımlı kılındığı ilkesi hiçbir şekilde unutulmamalıdır. İdarenin bu yetki uyarınca sahip olduğu hareket serbestisi kanunun öngördüğü önlemler veya davranış tarzları arasında bir tercihte bulunmayı içerir. Takdir yetkisi, tanıdığı kişi veya makama değerlendirme serbestisi tanıyarak öngörülen önlem ve tercihlerin somut olayın bünyesine, mahiyetine en uygun düşeni belirleyebilme yetkisidir. Takdir yetkisinin İdare Hukukundaki anlamı, idarenin alınacak kararın yerindelik değerlendirmesinden hareketle belirli bir serbesti içinde gerçekleştirilmesine ilişkin idarenin yararlandığı hukuki bir imkân olmasıdır.

Bu yetkinin yani **değerlendirmede bulunma yetkisinin** (*pouvoir d'appréciation*) kullanımında iki farklı durumdan söz edilebilir. Birçok olayda idarenin kararı maddi vakianın unsurlarına bağımlı olup, idarenin bir değerlendirmede bulunma-

(18) Bkn. **ATAY Ender Ethem**: *age*, sh.507 vd.; **ALAN Nuri**: "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisi", İdari Yargıda Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi" in İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 1982, sh.31-61; **ALPAR Erol**: *Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları*, Ankara 1990; **BAYRAKTAR Erman**: "Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi", *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I*, Ankara 1976; **KALABALIK Halil**: "İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi", GÜHFD, C.1, S.1; **KARATEPE Şükrü**: "İdarenin Takdir Yetkisi", Türk İdare Dergisi, Yıl:63, S.392; **KAYA Cemil**: *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, XII Levha, İstanbul 2011; **SAĞLAM Mehmet**: *Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, Ankara 1999, sh.1-17; **TAN Turgut**: "Sinav ve Jüri Değerlendirmesinin Yargısal Denetimi", AÜSBFD, C.51, S.1-4; **TUNCAY Aydın H.**: *İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları*, Ankara 1972, sh.130 vd.; **VENEZIA Jean-Claude**: *Le pouvoir discrétionnaire*, LGDJ, Paris 1959.

sı zorunluluğu ile karşı karşıya kalınır. Örneğin vatandaşlığa kabul kararında ilgili yabancıların Türk toplumuna iyi bir şekilde uyum sağlaması (entegre olabilmesi), ayak uydurması, hususunda bu ihtimal rahatlıkla gözlemlenmektedir. Buna karşılık diğer durumda idari karar maddi vakıanın unsurlarından tamamıyla bağımsızdır. Burada takdir yetkisi olarak adlandırılan idarenin sahip olduğu yetkiden söz edilir ve bu kapsamda alınan kararlar hukuki olup, seçenekler arasında bir tercihin yapılması bahse konudur. İdarenin aldığı kararın teknik alana kaydığı ölçüde idari yargıcın eğilimi, idarenin takdir yetkisinin kullanımı söz konusu olacağından; denetimin içerik ve kapsamında bir daralma olması yönündedir. İdarenin bu iki farklı boyuttaki yetkisine dayanarak tesis ettiği işlemleri üzerindeki yargının denetimi kesin bir şekilde ayrıştırılıp, dondurulmamıştır. Böylece bazı alanların idarenin takdir yetkisine bağımlı kılındığı, başlangıçta yargısal denetimin yokluğu söz konusu iken; açık değerlendirme hatasıyla asgari bir denetimin varlığı kabul edilmeye başlamış ve nihayet ölçülülük (*proportionnalité*) ilkesi uygulanmak suretiyle güçlü bir yargısal denetim gerçekleştirilmektedir. Özetle idarenin takdir yetkisine dayalı almış olduğu kararları hukukun kapsamı dışında değildir ve kesinlik ve zorunluluk noktasına ulaşmış etkili bir yargıç denetimine de konu edilememektedir.⁽¹⁹⁾ Takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda yargıç bu yetkinin varlığından söz ederek derinlemesine bir denetimde bulunmayı reddedecektir. Günümüzde kabul gören anlayış ve uygulama gereğince takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda; hukuka kısmi tabi olma ve derinlemesine yargısal denetim yapılabilmesi olgularını ortadankalmıştır.⁽²⁰⁾

Serbestçe hareket etme ve seçme anlamına gelen, idarenin başarıya ulaşması için gerekli, idare etme işlevinin özünde mevcut olan takdir yetkisi ile yerindelik kesişen, örtüşen yani iç içe girmiş kavramlardır. Hukuka uygunluğun aksine bir tercihin hukuk kuralının mekanik uygulanmasından kaynaklanmayan doğrulayıcı sebeplerin tamamı yerindeliği oluşturur. Bu kavram takdir yetkisi ile aynı anlamı taşımaktadır.⁽²¹⁾ Örneğin Türk vatandaşlığa alınmanın şartları Türk Vatandaşlık Kanununda öngörülmüştür. Kanunda belirtilen genel şartları taşıyan bir yabancıların vatandaşlığa alınıp alınmama konusunda karar verme yetkisi Bakanlar Kuruluna tanınmıştır. Benzer durum viza uygulamalarında da gözlemlenmektedir. Bu örneklerdeki yetki hem bir takdir yetkisi anlamına, hem de yerindelik uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira burada kanun koyucu genel şartları taşımayı vatandaşlığa alınmanın olması gerekeni gibi öngörmüş ve fakat vatandaşlığa alınmada sakınca taşıyan kişilerin bu haktan yararlandırılmaması için Bakanlar Kuruluna bir

(19) <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/action/action-encadree/administration-est-elle-libre-agir.html>

(20) [http://fr.jurispedia.org/index.php/Pouvoir_discr%C3%A9tionnaire_en_droit_administratif_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Pouvoir_discr%C3%A9tionnaire_en_droit_administratif_(fr))

(21) **ROUQUETTE Rémi**: *age*, sh.552.

takdir serbestisi, yetkinin verilmişindeki gerekliliğe uygunluğu şartını da aramaktadır.

İdare Hukukunun kodifiye edilmemiş bir hukuk dalı olması, idarenin etkinliklerinin her birinin ayrıntılı bir biçimde tanımlanamaması gerçeği takdir yetkisinin varlığını da izah etmektedir. Ayrıca mevzuat hükümlerinin ne kadar ayrıntılı düzenlemeler getirirse getirsin, uygulamada ortaya çıkabilecek bütün sorunları öngörmesi ve çözüme bağlaması maddeten mümkün değildir. Genel bir tanımlamayla idarenin faaliyetin yer ve zamanını, uygun araç-gereç ve yöntemi belirleme konusunda tercihi, **yerindeliği** ifade eder. Bu tanımlama aynı zamanda takdir yetkisinden başka bir şey değildir. Bilindiği üzere yerindelik alanı, takdir yetkisinin içinde yer alır ve takdir yetkisini veren mevzuatın kapsamına göre de takdir yetkisinin içindeki yeri genişler ya da daralır. Özellikle işlemin sebep unsurunun denetiminde takdir yetkisinin yargısal denetimi artmakta, idarenin işlemin konu unsurunu, birçok seçenek arasından seçmek durumunda olduğu durumlarda ise yerindelik alanı genişlemektedir. Takdir yetkisi, yapılan idari işlemlerden bağımsız olup, işlemin konusunu oluşturan olayda bir kez kullanılmakla tükenen bir yetkidir. Oysa yerindelik, yapılan idari işlemin ortaya çıkardığı, az çok süreklilik arz eden bir durumu belirtir. Bu durum, idari işlemin yarattığı sonucun, kamu hizmetinin gereklerine uygun düşmesinden ibarettir. Takdir yetkisi uygulanacak hukuk normunun çerçevesi içinde idarenin serbest karar verme alanıdır. Buna karşılık yerindelik, bu serbest karar verme alanı içerisinde kalınarak verilen kararın konusunu oluşturur. Bu açıdan yargı denetiminin dışında kalan, gerçekte takdir yetkisinin ilişkin olduğu normalanıdır.⁽²²⁾

Bu sebeple bir görüşe göre takdir yetkisinin yargısal denetimi yapılamaz. Takdir yetkisinin söz konusu edildiği kullanıldığı alan, yerindelik alanıdır. Yerindelik öncelikle maddi olayların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi ikinci olarak da belli bir yönde hareket edip etmeme olanağı ve nihayet harekete geçme zamanının saptanmasında söz konusu edilmektedir. Dolayısıyla yerindelik bahse konu ihtimallerin tamamında ya da bu alanların sadece birinde söz konusu olabilir. İdari yargıç idari etkinliğin toplumsal veya bireysel anlamda tatmini gereken ihtiyaca uygunluğunu kısacası yerindeliğini değil, hukuk kurallarına uygunluğunu denetleyecektir. Yargı yetkisi idari işlemin veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ile sınırlıdır.⁽²³⁾ İdarenin takdir yetkisi amaç açısından denetlenebilir ve bir idari işlemin

(22) **DİNÇKOL Hulusi Alphan:** "İdari Yargı'da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, sh.1575.

(23) "(...) İdari işlemler üzerindeki yargısal denetim, bu işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanmasıyla sınırlıdır. İdarenin takdir yetkisinin denetimine yargı organları yönünden getirilen ve idari işlemlerin yalnızca hukuka uygunluk açısından denetlenebilecekleri biçiminde ifade edilen kural, aynı zamanda idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında uyması gereken sınırları da koymuş bulunmaktadır. Başka bir anlatımla, idarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının daha somut bir biçimde ortaya konulması için birden çok seçeneğin birisini tercihte takdir yetkisiyle donatıldıkları durumlarda idari yargı organlarının yapılacak denetim idarenin tercih

tesisinde idare takdir yetkisini kamu yararına aykırı veya üçüncü kişi yararına ya da kişisel çıkar, kin, garez ve zarar verme amacıyla kullanırsa, işlem amaç unsuru açısından sakat hale gelir. İdare takdir yetkisiyle işlemin hukukiliği şartlarına uygun hareket etme önkoşulunun yanında; yerindeliğine ilişkin hareket marjında kalarak seçimini, tercihini kullanır. Hukuka uygun olan bir işlem takdir yetkisi ile yapıldı diye hukuka aykırı hale gelmeyeceği gibi hukuka aykırı bir işlem takdir yetkisi kullanıldı gerekçesinin arkasına sığınarak hukuka uygun hale gelmez. İdari yargı mercileri idarenin takdir yetkisini denetleyemezler ancak işlemde apaçık takdir hatası (*erreure manifeste d'appréciation*)⁽²⁴⁾ mevcutsa ya da idare takdir yetkisini ölçülülük/orantılılık ilkesine uygun kullanmamışsa denetimin yapılabilmesi mümkündür.⁽²⁵⁾ Burada hukuki anlamda yorum devreye girecektir.

İdarenin takdir yetkisinin mutlak, sınırsız ve keyfi olmayıp, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun kullanılır. Yerindelik denetimi, takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemlerin hukuka uygunluğunun belirlenmesinde, idari yargı hâkiminin yetkisinin sınırıdır. Yerindelik, takdir yetkisinin denetiminde kullanılan hizmet gerekleri ve kamu yararı ölçütlerine uygun bir işlemin, isabetli veya yararlı olup olmadığına karar verilmesidir. Hukukilik denetimini yapacak makamın böyle bir değerlendirmeye girişmesi halinde, idareye tanınan yetkiyi kullandığı için, hukukilik denetiminin dışına çıkmış olur. Çünkü hukuka uygunluk denetimi yapacak mercie verilen yetki, idari etkinliğin hukuka uygun olup olmadığını belirleme yetkisidir. İdarenin yerine geçerek bir işlemin, isabetli, yararlı olup olmadığına karar verilmesi halinde hukuka uygunluk denetimi kullanan mercinin mevzuatın kendisine tanıdığı yetkiyi aşarak, idare içinde bir üst amir konumuna gelir.

Yerindelik denetimi ile hukuka uygunluk denetimi birbirinden farklıdır. Hukuka uygunluk denetiminde yürürlükteki mevzuata, yargı içtihatlarına ve süreklilik ka-

ettiği seçeneğin ve bunun uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılması ve saptanmasıyla sınırlı olup, idari yargı organlarının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da muayyen bir yönde işlem veya eylem tesisine zorunlu kılacak bir biçimde yargı kararı vermeleri ve böylece idari işlemlerin denetiminde, hukuka uygunluk sınırını aşarak, yerindelik denetimine girmeleri, Anayasa ve yasa kurallarıyla ve idare hukuku ilkeleriyle bağdaştırılmaz. (...)" (Dan.5.D., 23.11.1987, E.1987/2389, K.1987/1620, Dan. Der., S.70-71, s.255.)

(24) Açık hata, takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemlerde idarenin yaptığı açık, belirgin, hemen ilk bakışta fark edilebilen, getirdiği çözüm adalet ve hakkaniyet duygularına açıkça ters düşen, bir değerlendirme veya tercih hatasıdır. Kavramı kesin bir yanılıgyı (*erreure évidente*), taraflarca dile getirilip yargıç tarafından kabullenilmeyi normal, makul, orta zekâlı, dürüst bir insanın salim kafayla ilk bakışta tereddüde düşmeden belirleyebildiği bir hata olarak tanımlayabiliriz. "... İl Müdürlüğü görevini daha önce yürüten ..."nın görevden alınması işleminin yargı yerinde iptali nedeniyle bu göreve iadesini sağlamak üzere davacının görevden alınmasından sonra davacının hizmet süresi, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihe kadar bulunduğu görevler, alındığı ve atandığı görevlerin unvan ve nitelikleri, bu iki görev arasındaki hiyerarşik kademeler ve değişik hizmet kadroları dikkate alınmadan, davacının mühendis kadrosuna atanması işleminde "İdarenin açık takdir hatası" bulunmakta olup, davanın bu kısmının reddinde hukuki isabet görülmemiştir." (Dan. İDDGK, 22.03.1999, E.1997/134, K. 1999/407)

(25) **TORUN Yalçın:** "İnsan Hakları Ve İdarenin Takdir Yetkisi", AYİMD, N0:28, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=96.

zanmış olan idari uygulamalara aykırılık olup olmadığı araştırılır. **Yerindelik denetimi** ise, hukuk kurallarına uygun bir işlemin veya eylemin yapılıp yapılmamasına veya ne şekilde yapılması gerektiğine karar vermektir. İdarenin tercihte bulunmak hak ve yetkisine sahip olduğu hallerde, bu yetkinin belirli bir kişi lehine kullanmaya zorlanması yerindeliktir. Onun içindir ki, yargı kararlarında idareye kadro ihdası anlamında bir zorlama yapılması kabul edilmemektedir. İdarenin yürütmesi gereken bir faaliyet hakkında, talimat niteliğinde hüküm kurulması da yerindelik denetimi olarak kabul edilmektedir. Zira bu tür bir ihtimal halinde yargı hiyerarşik idari birim rolüne soyunmuş olur. Kısacası hukuka uygunluk yapmakla yetkilendirilen mercii, idareye ne tür işlem tesis etmesini, ne yönde davranması gerektiğini söylediğinde hiyerarşik üst konumuna geçeceği için, artık yapılan denetim hukuka uygunluk sınırı dışına taşarak idari yerindelik denetim haline dönüşmektedir.

Yerindelik kavramı İdare Hukukunda takdir yetkisinin kullanımında bahse konu edilmektedir.

Zira bağlı yetkinin var olduğu durumda kural koyucu, kuralı ve kuralın uygulanmasında uygulayıcıya hareket serbestisi tanımamış, verilen emrin nitelik ve içeriğine katkıda bulunmadan soyutluktan somutluğa dönüştürülmesini istemiştir. Bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda idare mekanik bir tarzda hareket eder. Bağlı yetkiye dayalı kararın alınmasında idare inisiyatif kullanan değil, emre itaat eden emri harfiyen yerine getiren bir aygıttır. Bu nedenle yerindelik kavramının tanımını Avrupa Konseyi'nin **İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı**⁽²⁶⁾ndan hareketle yapmak mümkün gibi görülmektedir. Buna göre **yerindelik**; Kamusal yetkinin verilmiş amacından başka amaç güdülmeyen, yalnızca somut olaya ilişkin öğeleri dikkate alarak nesnel ve tarafsız, hakkaniyeti esas alan, kanun önünde eşitlik ilkesini gözetilen, işlemin amacıyla, kişilerin hakları, özgürlükleri veya menfaatleri üzerindeki olumsuz etkileri arasında bir denge kurma olarak tanımlanabilir. Doğal olarak bir işlemin yerindeliliğinde bu anlamda söz konusu işlemin, her somut olaya göre belirlenen makul bir süre içinde yapılması ve genel idari direktifleri her olayın özelliklerini göz önünde tutarak istikrarlı bir şekilde uygulanması da gerekir.

Yerindelik denetiminde ilgili idarenin kanunen yürütmek zorunda olduğu hizmetlerinin arasında sıralamada önceliklerini nesnel olarak belirleyip belirlemediklerinin; mevcut mali, teknik ve beşeri kaynak ve kapasitelerini öncelikli görevlerin gereklerine uygun biçimde kullanıp kullanmadıklarının incelenmesi söz konusudur. Gelişmiş demokrasilerde, yerindelik denetimini idari makamlar yapar. Çünkü bir işlem veya eylemin, kamu yararı açısından yerinde olup olmayacağına dair kararı, ancak idari makamlar verebilir. Yargı makamları ise, idarenin işlem ve eylemle-

(26) "İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin, Avrupa Konseyi Bakanlar Konseyi'nin R(80) 2 sayılı Tavsiye Kararı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 45, sayı 1-4, (1996), sayfa 323-341, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/takdiryetkisi.htm>

rinin “hukukî denetimini” yapar.

Yargı makamları, idarenin işlem ve eylemlerinde, yerindelik denetimi yaparak, iptal veya değiştirme kararı alamaz. Dolayısıyla yargı kendini yasama veya yürütme organı yerine koyması halinde “kuvvetler ayrılığı ilkesiyle” zıt bir durumun oluşumuna sebebiyet vermiş olur. İdarenin aldığı kararlar, yargıçların hiçbir hukukî dayanak göstermeksizin, sadece “kamu yararına uygun” olmadığı kanaatine binaen iptali halinde hukuk devletini, “**yargıçlar - hukukçular devleti / juristokrasi**” haline gelir.

Hukuk devleti anlayışının geçerli olduğu ülkelerde, bireyler gibi idarenin de hukuk kurallarına bağlılığının gerçekleştirilmesi ve kişilerin hak ve özgürlüklerinin idareye karşı korunması için, başta yargısal denetim olmak üzere, idare üzerinde birçok denetim yolu oluşturulmuştur. Bu denetim yolları, hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli işlevler görmekle birlikte; XX. yüzyılda, özellikle de II. Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde, dünyada meydana gelen değişme ve gelişmeler sonucunda artan; devlet hizmetlerine, kamu hizmeti anlayışındaki değişikliklere, birey-devlet ilişkilerinde meydana gelen artışa, bürokrasinin artmasına ve idari işlemlerin karmaşıklaşmasına karşı yetersiz kalmıştır. Bu durum, birçok demokratik ülkeyi, kişileri idareye karşı koruyabilmek amacıyla doğrudan, esnek, hızlı ve maliyetsiz bir kuruma sahip olmaya yöneltmiştir. İşte bu aşamada XVIII. yüzyılın başından beri özgün bir kurum olarak İsveç'te uygulanan ombudsman kurumu, hukuk devletinin güçlendirilmesi ve demokratikleşmenin bir elamanı olarak görülmeye başlanmıştır. İnsan haklarının korunması, vatandaşların kamu kurumlarınca haksız uygulamalara maruz kalmasının önlenmesi, vatandaş şikayetlerinin en kısa zamanda çözüme kavuşturulması gibi amaçlarla oluşturulan ombudsman denetimi; yönetsel ve yargısal denetim yollarının dışında bir denetim yolu olmakla beraber, bu denetim yollarına alternatif olarak değil, bu kurumların eksikliklerini tamamlamaya yardımcı bir kurum olarak kabul edilmektedir.⁽²⁷⁾

(27) Aksi bir görüş olarak aşağıdaki düşüncelerde dile getirilmektedir: “AKP iktidarının hazırladığı anayasa değişiklik paketiyle idari yargının, idari işlem ve kararlar üzerindeki hukuki denetim yetkisi sınırlandırılıp, zayıf atılmak istenmektedir. Diğer yandan Kamu Denetçiliği Kurumu ile idarenin işleyişine ilişkin vatandaşların şikâyetlerine çözüm merci oluşturulduğu görüntüsü yaratılmaktadır. Bu modelle iktidarın idari uygulamalarını denetlemeye yönelik olarak yine iktidarın egemenliğinde belirlenecek bir yapı öngörülmektedir. Yargısal denetime alternatif gibi böyle bir ombudsmanlık makamının kurulması güçler ayrılığı sistemini ve Türkiye'deki idari yargı mekanizmasını bozacak bir adımdır. ...AKP iktidarı döneminde 2006 yılında çıkarılan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nu iptal eden Anayasa Mahkemesi, yasama organına bağlı olarak böyle bir teşkilat kurulamayacağına hükmetmiştir. Yani AKP Hükümeti, yargı kararlarını uygulamak yerine hukuksuz işlemlerine uygun günü birlik yasa çıkarma politikasını, yasalarının iptali karşısında Anayasa değişikliğiyle çözmeye çalışmaktadır.” (http://www.emo.org.tr/ekler/b344a958119d699_ek.pdf?tipi=4&turu=H&sube=0)

IV. İDARİ DENETİM TÜRLERİ FAYDA VE SAKINCALARI (AVANTAJ VE DEZAVANTAJLARI)

Denetimi, uygulama alanlarına, denetimi yapan kuruma, denetlenen kurumlara, uygulanan denetim tekniklerine, denetimin zamanlamasına, amacına, kapsamına, konusuna, denetim yaklaşımlarına vb. göre çok çeşitli şekillerde sınıflandırmak mümkündür.

Kuvvetler ayrılığı ilkesiyle paralellik gösteren idarenin kamusal denetimin de, denetimi yapan organın niteliğine göre yasama denetimi, yargı denetimi, yönetsel (idari) denetim gibi bir sınıflandırma yapılabilir. Denetimin kurumsal yapısından iç denetim, dış denetim ve yüksek denetim şeklinde bir ayırım yapılabilir. İç ve dış denetim ayrımı hem kamu ve hem de özel sektör açısından geçerlidir. Yüksek denetim ise, başta Sayıştay ve ombudsmanlık olmak üzere hemen her ülkede bağımsız ve uzman kuruluşlarca genellikle Parlamento adına yapılan denetimler için kullanılmaktadır. Yapılan denetimin niteliği açısından da yukarıda açıklanan başlıca düzenlilik denetimi (hukuka uygunluk) ve yerindelik denetiminden söz edilebilir.

Denetim olgusunu örgütlülüğü açısından doğal ve biçimsel denetim; denetimin konusu açısından işlemlerin ve eylemlerin denetimi; uygulandığı alan açısından gelir, gider ve varlıkların denetimi; sürekliliği yönünden sürekli ve süreksiz denetim; uygulandığı zaman açısından uygulama öncesinde (ön denetim), uygulama sırasında ve uygulama sonrasında denetim; amaçları açısından önleyici ve düzeltici denetim olarak ve daha birçok açıdan alt sınıflara tabi tutulması söz konusudur.

Yargı dışı denetim yolları ile idari bir işlem ve eylemin hem hukuka uygunluğu, hem de yerindeliği denetlenir. Oysa yargı denetimi ile idari eylem ve işlemin sadece hukuksal denetimi yapılır. Yargı denetiminin işlemesi için başvuru zorunluysen, yargı dışı denetim için çoğu kez başvuru gerekmez. Yukarıda da ifade edildiği üzere hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden biri de, idarenin yaptığı işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluk yönünden yargı denetimine tabi olmasıdır. Bununla beraber, yargı denetimi idarenin işlem ve eylemleri üzerinde yapılan tek denetim değildir. Yargı denetimi dışında, idari, siyasal ve kamuoyu denetimi ile de idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu denetlenir. Hatta yargı dışı denetim yolları, yargı denetimi ile karşılaştırıldıklarında, daha geniş kapsamlıdır. Şöyle ki; yargı denetimi ile idari işlem ve eylemlerin sadece hukuka uygunluğu (hukukiliği) denetlenirken, yargı dışı denetim yolları ile idari işlem ve eylemlerin hem hukuka uygunluğu ve hem de yerindeliği denetlenir. Ayrıca yargı denetimi, çok daha sıkı koşul ve usullere bağlanmıştır. Bir defa yargı denetimi kendiliğinden işlemez. Bu denetimin yapılabilmesi için mutlaka bir başvurunun olması; yani bir davanın açılmış olması gerekir. Öte yandan, yargı denetimi belli usul kurallarına bağlanmıştır. Oysa yargı dışı denetim yolları çoğu kez bir başvuruya gerek olmaksızın, kendili-

ğinden harekete geçerler ve de daha basit usullere tabi tutulmuşlardır.

İdarenin gerçekleştirdiği işlem ve eylemler üzerindeki denetim yollarından biri de kamuoyu denetimidir. Ancak kamuoyu denetiminin etkinliği için, kamuoyunun serbestçe ulaşabilme koşullarının varlığı gerekir. Bunun için, her şeyden önce düşünceyi açıklama özgürlüğünün bağlantılı hak ve özgürlüklerle birlikte tanınması ve anayasal düzenlemeler ve evrensel ilkelerin izin vermediği durumlarda sınırlandırılmaması gerekir. Dolayısıyla, bağımsız basın ve kitle haberleşme araçları bulunmalı ve başta meslek kuruluşları olmak üzere sivil toplum örgütlerinin serbestçe faaliyet gösterebilmelidir. Bu koşulların yokluğu ya da eksikliği, kamuoyu denetimini ya imkânsız kılar ya da etkisizleştirir.

Siyasal denetim, esas itibariyle yasama organının hükümeti denetlemesidir. Aslında her parlamentolu siyasi rejimde görülen siyasi denetim, parlamenter sistemi benimsemiş bulunan ülkelerde çok daha sıkı ve etkilidir. Ancak bu denetim yönteminin etkinliği ülkenin siyasi ve demokrasi kültürüyle doğru orantılıdır ve her zaman kendisinden beklenen neticeleri doğurmaz. Ülkemiz bu anlamda siyasi denetimin gerektiği gibi yapılamadığı ülkeler kategorisindedir. Siyasi denetim olarak bilinen yasama denetiminde parlamento idareyi doğrudan doğruya değil ve fakat hükümet aracılığı ile denetler.

Gerçekten Anayasa'nın 112. maddesinin birinci fıkrasında, Bakanlar Kurulu'nun hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden dolayı TBMM'ne karşı siyasi sorumluluğu belirtildikten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasında da her bir bakanın kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin işlemlerinden de TBMM'ne karşı münferiden sorumlu olacakları belirtilmiştir. İşte TBMM bu Anayasa kuralları uyarınca hem Bakanlar Kurulu'nu ve hem de tek tek bakanları denetlemek suretiyle idareyi de denetlemiş olmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, TBMM'nin denetiminin asıl muhatabı idare değil ve fakat idarenin başında bulunan hükümet ya da münferit bakanlardır.

Meclis denetimi yöntemiyle, Bakanlar Kurulu ve münferit bakanlar aracılığı ile özü itibariyle merkezi idarenin denetlenmesine ilişkindir. Ancak idarenin bütünlüğü ilkesi uyarınca devlet tüzel kişiliği dışındaki kamu tüzelkişileri de vesayet bağı ile merkezi idare makamlarına bağlandıklarından, meclis denetim ile yerel yönetimlerin ve öteki yerinden yönetim kuruluşlarının da vesayet bağı ile bağlı buldukları merkezi idare makamının başındaki bakan ya da Başbakan aracılığı ile denetlenebilmektedir. Meclis denetim yollarının belli başlıları; soru, gensoru, meclis araştırması ve meclis soruşturması olup, bu denetim yolları sadece milletvekillerinin başvurusu ile işlemektedir.

Günümüzde yasama organının elindeki denetim mekanizmalarını etkin bir şekilde işletebildiğini ve bürokrasi üzerinde yeterli bir denetim kurduğunu ileri sür-

mek güçtür. Son yıllarda kamusal faaliyetlerin nicelik ve nitelik açısından büyük artış göstermesi, Parlamentoların iş hacimlerini genişletmiş ve dolayısıyla verimlerini de düşmüştür. Bu da hükümetlerin faaliyetlerini yasama denetimi dışına çıkarma olanaklarını artırmıştır. Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi, hükümetlerin bu amaçla kullandıkları araçların başında gelmektedir. Bu da, yasama denetimi dışında kalan diğer denetim yollarının önemini artırmıştır. Bu durum, yasama denetimi dışındaki denetim yollarının, yasama denetimini tamamlayıcı niteliğinin önemini artırmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere idarenin denetlenmesi birçok kurum tarafından heterojen bir yapı içinde sağlanılmaya çalışılmaktadır. Bu kapsamda olmak üzere **idari denetim**, idarenin gerçekleştirdiği işlem ve eylemlerin idari kuruluşlar tarafından denetlenmesidir. Bu denetim, aynı kamu tüzel kişiliği içinde yer alan iki merciden birinin diğerinin işlem ya da eylemini denetlemesi biçiminde olabileceği gibi, bir kamu tüzel kişisi ya da organının yaptığı bir işlem ya da eylemin bir başka kamu tüzel kişisi ya da organı tarafından denetlenmesi biçiminde de olabilir. İdari denetimin birinci biçimi, iç denetim olarak da adlandırılan hiyerarşi denetimidir. İdari denetimin ikinci biçimi ise, dış denetim olarak da adlandırılan vesayet denetimidir.

Dolayısıyla denetim bazen hiyerarşik yapıya bağlı kılınan idare içindeki ajanlar tarafından bazen de idarenin dışında bağımsızlığı göreceli olarak değişkenlik gösteren otoriteler tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda kanun tasarıları, tüzükler ve imtiyaz şartlaşmaları ve sözleşmeleri üzerinde öndenimin Danıştay tarafından yapıldığı bilinmektedir. Yargısal denetimin takdire şayanlığı ve etkinliği ve önemi hususunda kuşku yoktur. Ancak uygulamada bazı sorunlar yaşandığı da bilinen bir gerçektir.

İdarenin hiyerarşik anlamda, bağımsızlığı çok zayıf niteliği haiz iç denetiminin yargısal denetimin aksine bir şikâyet ve davaya bağlı olmaksızın hatta birçok durumda kendiliğinden harekete geçmektedir. Bu denetimin kapsam ve içeriği oldukça geniş olup, hukuka uygunluğun yanında yerindelik denetimi ve değerlendirmesi de yapılabilmektedir. Bu kapsamda hukuka uygunluğa ve yerindeliğe yönelik öneriler ve emirlerde bulunulabilmektedir. Nihayet düzeltici bir işlevi de yerine getirebilmektedir. Bu yöntemin avantajları ve etkinliği tartışma konusudur. Öncelikle sistemin etkinliği hiyerarşik bakış açısına bağımlılığı denetimi yapacakların hiyerarşik amirlerce belirlenmesi ve onun emrine tabiliği sistemin işlerliği, yeterliliği ve etkinliğini sürekli etki altında tutmaktadır. Bu yolla başlangıçta kamusal kaynakların kullanılmasında hukuka uyarlık denetlenirken zaman içinde bu idarenin bütün iş ve işlemleri üzerinde hukuka uygunluk ve nihayet yerindelik anlamında yaygınlaştırılmıştır.

Hiyerarşik denetim her tür idari yapılanmada mevcut olup, yürürlükteki mev-

zuat ve üstlerin emirlerine uygun davranmayı ve üstlere bağımlılığı ifade eder. Hiyerarşik denetim kamu görevlilerinin ve memurlarının yükümlülük, yetki ve görevlerinin ifası sırasındaki eksiklikleri ve işledikleri hataları cezalandırmaya imkân tanıyan disiplin yetkisine vücut vermektedir. Hiyerarşik denetimin bir türü olan genel teftiş ilgili idarelerin en azından belirli zamanlarda kendilerine çeki düzen vermeleri, iş ve işlemlerini yeniden gözden geçirerek eksikliklerini belirleme ve gidermelerine imkân tanır. Ancak bu yöntemin başarısı bu yetkiyi kullanacak ve yetkinin kullanılması için emir verecek makamın inisiyatifine bağımlılığı, başarısı ile doğru orantılı bir şekilde gerçekleşecektir. Teftişin yol ve yöntemlerinin güncellenmesi, birimlerinin yenilenmesi, gelişmelere duyarlı kılınması başarısı üzerinde doğrudan etki yapacaktır.

Yargı dışı denetim yolları, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, ne denli iyi işlerlse işlesinler, İdarenin yaptığı işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde yetersiz kalmaktadır. Gerçekten, idari denetim ister hiyerarşik denetim, ister vesayet denetimi şeklinde yapılsın, netice itibariyle idarenin kendi kendini denetlemesidir. İdari denetimde, denetimi yapan organ yine yetkiyi kullanan organın bir parçasıdır. Örneğin kurumların teftiş kurulları, o kurumda idareyle ilgili suçları araştırmakla görevli olup, denetledikleri organın bir parçasıdır. Bu sebeple, gerçek anlamda idari denetimin, yine idare tarafından yerine getirilmesi için doğasına uygun düşmemektedir. Siyasal denetim, idarenin doğrudan doğruya değil ve fakat hükümet aracılığı ile denetlenmesidir ki, parlamentonun çoğunluğuna dayanan bir hükümetin ve de hükümet aracılığı ile idarenin etkili bir biçimde denetlenmesi genellikle mümkün olmaz. Kamuoyu denetimi ise, ancak belli koşulların varlığı halinde etkili olabilecek bir denetim özelliği taşımasının yanı sıra, çoğu kez nesnel ve hukuki ölçütlere dayanmayan, daha ziyade öznel düşünce ve kanaatlerin, tek yanlılığın etkisi altında kalan bir denetim türüdür. Buna karşılık yargı denetimi, idare üzerinde uygulanan en etkili ve nesnel denetim yoludur. Yargı denetimi, idareden bağımsız ve tarafsız bir organ tarafından ve salt hukuki ölçütlere dayalı olarak yapılan nesnel bir denetim olmakla ve de güçlü yaptırımlarla donatılmakla, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayan en etkili denetim yolu gibi görünmektedir.

Ancak Ülkemizde yargısal denetim, resen harekete geçen mekanizmalarla donatılmamış olup, işlem ve eylemlerine karşı açılan davalarda kendini gösteren edilgen bir denetim şeklidir. Yazılı yargılama usulüne tabi olduğundan, sonuca da, idarenin gösterdiği bilgi ve belgelerle ulaşabilmekte, yerine göre 2577 sayılı İYUK'nun 20.maddesi uyarınca Başbakan veya ilgili Bakan bilgi ve belge vermeme hakkını da kullanabilmektedir. Buna, idari yargı yolunun kapatıldığı Anayasal sınırları da eklersek idari yargının mevcut durumunun, hukuk devleti yolunda, özlenen denetimi yapmada yetersiz kalmaktadır. Ayrıca idari yargı mensuplarının mesleğe alınma-

ları, tayin ve terfileri ile kararlarında, hukukun esas alındığı gerçekten “bağımsız, siyasi konjonktürden etkilenmeyen hâkim” imajının yaratılamaması, yargıya olan güvenin azalması yargı denetiminin etkinliğini olumsuz yönde etkilemektedir. Sonuncu olarak da idari yargı kararlarının infazı sorunu yargısal denetimin varlığı ve etkinliğinin sorgulanması ve eleştirilmesine sebebiyet vermektedir.

V. İDARENİN DENETLENMESİNDE KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU⁽²⁸⁾'NUN YERİ VE ÖNEMİ

Bireyin idare karşısında korunmasını amaçlayan denetim türlerinden birisi olan ombudsmanlık, genellikle idareye karşı kişilerin şikâyetlerini inceleyerek, idarenin aksayan ve kusurlu yanlarını ortaya çıkarmakta; vardığı sonuçları parlamentoya ve kamuoyunun bilgisine sunmakta, onlarla paylaşmakta, konu hakkında kamuoyunun dikkatini çekmekte ve kamuoyunun sorunlara yönelik hassasiyetini tahrik ve teşvik etmektedir.

Çağımız devletin artan görevleri ve karmaşıklaşan yapısı bireyleri idare karşısında zayıflatmakta ve korunmaya muhtaç duruma getirmektedir. İşte bu nedenlerle, idarenin yapısına daha kolaylıkla girip nüfuz edebilen, daha hızlı, daha basit, daha etkili bir kuruma duyulan ihtiyaç, ombudsmanlık kurumuna olan ilgiyi ve ilginin yoğunluğunu artırmıştır.

Temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunmasının da her türlü hukuki yol ve mekanizmalarla güvence altına alınması ve idarenin hukuka bağlılığının sağlanması, hukuk devletinin gerekleri arasında önemli bir yer işgal etmektedir. Ombudsmana hukuk sistemlerinde yer veren ülkelerdeki uygulamalara bakarak, bu gereklerin sağlanması bakımından bu kurumun, başarılı bir uygulama örneği sergilediği rahatlıkla söylenebilir. XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, gelişmiş demokrasilerde olduğu kadar, gelişmekte olan ülkelerde de, hukuk devleti ilkesinin pekiştirilmesi ve demokratikleşmenin bir aracı olarak görülen ombudsmanlığın büyük bir hızla yayıldığı görülmektedir.

(28) Bkn. **ACKA Félix Sohuily**: “Un Médiateur Dans Les Institutions Publiques Ivoiriennes : L'organe Présidentiel De Médiation”, Afrilex Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique, Numéro 1, Novembre 2000; **AKINCI Müslüm**: *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, İstanbul 1999; **AKTAŞ Kadir**: “Kamu Denetçiliği Kurumunun Anayasal Sistemdeki Yeri ve Etkinliği Sorunu”, TBB Dergisi, 2011 (94); **AKTEL Mehmet**, **KERMAN Uysal**, **ALTAN Yakup**, **LAMBA Mustafa**, **BURHAN Orhan**: “Türkiye İçin Yeni Bir Denetim Modeli: Kamu Denetçiliği (Ombudsman)”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi SBD, C.V, S.9, 2013 Güz; **AVŞAR B. Zakir**: *Ombudsman İyi Yönetilen Türkiye İçin Kamu Hakem*, İstanbul 2012; **EFE Haydar**, **DEMİRCİ Murat**: “Ombudsmanlık Kavramı Ve Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumundan Beklentiler”, Sayıştay Dergisi, S. 90/Temmuz-Eylül 2013; **FENDOĞLU Hasan Tahsin**: *Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)*, SDE ANALİZ, Aralık 2010; **IŞIKAY Mahir**: “Ombudsmanlık Kurumunun Avrupa Birliği Ve Türkiye’deki Konumu”, <http://www.jura.unisb.de/turkish/MIsikay.html>; **KERBER Nathalie Marguerite**: *L'Ombudsman israélien*, Paris 1975; **LEGRAND André**: *L'Ombudsman scandinave, Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, Paris 1970; **ÖZDEN Kenan**: *Ombudsman, Türkiye’deki Tartışmalar*, Ankara 2010; **TUTAL Erhan**: *Dünyada ve Türkiye’de Ombudsmanlık*, Ankara 2014.

Kamu Denetçiliği Kurumu (ombudsman) mukayeseli hukukta özellikle İskandinav ülkelerinde başarılı örnekleri olan ve kaynağı Ülkemiz⁽²⁹⁾ olmasına karşılık Ülkemizde yıllardır oluşturulması anlamında tartışmaların yapıldığı hak arama yollarından birisi ve idarenin denetlenmesinde diğer denetim yollarının eksiklikleri ve dezavantajlarının sonuçlarının gidereceği düşünülen bir kurumdur. Fakat hak arama özgürlüğü açısından bakıldığında, en azından yargı yolu kadar etkin bir yol olduğunu söylemek güç görünmektedir.

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu'nun 1. maddesine göre; *"Bu Kanunun amacı; kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumunu oluşturmaktır."* Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere Kamu Denetçiliği Kurumu'nun getirdiği başvuru imkânı, hak arama özgürlüğüne dolaylı olarak katkısı olabilecek bir hak arama yoludur.

Kamu denetçisine başvurma hakkının kullanılması ve sonuçlandırılması uygulamada iyi bir şekilde gerçekleştirilebilirse, idari denetime veya yargısal davalara yansımamakla birlikte, hizmet görenlerin işlemlerinin uzamasına, bürokratik hantallığa ve kırtasiyeciliğe sebep olan ve bireyleri psikolojik olarak yıpratıcı uygulamaları önleyebilir veya en azından azaltabilir.

Kamu denetçiliği kurumunu doğuran başlıca sebepler, klasik denetim yollarının yetersizliği, etkinliğinin istenilen dereceye ulaşmaması ve çağdaş devletin idari yapısının git gide karmaşık bir hal almasıdır. Çağdaş devletlerin yetki ve yükümlülükleri günden güne artmaktadır ve karmaşık bürokratik bir yapıya sahip olan idari yapısı, üst düzey yöneticilerine verilen takdir yetkilerindeki artış, idari işlemlerde meydana gelen haksızlıklara karşı bireylerin korunması ihtiyacı, yeni denetim araçları arayışlarına yol açmıştır.

Parlamento denetiminin, parti disiplini ve yasama-yürütme ilişkileri sebebiyle işlevsiz kalması; idarenin iç denetiminin hiyerarşik yapı ve dayanışma duyguları gibi sebeplerle vatandaş için bir güvence olmaktan uzaklaşması; yargı denetiminin yavaş işlemesi, pahalı niteliği ve bu denetimin sadece dava açılmasına bağlı olarak hukuka uygunlukla sınırlı kalması gibi sebepler, bu arayışı haklı kılmaktadır.

Bugün dünyanın birçok devleti tarafından ombudsmanlık kurumunun hukuk sistemlerine dâhil edildiği görülmektedir. Bu kurumunun görevi genel olarak, kamu otoriteleri ile bireyler arasındaki ilişkilerin neden olduğu sorunlarla ilgilen-

(29) Bkn. **KUŞÇU Ayşe D.:** "Eyyübiler'de Mezâlim Mahkemeleri ve Dârü'l-Adl", *Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, <http://www.turkiyat.selcuk.edu.tr/pdfdergi/s26/207-229.pdf>.

mek ve kamu yönetimine karşı bireylerin yakınma ve taleplerini kabul etmek ve ortaya çıkan sorunları çözüme bağlamaktır. Pozitif hukukça tanınan hak ve özgürlüklerin koruyuculuğu görevini üstlenen ombudsman, kendisine aracısız olarak ulaşan şikâyetler üzerine ya da kendiliğinden harekete geçerek soruşturma görevini yerine getirmektedir. Ombudsman, diğer hukuki mekanizmaların yanında hak ve özgürlüklerin savunucusu olarak görüldüğü ülkelerde, sadece kötü yönetim olarak adlandırılacak konularla kendilerini sınırlandırmamakta, yapılan haksızlıkların nedenlerini bulmak için sistematik araştırmalara girişmekte ve böylece idareyi iyileştirmek amacıyla önerilerde de bulunmaktadır.

Ombudsmanlığın önemli rol oynadığı alanları aşağıdaki başlıklar altında toplamak mümkündür:

a) Bireyleri korumak: Ombudsmanın varlık sebebi ve temel rolü, meşru hak, özgürlük ve menfaatleri idare tarafından çiğnenen, kullanılması engellenen veya kısıtlanan bireylere hukuksal bir koruma sunmaktır. Kurum, idarenin hukuka aykırılığın ötesinde adil ve hakkaniyete uygun hareket etmediği, bir talep veya sorunu yanlışı değerlendirdiği, yorumladığı veya bireylerin haklarını, özgürlüklerini veya menfaatlerini çiğnediği, hiçe saydığı durumlarda, bu konudaki yakınmaların dile getirilmesi ve sorunların tespit ve çözümlenebilmesi için düşünülp oluşturulan bir kamusal başvuru merciidir. Bu nedenle ombudsmanlık kurumu, bağımsızlık, esneklik ve idare kuruluşlarıyla bireyler arasındaki ilişkilerde uzlaştırıcı yaklaşımı ile bireysel hakların korunmasında önemli bir rol üstlenmiştir.

b) İyi yönetimi sağlama ve kötü yönetimi önleme: İyi yönetim işleyişinden ilgililerinin pek haberdar olmadıkları yönetim olup, bu yönetim anlayış ve uygulaması ile demokrasi arasında karşılıklı ve zorunlu bir ilişki ve etkileşim söz konusudur. Demokratik idare, iyi yönetim için gerekli ve yeterli bir şart niteliği taşımaktadır. İç hukukta kabul gören ve uluslar arası arenada da dillendirilip, ülkelerin uygulamaya aktarılması için yüreklendirildiği, teşvik edildiği, bazen de alınan kararlarla dolaylı olarak zorlandığı iyi yönetim anlayış ve uygulaması ile insan haklarının arasında bir ilişki bulunmaktadır. İyi yönetim insan haklarının gereklerinden biridir ve insan haklarının idare alanında olması gereken veçhesidir. Bu sebeple ombudsmanlığın, iyi yönetimin tesis edilmesi için gerekli araçlardan biri olduğu söylenebilir. Ombudsmanlık günümüz kamu yönetimi ve idare hukukunda kabul gören ve yasal düzenlemelerde açıkça zikredilmeye başlayan ve hatta idari usul kanunu oluşturulması ve içeriğinde de öngörülmesi vurgulanan, yönetime katılım, idarenin şeffaflığı, kamu otoritelerinin yönetilenlere hesap verebilirliği ve yönetimde adalet gibi kavramların uygulanmasına katkıda bulunabilmektedir.

c) İdari reformları hızlandırma: Kurum, yukarıda belirtilen işlevleri yerine getirirken idari sistemdeki yapısal zayıflıkları tespit eder, bunlar üzerinde ilgili idarelerin,

kamuoyunun ve hatta parlamentonun dikkati çekebilir ve bunun sonucunda da istekli bir hükümetin işbaşında bulunduğu durumlarda da idari reformların hızlandırılmasını sağlayabilir, var olanların hızlandırılmasına katkıda bulunabilir.

d) *Parlamentonun gözetim fonksiyonunu destekleme ve tamamlama:* Kurumun, yürütme organı karşısında bağımsızlığı işin doğası gereğince öngörülmekle beraber, parlamentoya rapor verme yetkisi ve görevi söz konusudur. Bu görev ve yetkileri, ombudsmana aynı zamanda parlamentonun gözetim işlevinin yerine getirilmesinde parlamentoya yol gösterici ve yardımcı olabilir.

e) *Toplumu ve kamu görevlilerini eğitme:* Ombudsmanlık, görev ve yetkilerinin doğal bir sonucu olarak toplumu, siyaseti, memur ve kamu görevlilerini insan haklarının bilinmesi, tanınması, içeriği ve niteliği hakkında bilgilendirilmesi, bunların korunması ve geliştirilmesi, demokrasinin temel esprisi ve ilkeleri, hukukun üstünlüğü ve demokratik bir toplumda idarenin üstlenmesi gereken rolü hakkında eğitir.

f) *Yürütme ile bireyler arasında köprü rolü üstlenme:*⁽³⁰⁾ Kurum, toplum ile idari makamlar arasında yeni iletişim kanalları tesis etmek ve hükümeti daha fazla birey odaklı ve insana duyarlı yaklaşımlara teşvik etmek suretiyle, idare ile vatandaşları birbirine yakınlaştırır. İdarenin şeffaflaşması yönündeki olumlu adımlarıyla bireyin devlete olan güvenini artırır ve tazeler. İdareye de yapılan denetimlerde ortaya konulan iyi tespit ve uygulamaların devamı ve mükemmelleştirilmesi anlamında özgüven sağlar.

SONUÇ

Hukuk devleti soyut kavramının hak ve özgürlükler anlamında somutlaşması, bunların korunması ve bunlara ilişkin ihlal iddialarının hak arama özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek hızlı ve etkili bir şekilde çözüme bağlanabileceği denetim yol ve yöntemlerine ihtiyaç vardır. Söz konusu ihtiyaç idare anlamında idarenin iş ve işlemlerinin öncelikle hukuka uygunluğunun ve sonrasında da yerindeliğinin denetimiyle mümkün olacaktır. Kökleri geçmişte olan katı uygulaması zamanla yumuşatılan ve fakat geçerliliğini halen koruyan anlayış ve ilkeye göre; yargı idareyi ancak hukuka uygunluk açısından denetleyebilir. Bu anlamdaki yetkisini takdir yetkisini ortadan kaldıracak ve yerindelik anlamında bir denetim yapma noktasına ulaştıramayacaktır. Bu sebeple demokratik hukuk devleti kavramının gereği ve so-

(30) Kamu Denetçiliği Kurumu idari teşkilatlanmada düzenleyici ve denetleyici kurumlar (Bağımsız İdari Otoriteler) kategorisine dâhildir. Bu kategorinin faaliyet alanlarından biri de; "... idare edilenlerle idare arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesi, sorun yaşanmaması, var olan sorunların asgari seviyeye indirilmesini sağlamak amacıyla bazı güvenceler sunarlar. Bir başka deyişle, BİO'lar yönetilenlerin haklarının güçlendirilmesine yardımcı olurlar ve idarenin keyfiliğini önlerler. Bu anlamda Ombudsman ... ve idari dokümanlara erişim hakkının kullanılmasını sağlayan kuruluşlar ... örnek olarak gösterilmektedir." (ATAY Ender Ethem: age, sh.383)

nucu olarak hukukiliğin yanında yerindeliğinde denetlenebileceğini ve bu hususunda yargı dışı denetim araçları vasıtasıyla gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.

Günümüzde idarenin denetimine ilişkin yol ve yöntemler sayıca artmıştır. Ancak sayısal anlamda artış denetimin olması gerektiği, istenildiği ölçüye ulaşmadığı gerçekliği karşısında yeni yöntem ve kurumların oluşturulması arayışı içine girilmiştir. İşte bu arayışın ve uluslararası arenadaki telkin, tavsiye ve yönlendirmelerin de etkisiyle Ülkemizde Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturulmuştur. Kuruluşunun 2. Yılına tamamlayan Kurum, idarenin denetimi anlamında oldukça olumlu sayılabilecek adımlar atmış, uygulamaların altına mührünü vurmuştur. Ancak bu tür kurumlardan beklenen, ulaşması istenilen noktaya vardığını en azından şimdiden söylemek fazla bir iyimserlik olarak değerlendirilmektedir.

DEMOCRACY, RULE OF LAW, AND THE OMBUDSMAN⁽¹⁾

P. Nikiforos DIAMANDOUROS⁽²⁾

As the enlarged European Union gradually adjusts to the newfound realities and dynamics of a re-unification process politically and symbolically signalling the end of the major, traumatic and profound divisions brought about by what I like to think of as the European civil wars of the 20th century, it might be appropriate, indeed opportune, to reflect on the broader political and institutional context directly affecting the capacity of the ombudsman institution to serve citizens and to enhance their ability better to enjoy their rights. Two major parameters profoundly affecting and shaping this context are the rule of law and democracy. The interplay between these two parameters and the institution of the ombudsman shall constitute the object of this short article.¹

My argument, simply put, will be that the particular temporal sequence in which rule of law and democracy are introduced in a given society and country will directly affect the political and institutional environment within which the ombudsman can operate. More specifically, I wish to argue that where rule of law precedes democracy, the resulting political, institutional and cultural environment will be more hospitable to the fuller actualisation of the ombudsman's potential and more conducive to its serving as a mechanism contributing to the substantive empowerment of citizens. Conversely, the reverse sequence, where the introduction of democracy either precedes that of the rule of law or even coincides with it, constitutes a sub-optimal option from the point of view of citizens' empowerment through the enjoyment of their rights. In what follows I will seek to develop this argument more systematically.²

Let me begin by stressing the obvious point that, even though, in contemporary European legal culture, rule of law and democracy are thought of as forming an inseparable and, so to speak, natural pair, they are clearly separable and analytically distinct.

Rule of law describes a condition in which all members of society live under the law, and where no one can operate outside or above the law. Its historical origins derive from European feudalism, and, more specifically, from the tight and complex nexus of reciprocal rights and obligations which, over time, issued from

(1) The article was originally published in: Hans Gammeltoft-Hansen and Jens Olsen, eds., *The Danish Ombudsman 2005-Part III*, (Copenhagen: Folketingets Ombudsmand, 2005), 11-22.

(2) Avrupa Eski Ombudsmanı

the contractual relations linking lord and vassal together. Flowing directly from such a situation is the additional principle that, under the rule of law, every person is subject to ordinary law and not to extraordinary or exceptional arrangements. A crucial condition relating to the generation of the rule of law and underpinning its existence is that its general principles are necessarily the product of judicial decisions, in other words, that the courts constitute the foundation upon which the rule of law is built and on which its development and evolution depends. Finally, to confine myself to very basic attributes, rule of law by definition implies the absence of the unrestrained (and therefore potentially arbitrary) exercise of power, so elegantly conveyed by the Latin maxim “Quod principi placuit, legis habet vigorem” [=what pleases the prince has the power of law], which, by assigning paramount value to the ruler’s pleasure served for a long time as the intellectual justification and underpinning for absolute government.³

A further dimension associated with the rule of law is that, under conditions characterised by its acceptance, the constitution of the state is effected on the basis of what Max Weber described as “legal-rational” rules, which serve as the legal foundation of power and of the state.⁴

Finally, the evolution of the rule of law has, over time, resulted in social and political arrangements, whose distinctive characteristic is that the relationship between rulers and ruled is not direct and immediate, but is rather mediated by structures or institutions enjoying legal recognition and authority, placing effective limits on the power exercised by the ruler. This characteristic of the rule of law and of the pattern of mediated exercise of power that it is associated with was astutely captured and extensively analysed by Montesquieu in his celebrated *Spirit of the Laws*, under the apt term “corps intermédiaires”.⁵

In contrast to the rule of law’s more ancient pedigree, democracy is a much more recent phenomenon that is inextricably linked to the political and socio-economic upheavals that shook the European Continent and the American colonies in the “long century” beginning in the last quarter of the 18th century and lasting well into the 20th. Associated with the gradual expansion of the right of suffrage to an ever increasing number of subjects turned citizens, democracy, and especially its liberal variant, nowadays enjoys undisputed legitimacy not only throughout Europe, which implicitly constitutes the focus of this contribution, but among the overwhelming majority of states around the world.⁶

Definitions of democracy can easily be long and elaborate. For purposes of this analysis, I prefer to adopt a minimalist conceptualisation and to confine myself to identifying some of the basic attributes of democracy that serve as fundamental preconditions for its legitimacy and effectiveness. In my mind, these include (a) the capacity to allow for fair elections, (b) the existence of more than one legal

parties having the right freely to contest an election, and (c) the absence of what political scientists call “veto groups”, capable of effectively interfering with the democratic process and of, in one way or another, subverting or voiding decisions taken by the voters. Traditional examples of such veto groups are the monarchy, the armed forces, or other parts of the state apparatus unwilling to accept the popular verdict of an election as legitimate and final and to abide by it.⁷

An important implication of such a conceptualisation is that democracy cannot be simply equated to parliamentary institutions or to the mere holding of elections. The existence of the former in many parts of the world today and in many parts of Europe in the past did not ensure that the conditions outlined above as basic characteristics of democracy were adequately met. At the same time, even a cursory look around the world will provide ample evidence to support the view that the conditions under which elections are held in many countries do not meet the criteria of fairness, free contestation and absence of veto groups outlined above. Rather than democracies, these can better be thought of as “electoral regimes”, whose capacity to meet the formal requisites of democracy is still quite limited.⁸

Let me, finally, make an additional and, in certain ways, more complicated point, which has to do with the relationship between democracy and the legitimacy of the state. To put it simply, acceptance of the legitimacy of the state in the eyes of its citizens constitutes a prior condition for the smooth operation of democracy. In fact, I would take this proposition one step further and argue that if the state is not perceived as legitimate, then the democratic process cannot rectify this problem. This observation serves to clarify an important point of high salience for this analysis. It highlights an essential distinction between rule of law and democracy, by pointing to the fact that the majoritarian logic driving the democratic process cannot, *a priori*, be used as an instrument for settling issues pertaining to the primacy of the rule of law. To give but one example to which I will return towards the end of my analysis and which has direct relevance to political problems facing a number of more recent European democracies: the democratic process, in other words the majoritarian principle, cannot be made use of to resolve issues relating to the defence of human rights, including the rights of minorities.⁹

In its short modern existence, democracy has assumed many forms and varieties. Depending on which principle or attribute is chosen as a criterion for classification, democracies can be thought of as parliamentary, presidential, or semi-presidential, the latter being used in reference to the type installed in France under the Fifth Republic. Alternatively, we can think of democracies as majoritarian or consensual; or as republics as opposed to constitutional monarchies.

If we were to move our inquiry to the level of abstract principles informing democracy, I would argue that liberty and equality, two of the most powerful intellectual legacies of the Enlightenment and of the political revolutions this momentous era gave rise to, serve as a solid foundation upon which all modern democracies have been constructed. The relative balance between these two principles built into constitutional formulae and resulting institutional arrangements allows us to distinguish between two variants of modern democracy which have a particular bearing to contemporary political and intellectual debates concerning both democracy and, especially, the quality of democracy in Europe and beyond.

The first variant, which derives its roots from the Jacobin legacy of the French Revolution, privileges equality as the fundamental organisational principle of democracy. Its attractiveness lies in the elegance issuing from its simplicity. According to this conceptualisation of democracy, shorn to its essentials, the sovereign people constitute the sole source of power, whose sole institutional expression is (a mostly unicameral) parliament. In majoritarian systems capable of producing single party cabinets, the party enjoying parliamentary majority constitutes the natural and logical sole expression of popular sovereignty and, as such, can legitimately claim the right to exercise power on behalf of the sovereign people.¹⁰

The obvious advantages of such an egalitarian conceptualisation of democracy notwithstanding, its major drawback, deriving directly from its preoccupation with equality as its major, if not sole, organisational principle, is that it is driven by what I would describe as a “unidimensional” logic geared to privileging homogeneity over diversity. Pushed to its logical extremes, such an emphasis on homogeneity, so intimately linked to equality, risks generating a flattening dynamic capable of imparting a dimension of “levelling egalitarianism” to the democracy associated with the unidimensional logic underpinning it. In turn, such a conceptualisation of democracy raises serious concerns relating to the observance of the rule of law and the respect for the enjoyment of rights and obligations linked to it.¹¹

The alternative variant, which, I hasten to add, seems to be drawing growing attention in recent decades and to serve as an increasingly attractive paradigm to emulate is characterised by the systematic search for the construction of institutional arrangements capable of embodying various combinations of the principles of equality and liberty. Driving this conceptualisation of democracy is a pluralist logic, whose overriding preoccupation is the search for an optimal balance between institutions alternatively expressive of egalitarian and libertarian principles. Such an overarching balance, which, for its crystallisation, consolidation and entrenchment over time, relies on the generation of a dense network of

institutional checks and balances or counterweights, akin to Montesquieu's "corps intermediaries", provides better conditions for the observance of the rule of law and for the quality of democracy.¹²

It is, therefore, not accidental that it is in democracies which most approximate this variant that the role of the judiciary as the fountainhead of the rule of law is most developed and respected and acceptance of the ombudsman as a quintessential example of such a counterweight enjoys greatest legitimacy. I simply note that the institution of the ombudsman, initially established in Sweden in 1809 and subsequently spread to Finland in 1919, Denmark in 1955, Norway and New Zealand in 1962, the United Kingdom in 1967 and France in 1972, now exists at the national level in 23 of the 25 Member States in the European Union (and at the regional and local levels in Italy and Germany), as well as in seven out of eight states in Southeastern Europe, and is intimately identified with norms and practices geared to the promotion of the quality of democracy and respect of the rule of law.¹³

Given the foregoing analysis, the questions which almost automatically poses itself is: which combination of rule of law and democracy constitutes a more hospitable environment enabling the ombudsman better to serve as an institutional counterweight capable of defending the rights of citizens, combating maladministration and protecting human rights? For the sake of clarity, I propose to be somewhat schematic and to identify two such combinations or scenarios capable of adequately addressing this question. In the first, which is more typical of more mature democracies, the introduction of the rule of law historically preceded democracy. In all such cases, the prior existence of the rule of law as the fundamental underpinning upon which a state organised along legal-rational rules was erected made it easier to confront the inevitable tensions, turbulence and occasional upheavals associated with the rise in popular participation linked to the introduction of democracy in each country.¹⁴

In countries where such a sequence resulting in the positive articulation of rule of law and democracy obtained, the emergence of the ombudsman as an institution distinct from, but complementary to, the courts, capable of serving as a non-judicial mechanism of accountability and control geared to the enhancement of the rule of law and to the protection of citizens' rights was both much easier and much more effective. In turn, this complementarity made it possible to offer citizens a broader range of choice when it came to choosing between alternative mechanisms of redress and deciding on how best to exercise these rights. As such, this complementarity, which has allowed the ombudsman to assume the status and the moral authority of what the French aptly call a "magistrature d'influence", has also positively contributed to the quality of democracy in countries where

such arrangements obtain.¹⁵

In the obverse scenario, where democracy was introduced in countries where the rule of law tradition was weak, fragile, or, in the worst of cases, simply lacking, the prospects for the ombudsman to serve as an effective mechanism of accountability and to contribute to the deepening of both rule of law and democracy have been less bright. Where democracy cannot count on the norms and values associated with the culture of respect for reciprocal rights and obligations generated by the rule of law, and where, as consequence, the courts cannot effectively serve as the cornerstone for the construction of a system of institutional checks and balances and of a dense network of counterweights, the power of the executive branch of government and, more generally, of the state can easily remain unrestrained. Such an environment is almost by definition inhospitable for the ombudsman institution and severely circumscribes its capacity to serve as an effective mechanism of control and accountability, capable of protecting the rights of citizens.

In such circumstances, the ombudsman is faced with the unenviable prospect of becoming marginalised and potentially ignored. The likely end result of such an eventuality is the gradual delegitimation of the institution, as its incapacity to serve its avowed purpose leads to the erosion of its moral authority and robs it of its *raison d'être*. The same outcome may also obtain in cases where the uncritical reading of, and borrowing from, ombudsman models derived from qualitatively different historical circumstances and temporal sequences generates unrealistic expectations concerning the ombudsman's capacity to serve as a mechanism of control capable of holding the executive branch of government accountable in countries where the rule of law is tenuous, fragile, or simply non-existent. Illustrative examples of such an eventuality are observable in certain of the new democracies in Southeastern Europe, where, in the absence of any meaningful counterweights to the power of the executive branch of government, calls have been made for the ombudsman institution to be equipped with prosecutorial powers, similar to those enjoyed by the Swedish and Finnish ombudsmen. Such a course of action, which is based on a misreading of the vastly different historical circumstances and temporal sequences that gave rise to the ombudsman institution in these two Scandinavian countries, fails to appreciate the dangers to the very viability to the ombudsman institution in these recent democracies likely to result from the involvement of the institution in what are bound to become political conflicts and struggles centring on its efforts to rein in an executive culturally and politically resistant to all forms of restraint.¹⁶

Let me now attempt to apply the preceding theoretical schema on concrete historical reality and to demonstrate its utility to contemporary Europe. In line

with the logic of the first scenario, in which the rule of law historically precedes the introduction of democracy, I would argue that a better and more hospitable environment for the establishment and development of the ombudsman institution and for its capacity to serve as an effective mechanism of accountability and control, once democracy was introduced and a modern democratic state was constructed, obtained initially in Western and Northern Europe. A direct outcome of this combination of historical factors was the fact that, between 1809 and 1972, the institution was established exclusively in these areas and, by extension, in one of the countries (New Zealand) belonging to the British Commonwealth.

A similar argument can, *mutatis mutandis*, be made for the successor states (and even regions) of the Austria-Hungarian Empire, where the rule of law became well entrenched from the mid-18th century on, receiving great impetus during the golden half century (1740-1790) of Maria Theresa's and Joseph II's reigns, and where familiarisation with democratic practices dated to the interwar period in the 20th century. The role which the ombudsman has, despite the legacies of the recent totalitarian experience, been able to play over the past decade or so in the construction of modern democracies in Poland, Hungary, the Czech Republic, Slovenia, and, more recently, Slovakia provides strong empirical evidence in support of this argument.¹⁷

Southern Europe constitutes an interesting hybrid case. The precocious introduction of parliamentary institutions in the region in the early decades of the 19th century, before, that is, the rule of law had had an opportunity to become entrenched, did not contribute to the emergence of conditions favourable to the development of political regimes capable of fairly balancing the logic of equality with that liberty within the context of their respective institutional arrangements. The result was political conditions inhospitable to checks and balances and to the culture of institutional counterweights associated with it. The most immediate and visible by-product of these conditions was the seemingly endless oscillation between authoritarian rule and unstable and ultimately failed democratic regimes that so profoundly marked the region well into the first half of the 20th century.¹⁸

Two developments served as the catalyst that made it possible to escape from the vicious cycle of failed democratic experiments and authoritarian interludes: the political learning derived from the traumatic experiences associated with the authoritarian regimes which prevailed in the region in the interwar and post-war periods and the profound influence, by way of a demonstration effect, which, beginning in the 1960s, the European Economic Community, now the European Union, was able to exercise over political elites and masses in the countries of the region. As a result, the democratic regimes established in the mid-1970s were able to provide for a fair balance of institutional arrangements expressive of rule of

law and democracy. It was in this, more hospitable setting, that the ombudsman institution emerged as part of the institutional arsenal of what, for the first time in the modern histories of the countries in the region, became consolidated modern democracies.¹⁹

In marked contrast to the preceding analysis stand the successor states of the Ottoman Empire in Southeastern Europe. In this region, where, (a) again for historical reasons, the state retained to the very end, in the early 20th century, its highly patrimonial character and the rule of law never acquired deep roots; where, (b) as a result of long periods of authoritarian and totalitarian rule, familiarity with democratic practices ranged from the very limited to the non-existent; and where (c) the introduction of democratic practices effectively coincided with, if it did not precede, efforts to establish, the rule of law, the challenges facing the ombudsman institution as it seeks to carve out its proper role within the institutional landscape of its respective democratic regime are formidable. The experiences of ombudsmen in Southeastern Europe to date constitute telling evidence of the much more tortuous road the institution will have to travel on its way to becoming an effective instrument of control and accountability capable of substantively contributing to the defence of citizens' rights and to the quality of democracy in each country in the region.²⁰

Let me conclude with two final observations. The first recalls the point made at the beginning of this article concerning the impossibility of solving issues relating to the legitimacy of the state from within democracy, by making use of the majoritarian principle. This observation has special relevance to all the more recent European democracies facing problems in accommodating minorities into their democratic systems, and is especially pertinent to states where minorities are particularly large. It also forcefully highlights the more general point, also made earlier, that, in certain instances, questions relating to the rule of law, such as the defence of human rights, cannot be resolved by having recourse to the majoritarian logic of democracy. Hence the need for the balanced development of both, if the interests of citizens are to be well served by a modern democratic state.²¹

The second observation concerns ombudsmen in the European Union and, more specifically, the challenges they have to face as they try to promote the rule of law and democracy at their respective levels within the Union. I remain deeply convinced that success in this difficult task is only possible, when ombudsmen at all levels of governance, European, national, regional or local, effectively collaborate and coordinate their efforts, with an eye to serving citizens better. It is for this reason that both my predecessor, Jacob Söderman, and I attempted to convince the Convention for the Future of Europe and the ensuing Intergovernmental

Conference to include in the draft constitutional treaty an explicit recognition of the rights of European citizens to have access to ombudsmen and other non-judicial means of redress, when seeking to defend their rights.

Even though the final text of the constitutional treaty did not contain a provision to that effect, the strengthening of non-judicial means of redress, as alternatives to judicial ones, must remain a strategic goal for the ombudsman community within the Union. Success in this direction would not only make it easier for all ombudsmen and similar bodies to help citizens know their rights better and to also better enjoy their rights. It would also substantively enhance the capacity of ombudsmen, whether at the European national, regional or local levels, to contribute to the deepening of the rule of law and to the improvement of the quality of democracy at all levels of the Union. And that certainly constitutes a goal well worth pursuing.

ENDNOTES

1 - For illustrative examples of recent works on the divisions brought about by the European "civil wars" of the 20th century, see, among others, Mark Mazower, Dark Continent: Europe's Twentieth Century (London: Allen Lane, the Penguin Press, 1998) and Norman Davies, Europe: A History (London: Pimlico, 1997).

2 - For a theoretical treatment of the importance of sequences in political development and state-building efforts, see Leonard Binder et al., Crises and Sequences in Political Development (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1971).

3 - For a classic statement on the rule of law, see A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (London: Macmillan, 1961), 183-205 and *passim*. See also David Lindsay Keir, The Constitutional History of Modern Britain since 1485 (Princeton, NJ: Van Nostrand, 1963), 293-98; Harold J. Laski, Parliamentary Government in England (London: Allen and Unwin, 1963), 360-87 and Andre Mathiot, The British Political System (London: Hogarth Press, 1958), 195-204. For more recent analyses focusing on the relationship between the rule of law and democracy, see Guillermo O'Donnell, "Why the Rule of Law Matters," Journal of Democracy 15:4 (October 2004), 32-46 and José Maria Maravall and Adam Przeworski, eds., Democracy and the Rule of Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2003). For a recent work linking democracy and the ombudsman, see Andreas Ch. Takis, "Ombudsmanship, Human Rights, and the Rule of Law," in Dimitris Christopoulos and Dimitris Hormovitis, eds., The Ombudsman in South-Eastern Europe (Athens and Brussels: Sakkoulas and Bruylant, 2005), 152-57.

4 - For Weber's treatment of legal-rational rules as a quintessential dimension of the modern state, see Max Weber, Economy and Society, edited by Guenther Roth and Claus Wittich, (Berkeley, CA: University of California Press, 1978), 213-26 and passim. On the significance of a legal-rational tradition for democratic regimes, see Yossi Shain and Juan J. Linz, Between States: Interim Governments and Democratic Transitions (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 10-14.

5 - For Montesquieu's treatment concerning the mediated exercise of power and the concept of "corps intermédiaires"; see Baron de Montesquieu, The Spirit of the Laws (New York: Hafner, 1962), 66-70 and 120-25.

6 - For a classic statement on the historical upheavals that gave rise to modern democracy, see Robert R. Palmer, The Age of Democratic Revolution: A Political History of Europe and America, 1760-1800, 2 vols., (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1959). For a distinguished political science treatment of modern democracy, see Robert A. Dahl, Democracy and its Critics (New Haven, CT: Yale University Press, 1989). For a celebrated work examining the relationship between ancient and modern democracy, see Benjamin Constant, "De la liberté des anciens à celle des modernes," in idem Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif (Paris: Guillaumin, 1872), vol. 2, 539-60.

7 - The political science literature on democracy abounds with various definitions ranging from minimalist to highly exacting, complex and maximalist conceptualisations. For illustrative examples of works adopting a perspective similar to the one used here, see, among others, Dahl, Democracy and its Critics, 108-15 and passim; Juan J. Linz, "Totalitarian and Authoritarian Regimes," in Fred I. Greenstein and Nelson W. Polsby, eds., Handbook of Political Science, vol. 3 (Reading, MA: Addison Wesley, 1975), 182-83; and Richard Gunther, P. Nikiforos Diamandouros and Hans-Jürgen Puhle, eds., The Politics of Democratic Consolidation: Southern Europe in Comparative Perspective (Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1995), 5-7. On "veto groups," see Scott Mainwaring, Guillermo O'Donnell and J. Samuel Valenzuela, eds., Issues in Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1992), 48-49.

8 - On electoral regimes, see Terry Lynn Karl, "Imposing Consent? Electoralism vs. Democratization in El Salvador," in Paul Drake and Eduardo Silva, eds. Elections and Democratization in Latin America, 1980-85 (San Diego, CA: Centre for Iberian and Latin American Studies, 1986), 9-36. For a more recent conceptualisation focusing on the more general issues raised here, see Wolfgang Merkl, "Embedded or Defective Democracies," as well as Merkl and Aurel Croissant, "Conclusion: Good and Defective Democracies," Democratization 11:5 (December 2004), 33-58 and 199-213 respectively.

9 - On the relationship between democracy and the legitimacy of the state, see Dahl, Democracy and its Critics, 207, as well as Juan J. Linz and Alfred Stepan, Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe (Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1996), 26-33 and passim.

10 - For a discussion of majoritarian democratic systems and of their dynamics, see Arend Lijphart, Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries (New Haven, CT: Yale University Press, 1999), 9-30.

11 - For the concept of "levelling egalitarianism" as applied to one particular country, see P. Nikiforos Diamandouros, "Cultural Dualism and Political Change in Postauthoritarian Greece," (Madrid: Juan March Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, 1994, Working Paper 50), 14 and passim.

12 - Recent research on democratisation is paying increasing attention to the notion of "quality of democracy." For illustrative examples of recent scholarly attempts to treat the subject systematically, see Leonardo Morlino, "What is 'Good' Democracy?," Democratization 11:5 (December 2004), 10-32; Guillermo O'Donnell, Jorge Vargas Cullell, and Osvaldo M. Iazzetta, eds., The Quality of Democracy: Theory and Applications (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2004), and, in addition to the article by O'Donnell cited in note 3 above, the contributions by Diamond and Morlino, Schmitter, Beetham, Rueschemeyer, Powell, and Plattner devoted to this topic in Journal of Democracy 15:4 (October 2004). 20-110.

13 - On the ombudsman as part of the institutional arsenal of modern democratic states, see Andreas Schedler, Larry Diamond and Marc F. Plattner, eds., The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies (London: Lynne Rienner, 1999). Over the past few decades, the Danish Ombudsman has increasingly come to be regarded as the quintessential parliamentary ombudsman institution and to exercise powerful influence in the international community as the paradigm to be emulated. For a recent work in English focusing on the history and evolution of this institution, see Hans Gammeltoft-Hansen and Jens Olsen, eds., The Danish Ombudsman 2005 (Copenhagen: Folketingets Ombudsmand, 2005). See also the broad overview on the subject offered by Hans Gammeltoft-Hansen, the incumbent ombudsman of Denmark and the longest serving ombudsman in the world as of 2005, in The European Ombudsman: Origins, Establishment, Evolution (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005), 13-26.

14- If Sweden, where the ombudsman was established in 1809, constitutes the classic example of a country where the sequence just described most visibly obtained, the Nordic countries, as well as those, including the United Kingdom,

belonging to the British Commonwealth also provided fertile ground for the early establishment and firm rooting of the institution. It is not, therefore, accidental that, until the so-called "third wave" of democratisation set in during the mid-1970s, the ombudsman institution had been successfully established and taken roots in only seven countries, six of which (Sweden [1809], Finland [1919], Denmark [1955], New Zealand and Norway [1962] and the United Kingdom [1967] fall squarely within this broad category. For the concept of the "third wave" of democratization, see Samuel P. Huntington, The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century (Norman: University of Oklahoma Press, 1991).

15 - On the issue of democratic accountability, see Andreas Schedler, "Conceptualizing Accountability," Guillermo O'Donnell "Horizontal Accountability in New Democracies," and Philippe C. Schmitter "The Limits of Horizontal Accountability" in Schedler, Diamond, and Plattner, eds., The Self-Restraining State, 13-28, 29-52, and 59-62 respectively. See also Leonardo Morlino, "What is 'Good' Democracy?" *passim*.

16 - For a critical analysis of the dangers implicit in such a conceptualisation of the ombudsman leading to its potential overload, see Dimitris Christopoulos and P. Nikiforos Diamandouros, "Traditional Rights Protection Mechanisms and the Rising Role of Mediation in South Eastern Europe," in Christopoulos and Hormovitis, eds., The Ombudsman in South eastern Europe, 30-40.

17 - For an elaboration of this point as concerns the successor states of the Austria-Hungarian Empire, see P. Nikiforos Diamandouros and F. Stephen Larrabee, "Democratization in South-Eastern Europe: Theoretical Considerations and Evolving Trends," in Geoffrey Pridham and Tom Gallagher, eds., Experimenting with Democracy: Regime Change in the Balkans (London: Routledge, 2000), 24-64.

18 - For a historical analysis dealing with the oscillation between authoritarianism and unstable and ultimately failed democratic experiments in Southern Europe since the end of the Napoleonic Wars, see Edward E. Malefakis, "The Political and Socioeconomic Contours of Southern European History," in Gunther, Diamandouros, Puhle, eds., The Politics of Democratic Consolidation, 33-76.

19 - The systematic study of the nature and consequences of the establishment of stable, consolidated democratic regimes in Southern Europe over the past half century or so constitutes the focus of the five volume series produced under the auspices of the "Subcommittee on Southern Europe" of the American Council of Learned Societies and the Social Science Research Council (New York). For analyses pertinent to the concerns of this article, see, in addition to The Politics of Democratic Consolidation, already cited, P. Nikiforos Diamandouros and Richard Gunther, eds., Parties, Politics, and Democracy in the New Southern Europe

(Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 2001), and Richard Gunther, P. Nikiforos Diamandouros and Dimitri A. Sotiropoulos, eds., Democracy and the State in the New Southern Europe (forthcoming).

20 - On the prospects for democracy in the successor states of the Ottoman Empire, see Diamandouros and Larrabee, "Democratization in South-Eastern Europe," 24-64.

21 - For a theoretical discussion of the problems associated with an attempt to solve issues relating to the rule of law by having recourse to the majoritarian logic of democracy, see the works by Dahl (1989) and Linz and Stepan (1996) cited in note 9 above.

DEMOKRASİ, HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE OMBUDSMANLIK KURUMU⁽¹⁾

P. Nikiforos DIAMANDOUROS⁽²⁾

Genişleyen Avrupa Birliği, yeniden birleşme süreciyle birlikte yeni keşfedilen gerçekliklere ve dinamiklere kademeli olarak uyum sağlamaktadır. Bu, Avrupa'da 20. yüzyılda meydana gelen iç savaşlardan kaynaklandığını düşündüğüm büyük, travmatik ve derin bölünmelerin siyasi ve sembolik olarak sona erdiğini göstermektedir. Dolayısıyla, Ombudsmanlık Kurumunun vatandaşlara hizmet edebilme ve vatandaşların haklarını daha iyi kullanabilmelerini sağlayabilme yetisini doğrudan etkileyen daha geniş çaplı siyasi ve kurumsal bağlamları ele almak uygun olabilir, doğrusunu söylemek gerekirse bu yerinde ve doğru yaklaşım olur. Bu durumu derinden etkileyen ve şekillendiren iki önemli parametre bulunmaktadır. Bunlar, hukukun üstünlüğü ve demokrasidir. Bu iki parametre ve Ombudsmanlık Kurumu arasındaki etkileşim bu kısa makalenin konusunu oluşturmaktadır.¹

Öne sürdüğüm argüman, hukukun üstünlüğü ve demokrasi ilkelerinin belirli bir topluma getirildiği belirli bir zamanda vukubulan ve gelişen hadiseler dizisinin, Ombudsmanlık Kurumunun faaliyet göstereceği siyasi ve kurumsal ortamı doğrudan etkilemesi ile alakalıdır. Dahası, hukukun üstünlüğünün demokrasiden önce gelmesi halinde ortaya çıkan siyasi, kurumsal ve kültürel çevrenin, Ombudsmanlık Kurumunun potansiyelini tam anlamıyla kullanmasına daha açık hale geleceği ve bu kurumun vatandaşların maddî (usulî olmayan) ve somut kurallar itibarıyla güçlendirilmesine katkı sağlayan bir mekanizma olarak hizmet etmesini kolaylaştıracağı hususunu belirtmek isterim. Buna karşılık, demokrasinin ortaya çıkışının hukukun üstünlüğünden önce olduğu veya aynı döneme denk geldiği tam tersi yöndeki olaylar dizisi, vatandaşlara haklar verilerek vatandaşların güçlendirilmelerine ilişkin bakış açısıyla ele alınırsa bu durum alt-optimal bir seçenek görevi görmektedir. Yazımın devamında bu argümanı daha sistematik bir şekilde geliştirmeye çalışacağım.²

Açıkça ortaya konmuş bir hususu vurgulayarak başlayayım yazıma. Çağdaş Avrupa hukuk kültüründe hukukun üstünlüğü ve demokrasinin ayrılmaz bir bütün, tabiri caizse doğal bir çift olduğu düşünülse de bu kavramlar belirgin bir şekilde birbirinden ayrılmaktadır ve analitik olarak birbirinden farklıdır.

(1) Bu makale orjinal olarak "Hans Gammeltoft-Hansen and Jens Olsen, eds., The Danish Ombudsman 2005-Part III, (Copenhagen: Folketingets Ombudsmand, 2005), 11-22." yayınlanmıştır.

(2) Avrupa eski Ombudsmanı

Hukukun üstünlüğü, bir toplumun tüm üyelerinin hukuka uygun yaşadığı ve hiç kimsenin hukukun dışında veya üstünde olmadığı bir durumu anlatır. Bu kavramın tarihsel kökenleri, Avrupa feodalizminden ve zamanla efendi ve köleyi birbirine bağlayan sözleşmeye dayalı ilişkilerden kaynaklanan karşılıklı hak ve yükümlülüklerin sıkı ve karmaşık bağlantısından gelmektedir. Hukukun üstünlüğü ilkesi kapsamında yer alan herkesin, olağanüstü veya istisnai düzenlemelere değil olağan hukuka tâbi olduğuna ilişkin sonradan eklenen ilke doğrudan böyle bir durum sonucu ortaya çıkmıştır. Hukukun üstünlüğünün ortaya çıkması ve varlığının desteklenmesi ile ilgili önemli bir husus da, bu kavramın genel prensiplerinin ister istemez yargı kararlarına bağlı olarak ortaya çıktığıdır. Diğer bir deyişle, mahkemeler hukukun üstünlüğü ilkesinin dayandırıldığı ve gelişim ve evriminin bağlı olduğu temeli oluşturmaktadır. Son olarak, hukukun üstünlüğü ile ilgili sadece temel niteliklerden bahsedecek olursam, tanımı gereği hukukun üstünlüğü, yürütme yetkisinin sınırsızca kullanımının (potansiyel olarak keyfi kullanımının) söz konusu olmaması demektir. Bu kavramın tanımı Latin atasözünde zarif bir şekilde verilmiştir “*Quod principi placuit, legis habet vigorem*” (hükümdarı memnun eden ne varsa hukukun gücünü de elinde bulundurur). Hükümdarın isteklerine olağanüstü değer veren bu görüş, uzun süre mutlak hükümetin entelektüel gerekçesi ve destekleyicisi olarak hizmet etmiştir.³

Hukukun üstünlüğü ile ilgili bir başka konu da, bu üstünlüğün kabul edilmesiyle nitelendirilen koşullar altında, devletin anayasasının Max Weber’in “Yasal rasyonel” kurallar olarak tanımladığı temel üzerine inşa edilmesidir. Bu da, tanınan yetkilerin ve devletin hukuki temelini oluşturmaktadır.⁴

Son olarak, hukukun üstünlüğü ilkesinin evrimi zamanla sosyal ve siyasi düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Bunların ayırt edici özelliği ise yönetenler ile yönetilenler arasındaki ilişkinin doğrudan ve anında olmaması, yasal olarak tanınan ve yetki verilen yapı veya kurumlar tarafından yönlendirilmesidir. Bu da, yönetici tarafından icra edilen yetkilere etkili sınırlar getirmektedir. Hukukun üstünlüğü ve ilişkilendirildiği dolaylı yetki kullanımı örneğinin bu özelliği, Montesquieu tarafından “*Spirit of the Laws*” adlı çalışmasında zekice ifade ettiği “*corps intermédiaires (aracı kurumlar)*” terimi kapsamında ele alınmış ve geniş ölçüde analiz edilmiştir.⁵

Daha eskilere dayanan hukukun üstünlüğü kavramının aksine demokrasi kavramı, çok daha yeni bir olgudur. 18’inci yüzyılın son çeyreğinde başlayan ve 20’nci yüzyıla kadar süren “uzun yüzyılda” Avrupa Kıtası ve Amerikan kolonilerini sarsan siyasi ve sosyo-ekonomik çalkantılarla ayrılmaz bir biçimde bağlantılıdır. Tebaadan vatandaşlığa geçen gittikçe daha fazla kişiye verilen oy hakkının kademeli olarak artması ile ilişkilendirilen demokrasi ve özellikle bu kavramın serbest değişkeni günümüzde sadece Avrupa’da değil (bu, dolaylı olarak

makalemin odak noktasını oluşturmaktadır), aynı zamanda tüm dünyadaki ülkelerin büyük çoğunluğunda tartışmasız meşruiyete sahiptir.⁶

Demokrasinin tanımları, uzun ve ayrıntılı olabilir. Bu analizin amaçları doğrultusunda, sade (minimalist) bir kavramlaştırma yöntemini benimsemeyi ve yalnızca demokrasinin meşruiyetine ve etkinliğine ilişkin temel önkoşulları oluşturan bazı temel niteliklerini tanımlamayı tercih ediyorum. Bana göre bunlar arasında (a) adil seçimlerin yapılmasına olanak sağlama kapasitesi, (b) bir seçime serbestçe itiraz etme hakkına sahip birden fazla yasal partinin varlığı, (c) siyaset bilimcilerinin deyimiyle demokratik sürece müdahale etme yetkisine sahip olan ve oy kullananların kararlarını her şekilde devre dışı bırakan veya geçersiz kılan "veto gruplarının" yokluğu gibi temel nitelikler yer almaktadır. Bu veto gruplarının geleneksel örnekleri arasında monarşi, silahlı kuvvetler veya devletin diğer unsurları bulunmaktadır. Bunlar, halkın oylarıyla verilen bir seçim kararını saygı duyulması gereken meşru ve nihai bir karar olarak görmek istemezler.⁷

Böyle bir kavramlaştırmada kastedilen önemli husus, demokrasinin sadece parlamento kurumları veya sadece seçim yapılması ile eşdeğerde olmayacağıdır. Günümüzde dünyanın, geçmişte de Avrupa'nın pek çok yerinde parlamento kurumlarının var olması, yukarıda belirtilen demokrasinin temel özellikleri olan koşulların yeterince karşılanmasını sağlamamıştır. Ayrıca, dünyaya üstünkörü baktığımızda bile pek çok ülkede seçimlerin gerçekleştirildiği koşulların, adalet, serbest rekabet ve yukarıda bahsedilen veto gruplarının yokluğu gibi kriterleri karşılamadığı görüşünü savunan çok sayıda kanıt bulmak mümkündür. Bunların demokrasiden ziyade "seçim rejimleri" olarak değerlendirilmesi daha doğru olur. Bu rejimlerin, demokrasinin resmi gerekliliklerini karşılama kapasitesi oldukça sınırlıdır.⁸

Son olarak demokrasi ve devletin meşruiyeti arasındaki ilişki ile alakalı ve bazı yönleriyle daha karmaşık olan bir hususu daha dile getireyim. Basitçe söylemek gerekirse, vatandaşlarının gözünde devletin meşruluğunun kabul edilmesi demokrasinin düzgün işlemesi için bir ön koşul oluşturmaktadır. Aslında, bu öneriyi bir adım ileri götürmek ve devletin meşru görülmediği durumlarda demokratik sürecin bu sorunu düzeltmesinin mümkün olmayacağını belirtmek isterim. Bu gözlem, yaptığım analiz ile ilgili oldukça önemli bir hususu açıklığa kavuşturmakta ve hukukun üstünlüğü ve demokrasi arasındaki önemli bir ayrımı vurgulamaktadır. Bunu vurgularken de, demokratik süreci harekete geçiren çoğunlukçu mantığın, hukukun üstünlüğü ilkesinin önceliğine ilişkin hususların ele alınmasında bir araç olarak kullanılmayacağına işaret etmektedir. Yalnızca bir örnek vereyim. Bu örneğe analizimin sonuna doğru tekrar değineceğim ve bu örnek yeni Avrupa demokrasilerinin karşılaştığı siyasi sorunlarla doğrudan ilişkilidir: demokratik süreç, diğer bir deyişle, çoğunluk ilkesi, azınlıkların hakları

da dâhil olmak üzere insan haklarının savunulması ile ilgili sorunların çözümünde kullanılamaz.⁹

Bu modern çağda kısa süreli varlığı süresince demokrasiye pek çok yapı ve çeşitlilik yüklenmiştir. Sınıflandırma kriteri olarak hangi ilke veya özelliğin seçildiğine bağlı olarak demokrasiler, parlamenter, başkanlık veya yarı başkanlık şeklinde düşünülebilir. Yarı başkanlık sistemi, Beşinci Cumhuriyet yönetimi altında oluşturulan Fransız yönetim biçimine atıfta bulunmaktadır. Bunlara alternatif olarak, demokrasileri çoğunlukçu veya ortaklıkçı (uzlaşmaya dayalı); ya da anayasal monarşilerin aksine cumhuriyetçi olarak değerlendirebiliriz.

Eğer sorgulamamızı demokrasiyi bilgilendiren soyut ilkelerin seviyesine çekersek, Aydınlanma çağının ve bu önemli çağın politik devrimlerinin ortaya çıkardığı en güçlü iki entelektüel miras olan eşitlik ve hürriyetin, bütün modern demokrasilerin kurulurken temel aldığı sağlam birer zemin görevi gördüklerini iddia edebilirim. Anayasal bir formüle entegre edilen ve kurumsal düzenlemelerle sonlanan bu iki ilke arasındaki nispi denge, demokrasi ile ve özellikle Avrupa'da ve ötesindeki demokrasinin kalitesi ile ilgili olan çağdaş entelektüel ve politik münazaralar üzerinde özellikle etkisi olan modern demokrasinin iki değişkenini birbirinden ayırmamıza olanak sağlar.

Fransız İhtilali'nin Jakoben mirasından köklerini alan ilk değişken, eşitliği demokrasinin gerekli organizasyon ilkesi olarak görüp ona ayrıcalık tanır. Bunun çekiciliği, sadeliğinden kaynaklanan zarıflığında yatar. Demokrasinin kavramsallaştırılmasına göre, en temel hatlarına ayrılmış şekilde, tek kurumsal ifadeleri parlamento (çoğunlukla tek meclisli) olan egemen insanlar gücün yegane kaynağını oluştururlar. Tek partili kabine oluşturabilen çoğunlukçu sistemlerde, çoğunluğa sahip olan parti popüler egemenliğin mantıklı ve doğal yegâne tanımını oluşturur ve bu sebepten dolayı, egemen insanların adına yetki kullanma haklarını yasal bir şekilde iddia edebilirler.¹⁰

Demokrasinin böylesine eşitlikçi bir biçimde kavramsallaştırılmasının bariz avantajlarına rağmen, eşitliği tek olmasa da başlıca organizasyon ilkesi olarak görmesinden kaynaklanan önemli bir kusuru, homojenliği çeşitlilikten üstün görmesine bağlı ortaya çıkan "tek boyutluluk" mantığı olarak adlandırabileceğim bir şey tarafından yönlendirilmesidir. Mantıksal uç noktaları zorlandığında, eşitlikle çok yakından alakalı olan homojenliğe vurgu yapmak, onun dayanağını oluşturan tek boyutluluk mantığı ile ilişkilendirilen demokrasiye "eşitliği seviyelendirme" boyutu katabilen yassı bir dinamik oluşturma riskini ortaya çıkarır. Dolayısıyla, demokrasinin bu şekilde kavramsallaştırılması, hukukun üstünlüğüne riayet edilmesi ve haklardan faydalanmaya ve buna bağlı zorunluluklara saygı konusunda ciddi endişeler ortaya çıkarır.¹¹

Ekleme için sabırsızlandığım diğer değişken ise, son yıllarda dikkat çekiyor ve

kopyalaması gittikçe popüler olan, eşitlik ve özgürlük ilkelerinin çeşitli bileşimlerini bütünleştirme becerisine sahip kurumsal düzenlemelerin kurulmasının sistematik arayışı ile nitelendirilen ilginç bir paradigma görevini üstleniyor gibi görünüyor. Demokrasinin bu kavramsallaştırılmasını yönlendiren şey, başlıca kaygısı karşılıklı olarak eşitlikçi ve özgürlükçü ilkeleri anlatan kurumlar arasındaki optimum denge arayışı olan çoğunlukçu mantıktır. Yoğun bir kurumsal güçler ayrılığı ya da Montesquieu'nün "aracı kurumlar" ile ilgili olan dengeleyen unsur ağırlığının oluşturulmasına bağlı olan böylesine kapsayıcı bir denge, zaman içinde kristalleşmesi, sağlamlaşması ve birleşmesi sayesinde hukukun üstünlüğüne riayet edilmesi ve demokrasinin kalitesinin artırılması için daha iyi koşullar sağlar.¹²

Bu yüzden, yargı organının güçler birliği ilkesinin kaynağı olarak, en gelişmiş ve saygıdeğer rolünün ve böylesine bir denge ağırlığının tipik örneği olarak Ombudsmanın onaylanmasının bu değişkene en yakın anlamda olan demokrasilerde olması bir tesadüf değildir. Kısaca, ilk olarak İsveç'te 1809 yılında kurulan ve daha sonra sırayla 1919'da Finlandiya'ya, 1955'te Danimarka'ya ve 1962'de Norveç'e ve Yeni Zelanda'ya yayılan Ombudsmanlık Kurumu şimdi ulusal düzeyde Avrupa Birliği'nin 25 üye ülkesinin 23'ünde (İtalya ve Almanya'da yerel ve bölgesel düzeyde) ve Güneydoğu Avrupa'nın sekiz devletinden yedisinde varlığını sürdürmektedir ve hukukun üstünlüğü ile demokrasinin kalitesinin artırılmasına yönelik uygulamaları ve kaideleri ile çok yakından tanımlanır.¹³

Önceki analizleri göz önüne alırsak, neredeyse kendiliğinden ortaya çıkan sorular şunlardır: hangi hukukun üstünlüğü ve demokrasi bileşeni, Ombudsmanın kötü yönetimle savaşmasına, vatandaşların haklarını savunmasına ve insan haklarını korumasına izin veren kurumsal bir dengeleyici unsur olarak daha iyi hizmet vermesi için daha ılımlı bir ortam sağlayabilir? Daha çok anlaşılabilir diye, bir şekilde sistemli olmayı ve bu soruna yeterli çözüm olabilecek senaryoları ya da öylesine ikili bileşenleri bulmayı öneriyorum. İlk olarak, genellikle daha olgun demokrasilerde tipik olduğu gibi, hukukun üstünlüğünün ortaya çıkması tarihsel olarak demokrasiden önce geldi. Bu tür durumlarda, rasyonel-yasal kanunlar çerçevesinde düzenlenen devletin inşasının temel dayanağı olan hukukun üstünlüğünün önce var olması kaçınılmaz gerginliklerle, türbülansla ve her ülkede demokrasinin tanıtılmasına bağlı popüler katılımın artmasıyla bağdaşan ara sıra meydana gelen kargaşalarla yüzleşmeyi kolaylaştırmıştır.¹⁴

Hukukun üstünlüğünün ve demokrasinin olumlu dile getirilmesiyle sonuçlanan biretkinin süregeldiği ülkelerde, mahkemelere ek olarak, fakat onlardan farklı olarak hukukun üstünlüğü ve vatandaşların haklarının korunmasının genişletilmesiyle alakalı kontrol ve hesap verebilirliğin yargısal olmayan mekanizması olarak işlev gösterme gücüne sahip Ombudsmanlık Kurumunun ortaya çıkması hem daha kolay hem de çok daha etkili olmuştur. Dolayısıyla, bu tamamlayıcılık vatandaşlara,

alternatif telafi mekanizmaları ve bu hakları en iyi şekilde kullanmaya karar verme arasında seçim yapmaları için geniş seçenek yelpazesi sunmayı mümkün kılmıştır. Böylece, Fransızların doğru bir şekilde “etki yargıcı” olarak adlandırdıkları ahlaki otoriteyi ve statüyü kazanmasına imkân sağlayan bu tamamlayıcılık, böyle düzenlemelerin süregeldiği ülkelerdeki demokrasi kalitesine olumlu katkılarda bulunmuştur.¹⁵

Hukukun üstünlüğü geleneğinin zayıf, hassas olduğu veya hiç olmadığı ülkelerde demokrasinin tanıtıldığı diğer senaryoda ise, Ombudsmanın hukukun üstünlüğünün ve demokrasinin derinleştirilmesine katkıda bulunması ve sorumluluk mekanizması görevini üstlenmesi için gerekli beklentiler daha azdı. Demokrasinin, karşılıklı haklara saygı kültürüyle bağdaşan değerlere ve kaidelere ve hukukun üstünlüğü ile ortaya çıkan zorunluluklara güvenemeyeceği yerlerde ve bunun sonucunda, mahkemelerin kurumsal güçler ayrılığı veya dengeleyici unsur ağı sisteminin inşasında etkili bir şekilde temel taşı olarak hizmet veremediği yerlerde, hükümetin, daha da genellersek, devletin yürütme organı çok kolay bir şekilde zapt edilemeden varlığını sürdürür. Böylesine bir ortam Ombudsmanlık Kurumu için neredeyse tamamen istenmeyen bir ortamdır ve ombudsmanın vatandaşların haklarını koruma gücüne sahip etkili bir kontrol ve sorumluluk mekanizması olarak çalışma imkânını ciddi bir şekilde kısıtlar.

Bu gibi durumlarda, Ombudsmanlık Kurumu marjinalleştirilme ve potansiyel olarak ihmal edilme gibi hoş olmayan ihtimallerle karşı karşıya kalmaktadır. Böyle bir olası durum, kurumun kademeli olarak meşruluğunu yitirmesiyle meydana gelmektedir. Ombudsmanlık kurumunun açıkça belirtilen amaçlara hizmet edememesi, ahlaki otoritesinin sarsılmasına zemin hazırlar ve var olma nedenini ortadan kaldırır. Niteliksel olarak farklı tarihsel koşullar ve dönemsel olaylar sonucu ortaya çıkmış ombudsmanlık modellerinin alınmasının veya bu modellerin eleştirel bir yaklaşımla ele alınmamasının, hukukun üstünlüğü ilkesinin çok zayıf, kırılabilir bir yapıda olduğu veya hiç var olmadığı ülkelerde Ombudsmanlık Kurumunun buralardaki sorumlu hükümetlerin yürütme organı görevini görmesi ve kontrol mekanizması olarak hizmet etme kapasitesi ile ilgili olarak gerçekçi olmayan beklentilerin olduğu durumlarda aynı sonuçlar ortaya çıkabilir. Böyle bir olasılığa ilişkin açıklayıcı örnekler, Güneydoğu Avrupa’daki bazı yeni demokrasilerde rastlanabilir. Hükümetin yürütme yetkisini anlamlı bir şekilde dengeleyecek bir gücün olmadığı hâllerde Ombudsmanlık Kurumunun, İsveç ve Finlandiya Ombudsmanları tarafından icra edildiği şekilde savcılık yetkileriyle donatılması istenmiştir. Bu iki İskandinav ülkesinde Ombudsmanlık Kurumunun oluşumuna zemin hazırlayan, çok farklı tarihsel koşulların ve dönemsel olayların yanlış yorumlanmasını temel alan bu tür bir yaklaşım tarzı, son dönemde ortaya çıkan demokrasilerde Ombudsmanlık Kurumunun ayakta kalabilme kapasitesine tehlike oluşturduğunu anlayamamaktadır. Bu tehlikeler, kurumun, kültürel ve

siyasi olarak tüm kısıtlama türlerine karşı duracak şekilde yürütme görevini icra etme çabalarını merkeze alan siyasi ve politik çatışmalara ve mücadelelere müdahale etmesinden kaynaklanabilir.¹⁶

Şimdi de yukarıda gösterilen teorik şemayı, somut tarihsel gerçekliklere uygulamaya ve çağdaş Avrupa'ya olan yararlarını göstermeye çalışalım. Hukukun üstünlüğünün tarihsel olarak demokrasinin başlangıcından önce olduğu ilk senaryodaki mantık doğrultusunda, demokrasi ortaya çıktığında ve ilk çağdaş demokratik devlet inşa edildiğinde, Ombudsmanlık Kurumunun kuruluşu ve gelişimi ve etkili bir hesap verilebilirlik ve denetim mekanizması olarak işlem görebilmesi için daha uygun ve ılımlı bir ortamın ilk olarak Batı ve Kuzey Avrupa'da var olduğu görüşümdedir. Bu tarihsel faktörlerin birleşiminin doğrudan bir sonucu da 1809 ve 1972 yılları arasında kurumun sadece bu coğrafi alanlarda ve buna bağlı olarak İngiliz Topluluğuna ait ülkelerden birinde (Yeni Zelanda'da) kurulduğudur.

Benzer bir görüş, gerekli değişikliklerin yapılması suretiyle, Maria Teresa ve II. Joseph'in hükümdarlığında (1740–1790) altın yarım yüzyıl boyunca büyük ivme yakalayan ve 18. Yüzyılın ortalarından sonra hukukun üstünlüğü kavramının iyice yerleştiği ve demokratik uygulamalara aşinalığın 20. yüzyıldaki savaş dönemine kadar dayandığı Avusturya-Macar imparatorluğunun ardılı olan devletler (hatta bölgeler) için de geçerlidir. Son yaşanan totaliter rejim dönemlerinin kalıntılarına rağmen Ombudsmanlık Kurumunun rolü geçen on yılda veya daha fazla süre boyunca Polonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti ve Slovenya'nın modern demokrasilerin kurulumunda etkili olabilmıştır. Ayrıca son zamanlarda, Slovakya, bu argümanı destekleyici nitelikte güçlü gözleme dayalı kanıtlar sunmaktadır.¹⁷

Güney Avrupa ise, ilginç karmaşık bir durum ortaya koymaktadır. 19. yüzyılın başlarında, yani hukukun üstünlüğü kavramı daha yerleşme fırsatı bulamadan bölgede parlamenter kurumlar ortaya çıkmış, bu kendi kurumsal düzenlemeleri bağlamında eşitlik mantığını bu özgürlük kavramıyla adil bir şekilde dengeleyebilecek siyasi rejimlerin gelişimi için elverişli koşulların ortaya çıkmasına katkı sağlamamıştır. Sonuç olarak, kontrol etme ve dengelemenin zor olduğu ve yine kurumsal denge ağırlıkları kültürünün kurumla ilişkilendirilmesinin zor olduğu siyasi koşullar ortaya çıkmıştır. Görünüşe bakılırsa, bu koşulların en acele ve görünür yanı, 20. yüzyılın ilk yarısına kadar bölgeyi derinden etkileyen otoriter rejim ile istikrarsız, nihayetinde de başarısız demokratik rejimler arasındaki bitmek bilmez dalgalanmadır.¹⁸

Meydana gelen iki gelişme, başarısızlıkla sonuçlanan demokratik deneyimler ve otoriter dönemlerin kısır döngüsünden kurtulmayı mümkün kılan katalizör görevi görmüştür: Savaş boyunca ve savaş sonrası dönemde bölgede hâkim olan otoriter rejimlerle ilişkilendirilen travmatik deneyimlerden elde edilen siyasal çıkarımlar ve

1960'ların başında Avrupa Ekonomi Topluluğunun yani bugünkü Avrupa Birliğinin, özendirme etkisiyle, söz konusu bölgede yer alan ülkelerdeki siyasi elit tabakaların ve kitlelerin üzerinde bıraktığı derin etkidir. Sonuç olarak, 1970'lerin ortasında kurulan demokratik rejimler, hukukun üstünlüğünü ve demokrasiyi anlatan kurumsal düzenlemeler arasındaki adil dengeyi sağlayabilmiştir. Ombudsmanlık Kurumunun, ilk kez bölgedeki ülkelerin modern tarihlerinde sağlam modern demokrasilerin mühimmat deposunun bir parçası olarak ortaya çıkması bu ılımlı dönemde gerçekleşmiştir.¹⁹

Güneydoğu Avrupa'da Osmanlı İmparatorluğundan sonra gelen devletler, yukarıda yapılan analizin tam aksi bir durum ortaya koymaktadır. (a) yine tarihsel nedenlerden dolayı son derece ataerkil olan karakteri ve henüz hukukun üstünlüğünün derinliklere işlememesi nedeniyle 20. yüzyılın başlarında devletlerin sonuna kadar korunduğu; (b) otoriter ve totaliter yönetimlerin uzun dönem hükmetmelerinin sonucu olarak demokratik yöntemlerle olan aşinalığın çok sınırlı seviyede olduğu veya hiç olmadığı ve (c) demokratik uygulamaların ortaya konmasının hukukun üstünlüğü ile aynı döneme denk geldiği bu bölgede, ilgili demokratik rejimin kurumsal yapısı içerisinde Ombudsmanlık Kurumunun kendine uygun rol oluşturma çabası içerisinde karşılaştığı zorluklar aşılması zor engeller ortaya koymaktadır. Güneydoğu Avrupa'daki ombudsmanların bugüne kadarki deneyimleri, kurumun bölgedeki her ülkede vatandaşlık haklarını korumaya ve demokrasinin kalitesini artırmaya önemli ölçüde katkı sağlayan etkin bir kontrol ve hesap verebilirlik aracı olmak için çok daha zahmetli yollardan geçmesi gerektiğini gösteren kanıtlardır.²⁰

Görüşlerimi iki nihai gözlemlerle sonuçlandırmak isterim. İlki, devletin meşruiyetiyle ilgili sorunların çoğunluk ilkesine başvurularak demokrasi kapsamında çözümünün imkânsız olduğunu konu alan, bu makalenin başında belirtilen hususu hatırlatır. Bu gözlem, azınlıkları demokratik sisteme adapte etmekte sorunlarla karşılaşmış olan tüm yeni Avrupa devletleriyle ve özellikle azınlıkların çok olduğu devletlerle ilgilidir. Yine bu gözlem, daha önce de belirtilen genel bir hususa vurgu yapmaktadır. Bu husus, bazı durumlarda insan haklarının savunulması gibi hukukun üstünlüğü ile ilgili sorunlara, çoğunlukçu demokrasi mantığına başvurularak çözüm bulunamayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla, vatandaşların çıkarları modern demokratik bir devlet tarafından yerine getirilecekse her ikisinin de dengeli bir şekilde gelişmesi gerekmektedir.²¹

İkinci gözlem, Avrupa Birliğindeki ombudsmanların özellikle de birlik içinde buldukları düzeylerde hukukun üstünlüğünü ve demokrasiyi desteklemeye çalışırken karşılaşacakları zorluklarla ilgilidir. Avrupa'da, ulusal, bölgesel, yerel tüm yönetim düzeylerindeki ombudsmanların vatandaşlara daha iyi hizmet etmek amacıyla etkin bir işbirliği ve çaba içerisinde buldukları takdirde bu

zorlu görevde başarılı olmalarının mümkün olduğuna yürekten inanmaya devam ediyorum. Bu sebeple de benden önce gelen Jacob Söderman ve ben, Avrupa Birliği vatandaşlarının haklarını savunmaya çalışırken ombudsmanlara ve diğer yargısal olmayan tazminat yollarına erişim haklarının açık bir tanımının taslak anayasal antlaşmaya eklenmesi için Avrupa'nın Geleceği Konvansiyonunu ve takiben Hükümetler arası Konferansı ikna etmeye çalıştık.

Anayasal antlaşmanın nihai metni bu yönde bir hüküm içermemesine rağmen, yargısal tazminat araçlarına alternatif olarak, yargısal olmayan araçların güçlendirilmesi Birlik içindeki Ombudsman camiası için stratejik bir hedef olarak kalmalıdır. Bu yöndeki başarılar, sadece ombudsmanların değil aynı zamanda benzer organların da vatandaşların haklarını daha iyi tanımalarına ve daha iyi kullanmasına yardımcı olacaktır. Aynı zamanda bu başarılar, Avrupa'nın ulusal, bölgesel veya yerel düzeylerinde hangi düzeyde olursa olsun, Ombudsmanların hukukun üstünlüğünün derinleşmesine ve Birlik içindeki bütün düzeylerde demokrasinin kalitesinin artırılmasına katkı sağlama kapasitesini önemli düzeyde arttıracaktır. Bu da kesinlikle peşinden gitmeye değer bir hedef ortaya koymaktadır.

DİPNOTLAR

¹ Avrupa'daki 20.yüzyıl "iç savaşlarının" neden olduğu ayrılıklara ilişkin son zamanlarda yapılan çalışmalar ile ilgili açıklayıcı örnekler için bkz: Mark Mazower, *Dark Continent: Europe's Twentieth Century* (London: Allen Lane, the Penguin Press, 1998) and Norman Davies, *Europe: A History* (London: Pimlico, 1997).

² Siyasi gelişmelerin ve devlet kurma çabalarının art arda yapılmasının önemine ilişkin teorik bir yaklaşım için bkz: Leonard Binder et al., *Crises and Sequences in Political Development* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1971).

³ Hukukun üstünlüğüne ilişkin klasik bir açıklama için bkz: A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London: Macmillan, 1961), 183-205 and passim. Ayrıca bkz: David Lindsay Keir, *The Constitutional History of Modern Britain since 1485* (Princeton, NJ: Van Nostrand, 1963), 293-98; Harold J. Laski, *Parliamentary Government in England* (London: Allen and Unwin, 1963), 360-87 and Andre Mathiot, *The British Political System* (London: Hogarth Press, 1958), 195-204. Hukukun üstünlüğü ve demokrasi arasındaki ilişkiyi ele alan, son dönemde yapılan analizler için bkz: Guillermo O'Donnell, "Why the Rule of Law Matters," *Journal of Democracy* 15:4 (October 2004), 32-46 and José Maria Maravall and Adam Przeworski, eds., *Democracy and the Rule of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

Demokrasi ile Ombudsmanlık Kurumunu birbirine bağlayan yeni bir çalışma için bkz: Andreas Ch. Takis, "Ombudsmanship, Human Rights, and the Rule of Law," in Dimitris Christopoulos and Dimitris Hormovitis, eds., *The Ombudsman in South-Eastern Europe* (Athens and Brussels: Sakkoulas and Bruylant, 2005), 152-57.

⁴ Weber'in yasal-mantıksal kuralların, modern devletin en saf boyutu olduğuna ilişkin yaklaşımı için bkz: Max Weber, *Economy and Society*, edited by Guenther Roth and Claus Wittich, (Berkeley, CA: University of California Press, 1978), 213-26 and passim. Demokratik rejimler için yasal-rasyonel geleneğin önemi ile ilgili olarak bkz: Yossi Shain and Juan J. Linz, *Between States: Interim Governments and Democratic Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 10-14.

⁵ Montesquieu'nun yetkinin aracı kurumlarla icra edilmesine ve "corps intermédiaires" (aracı kurumlar) kavramına ilişkin yaklaşımı için bkz: Baron de Montesquieu, *The Spirit of the Laws* (New York: Hafner, 1962), 66-70 and 120-25.

⁶ Modern demokrasiye zemin hazırlayan tarihsel ayaklanmalara ilişkin klasik açıklama için bkz: Robert R. Palmer, *The Age of Democratic Revolution: A Political History of Europe and America, 1760-1800*, 2 vols., (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1959). Modern demokrasinin seçkin bir siyaset bilimi olarak ele alınması ile ilgili olarak bkz: Robert A. Dahl, *Democracy and its Critics* (New Haven, CT: Yale University Press, 1989). Antik ve modern demokrasi arasındaki ilişkiyi inceleyen ünlü bir çalışma için bkz: Benjamin Constant, "De la liberté des anciens à celle des modernes," in idem *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif* (Paris: Guillaumin, 1872), vol. 2, 539-60.

⁷ Minimalist kavramlardan oldukça titiz, karmaşık ve maximalist kavramlara kadar çeşitlilik gösteren farklı tanımlamaları bulunan demokrasi kavramı üzerine siyaset bilimi literatürü. Burada kullanılan bakış açısına benzer bir bakış açısı benimseyen çalışmalara ilişkin açıklayıcı örnekler için bkz: Dahl, *Democracy and its Critics*, 108-15 and passim; Juan J. Linz, "Totalitarian and Authoritarian Regimes," in Fred I. Greenstein and Nelson W. Polsby, eds., *Handbook of Political Science*, vol.3 (Reading, MA: Addison Wesley, 1975), 182-83; and Richard Gunther, P. Nikiforos Diamandouros and Hans-Jürgen Puhle, eds., *The Politics of Democratic Consolidation: Southern Europe in Comparative Perspective* (Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1995), 5-7. "Veto grupları" için bkz: Scott Mainwaring, Guillermo O'Donnell and J. Samuel Valenzuela, eds., *Issues in Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective* (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1992), 48-49.

⁸ Seçim rejimleri ile ilgili olarak bkz: Terry Lynn Karl, "Imposing Consent? Electoralism vs. Democratization in El Salvador," in Paul Drake and Eduardo Silva, eds. *Elections and Democratization in Latin America, 1980-85* (San Diego, CA: Centre for Iberian

and Latin American Studies, 1986), 9-36. Burada gündeme getirilen daha genel sorunlara odaklanan daha yeni bir kavramlaştırma çalışması için bkz: Wolfgang Merkl, "Embedded or Defective Democracies," as well as Merkl and Aurel Croissant, "Conclusion: Good and Defective Democracies," Democratization 11:5 (December 2004), 33-58 and 199-213 respectively.

⁹ Demokrasi ve bir devletin meşruiyeti arasındaki ilişki ile ilgili olarak bkz: Dahl, Democracy and its Critics, 207, as well as Juan J. Linz and Alfred Stepan, Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe (Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1996), 26-33 and passim.

¹⁰ Çoğunlukçu demokratik sistemler ve dinamikleri ile ilgili öne sürülen görüşler için bkz: Arend Lijphart, Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries (New Haven, CT: Yale University Press, 1999), 9-30.

¹¹ Belirli bir ülkeye uygulanan "levelling egalitarianism (eşitliği seviyelendirme)" kavramı için bkz: P. Nikiforos Diamandouros, "Cultural Dualism and Political Change in Postauthoritarian Greece," (Madrid: Juan March Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, 1994, Working Paper 50), 14 and passim.

¹² Demokratikleşme üzerinde yapılan son araştırmalar, "kaliteli demokrasi" kavramına giderek daha fazla özen göstermektedir. Konuyu sistematik bir şekilde ele alan son dönemin akademik çalışmalarına ilişkin açıklayıcı örnekler için bkz: Leonardo Morlino, "What is 'Good' Democracy?," Democratization 11:5 (December 2004), 10-32; Guillermo O'Donnell, Jorge Vargas Cullell, and Osvaldo M. Iazzetta, eds., The Quality of Democracy: Theory and Applications (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2004). Yukarıda not 3'te belirtilen O'Donnell'in yazdığı makalenin yanı sıra Diamond ve Morlino, Schmitter, Beetham, Rueschemeyer, Powell ve Plattner de 15:4 nolu Demokrasi Dergisi'nde yer alan bu konuya katkılarda bulunmuştur (Ekim 2004) .20-110.

¹³ Modern demokratik devletlerin kurumsal mühimmat deposunun bir parçası olan ombudsmanlık kurumu ile ilgili olarak bkz: Andreas Schedler, Larry Diamond and Marc F. Plattner, eds., The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies (London: Lynne Rienner, 1999). Geçtiğimiz yıllarda, Danimarka Ombudsmanlık Kurumu, zamanla tipik bir parlamenter Ombudsmanlık Kurumu olarak anılmaya ve taklit edilecek bir örnek gibi uluslararası toplum üzerinde güçlü bir etki bırakmaya başlamıştır. Bu kurumun tarihi ve evrimi üzerine odaklanan, İngilizce hazırlanan yeni çalışma için bkz: Hans Gammeltoft-Hansen and Jens Olsen, eds., The Danish Ombudsman 2005 (Copenhagen: Folketingets Ombudsmand, 2005). Ayrıca Danimarka'da görevli olan ve Avrupa Ombudsmanlık Kurumları arasında 2005'ten bu yana hizmet veren dünyanın en uzun süre görev yapan Ombudsmanı olan Hans Gammeltoft-Hansen tarafın konu ile ilgili sunduğu genel

açıklamaya bkz:The European Ombudsman: Origins, Establishment, Evolution (Luxembourg:Office for Official Publications of the European Communities, 2005), 13-26.

¹⁴ Eğer, Ombudsmanlık Kurumunun 1809 yılında kurulduğu İsveç, bu alanda sıralamanın en görünür şekilde elde edildiği ve açıklandığı şekilde, klasik bir ülke örneğini teşkil ediyorsa, bu ülke ve Birleşik Krallık dâhil olmak üzere İngiliz Milletler Topluluğu'nda yer alan ülkelerin yanı sıra diğer İskandinav ülkeleri de Ombudsmanlık kurumunun erken kurulması ve sağlam bir şekilde gelişmesi için sağlam bir zemin hazırlamıştır. Bu nedenle, 1970'lerin ortalarında üçüncü demokratikleşme dalgası ortaya çıkıncaya kadar Ombudsmanlık kurumunun başarıyla kurulması ve sadece yedi ülkede ortaya çıkması tesadüfi değildir. Bu yedi ülkeden altısını oluşturan İsveç [1809], Finlandiya [1919], Danimarka [1955], Yeni Zelanda, Norveç [1962] ve Birleşik Krallık [1967] bu geniş kategoride yer almaktadır. Demokratikleşme alanında "üçüncü dalga" kavramı için bkz: Samuel P.Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century* (Norman: University of Oklahoma Press, 1991).

¹⁵ Demokratik hesap verebilirlik konusu ile ilgili olarak bkz:Andreas Schedler, "Conceptualizing Accountability," Guillermo O'Donnell "Horizontal Accountability in New Democracies," and Philippe C. Schmitter "The Limits of Horizontal Accountability" in Schedler, Diamond, and Plattner, eds., *The Self-Restraining State*, 13-28, 29-52, and 59-62. Ayrıca bkz: Leonardo Morlino, "What is 'Good' Democracy?" *passim*.

¹⁶ Ombudsmanlık kuruma ilişkin bu tür bir kavramsallaştırma içerisinde yer alan ve bu kuruma aşırı yüklenilmesine zemin hazırlayan üstü kapalı tehnelere ilişkin eleştirel bir analiz için bkz: Dimitris Christopoulos and P. Nikiforos Diamandouros, "Traditional Rights Protection Mechanisms and the Rising Role of Mediation in South Eastern Europe," in Christopoulos and Hormovitis, eds., *The Ombudsman in South eastern Europe*, 30-40.

¹⁷ Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun halefi olan devletlerle ilgili olarak bu konuya ilişkin daha detaylı bilgi için bkz: P.Nikiforos Diamandouros and F. Stephen Larrabee, "Democratization in South-Eastern Europe:Theoretical Considerations and Evolving Trends," in Geoffrey Pridham and Tom Gallagher, eds., *Experimenting with Democracy:Regime Change in the Balkans* (London: Routledge, 2000), 24-64.

¹⁸ Napolyon Savaşlarının sona ermesinden bu yana Güney Avrupa'da hakim olan otoriterlik ve istikrarsız, nihayetinde de başarısız demokratik deneyler arasındaki dalgalanmayı konu edinen tarihsel bir analiz için bkz: Edward E. Malefakis, "The Political and Socioeconomic Contours of Southern European History," in Gunther, Diamandouros, Puhle, eds., *The Politics of Democratic Consolidation*, 33-76.

¹⁹ Son yarım yüzyıl veya daha fazla bir süredir Güney Avrupa'da kurulan istikrarlı, konsolide demokratik rejimlerin niteliği ve sonuçları ile ilgili söz konusu sistematik çalışma, American Council of Learned Societies and the Social Science Research Council (New York) 'nin "Güney Avrupa Alt Komitesinin" himayesi altında çıkarılan beş ciltlik serinin ana fikrini oluşturmaktadır. Bu makalede yer verilen sorunlarla ilgili yapılan analizler için daha önce bahsedilen *The Politics of Democratic Consolidation* çalışmasının yanı sıra bkz: P. Nikiforos Diamandouros and Richard Gunther, eds., *Parties, Politics, and Democracy in the New Southern Europe* (Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 2001), and Richard Gunther, P.Nikiforos Diamandouros and Dimitri A. Sotiropoulos, eds., *Democracy and the State in the New Southern Europe* (forthcoming).

²⁰ Osmanlı İmparatorluğu'nun varisi olan devletlerde hakim demokrasiye ilişkin beklentiler ile ilgili olarak bkz: Diamandouros and Larrabee, "Democratization in South-Eastern Europe," 24-64.

²¹ Demokrasinin çoğunlukçu mantığı göz önünde bulundurularak hukukun üstünlüğü ile ilgili sorunların çözülmesi için atılacak adımlarla beraber ortaya çıkacak sorunların teorik olarak ele alan çalışmalar için yukarıda not 9'da alıntılanan Dahl (1989) and Linz and Stepan (1996)'ın çalışmalarına bakınız.

ÖZDENETİM, SOSYAL SORUMLULUK VE MEDYADA OMBUDSMANLIK UYGULAMALARI

Prof. Dr. Zakir AVŞAR⁽¹⁾

GİRİŞ

Medya ombudsmanlığı, medyada özdenetim ve sosyal sorumluluk olgusunun önemli ve etkin uygulama alanlarından biridir. Medya kuruluşlarının halkı bilgilendirirken, kamuoyuna karşı sorumlulukları da bulunmaktadır. Sorumlu yayıncılık arayışları, basın özgürlüğünün önünde bir engel değil, bilakis gelişmişlik düzeyinin bir göstergesidir.

Özdenetim, kuruluşun kendi kendisini denetlemesi veya benzer kuruluşların bir çatı altında toplanmalarından doğan örgütlenmelerin gerçekleştiği denetimi ifade etmektedir. Özdenetim, bütün dünyada medya kuruluşlarında bir uygulama alanına sahip olmaktadır. Bu uygulamaların önemli bir kısmı gayet başarılı örnekler sergilemektedir. Bir kısmında ise, usulen yapılan uygulamalar söz konusudur (Avşar, 2012: 51).

Bir özdenetim biçimi olan ombudsmanlık, hukuki düzenlemeler ve yargısal denetim dışında, medyanın kendisi tarafından hem okuyucu kitlesiyle ilişkilerini iyileştirmek ve hem de medyanın müdahale altında kalmasını önlemek amacıyla geliştirilen yollardan (Avşar ve Kaya, 2013: 79) biridir.

Ombudsmanlık okuru gazetenin içeriğinde söz sahibi yapmak ve basın kuruluşlarının şeffaflaşmasını sağlamak için etkili ve önemli bir uygulamadır. Ombudsman ise, haber kuruluşuna yönelik şikâyetlerin takibini yapan ve içerik denetiminden okurlar adına sorumlu olan, bağımsız konumdaki kişidir. Bu sunumda kavramın tanımı, amaçları ve işlevlerinin yanı sıra dünyada ve Türkiye'deki uygulama biçimlerinden söz edilecektir.

(1) Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Dekanı

1. Basında Ombudsmanlığın Tanımı, Amaçları ve İşlevleri

Basın ombudsmanı, bir basın kuruluşunda, soruşturma yapmak, karar vermek, açıklamada bulunmak ve gerektiği zamanlarda hataları düzeltmekle mükellef kişidir (Charon, 1992: 215).

“Basında ombudsman uygulaması Türkçe’ye ‘okur temsilcisi’ olarak yerleşmiş olmakla birlikte halen her iki kavram da birbirinin yerine kullanılmaktadır” (Özgen 2003: 27).

Bazı gazetelerde ise ombudsmanlar “okuyucu danışmanı”, “kamu editörü”, “okur savunucusu” gibi adlarla anılmaktadırlar (www.po-pon.org.kontakt). Gazetelerde görevli ombudsmanlar, düzenli aralıklarla ve genellikle haftada bir kez, kurumun o hafta yayınladığı meslek etiği yönünden tartışmalara neden olan haberler hakkında, hem gazetecilerin hem okurların hem de gazete yönetiminin dikkatine sunulmak üzere görüş yayınlamaktadırlar. Bazıları ise, gazetecilerin ve yönetimin dikkatine sunulmak üzere eleştiriler kaleme alırlar, ancak bunları okuyucu görmez (Avşar, 2012: 183). Ombudsmanlar kamuoyunun talepleri ile gazetecinin sorumlulukları arasında bir köprü görevi görmektedirler.

Medya alanında ombudsman uygulamasının amaç ve işlevleri şöyle sıralanabilir:

“1- Ombudsman kendisini doğrudan atayan gazete veya haber kuruluşu sahipleri açısından bir ‘ürün kalite kontrolü işlevi’ görmektedir. Patron ‘ürünü’ alan ‘müşterilerin’ hangi açılardan şikayetçi olduğu konusunda fikir edinmektedir.

2- Gazetenin editoryal yönetimi ve muhabirleri, okur temsilciliği sayesinde meslek etiği sınırları içinde hareket etmeye, hata ve eksikleri açıklıkla kabul etmeye yönlendirilmektedir. Ayrıca ombudsmanlık uygulaması ile mesleğin işleyiş mantığı okurlara anlatılabilmektedir.

3- Bunların içinde en önemlisi, okurlar kendilerinin ciddiye alındığını, gazete içeriğinde söz sahibi, dolayısıyla gazetenin doğal bir ferdi olduklarını düşünmektedirler. Herkesten hesap sorma hakkını kendinde gören bir basın kuruluşunun hatalarını açıkça kabul etmesi, eksiklerini kompleks duymadan tartışması, okurları gazeteye daha sıkı bağlamaktadır” (Özgen, 2006: 233).

Basın kuruluşlarının ombudsmanlardan beklentileri ise şöyle sıralanabilir:

“1- Haberin doğru ve dengeli verilip verilmediğini izleyerek sunulan haberin kalitesini arttırmak.

2- Okuyucunun habercilere daha kolay ulaşabilmelerini sağlayarak habercileri daha güvenilir kılmak.

3- Okuyucuların çeşitli konulardaki kaygıları hakkında gazetede haber çalışanlarını bilgilendirmek.

4- Şikayetlerin ve diğer sorunların yöneltilebileceği sorumlu bir kişi olarak, editörlerin ve haber yöneticilerinin zamandan tasarruf etmesini sağlamak.

5- Bazı şikayetleri çözümlyerek gazete hakkında yüklü tazminat davaları açılmasının önüne geçmek” (Atabek, 2005: 77).

Basında ombudsmanlık uygulamalarında karşılaşılan en önemli sıkıntılardan biri, basın organı çalışanları ile ombudsman arasındaki uyum sorunudur. Gazeteciler kendilerini takip eden bir başka meslektaşlarının varlığını her zaman o kadar da kolay kabul etmeyebilmektedirler (Ayten, 2013: 6).

2. Dünyada Basın Ombudsmanlığı

Okur temsilciliği dünyada ilk kez Japonya'nın başkenti Tokyo'da yayınlanan *Asahi Shimbun*'un (1922) gazetesinde, okuyucu şikayetlerini dinlemek ve incelemek üzere kurulan bir komite ile ortaya çıkmıştır (Atabek, 2005: 85). Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk okur temsilcisi Kentucky eyaletinde basılan *Louisville Courier Journal* (1967) adlı gazeteyle atanmıştır. Bir diğer öncü yayın organı ise *Louisville Times*'tir (Avşar, 2012: 187). İsveç'te ise 1969 yılında ilk Basın Ombudsmanlığı Kurumu, İsveç Basın Konseyi'nin yapısında bir reforma gitmesiyle oluşturulmuştur (Avşar, 2012: 184). Basında ombudsmanlık sistemi İsveç'ten diğer İskandinav ülkelerine, oradan da dünyanın diğer ülkelerine yayılmıştır. Avrupa Asamblesi İstişari Komisyonu ombudsmanlığı bütün dünyaya tavsiye etmiştir.

Dünyada basın ombudsmanlığı konusunda iki farklı yöntem benimsenmiştir: Kurum dışından özdenetim uygulamaları ve kurum içinden özdenetim uygulamaları.

2.1. Kurum Dışından Özdenetim Uygulamaları (Basın Şikayetleri Ombudsmanı):

İsveç tipi basın ombudsmanlığı uygulamalarında, okurların şikayetlerini ilettiği ombudsmanın hükümetle bağı yoktur. Bir parlamento üyesi, İsveç Barolar Birliği Başkanı ve İsveç Basın Konseyi temsilcilerinden oluşan üç kişilik bir komisyon tarafından seçilir. Maaşı ise Yayıncılar Derneği'ndeki gazeteciler tarafından ödenmektedir (Alemdar, 1990: 29). Yaptıkları iş karşılığında herhangi bir gazeteden maaş almazlar. Ombudsmanlık yapan kişilerin gazetecilik birikimleri olmasına karşın, ombudsmanlık yaptıkları gazete ile ilişkileri yoktur.

İsveç'te ombudsmana yılda ortalama olarak gelen 300-400 şikayetin çoğunluğunu kişilik hakları ihlali, özel hayatın gizliliğine yönelik saldırı ve yargı sonucu beklemeksizin kişilerin suçlu veya mahkum ilan edilmesi gibi hususlar oluşturmaktadır. Ancak, basın ombudsmanı sadece şikayetlerle ilgilenmemektedir. Aynı zamanda halkın basın etiği konusundaki sorularını cevaplandırır ve doğru gazetecilik anlayışını geliştirmek ve yaymak konusunda kendisini görevli sayar. Basın Ombudsmanı Talimatnamesi'nde "Basın Ombudsmanı gazetecilik meslek etiğiyle ilgili konularda genel bilgiye mümkün olduğunca katkıda bulunur. Bu katkı, hem uzmanlaşmış hem de genel türde bir gazetede ve istendiği takdirde gazeteciler eğitim enstitülerindeki konferans yayımı için konuşmaları ve konferansları, makale yazılarını vb. içerir" demektedir (Avşar, 2012: 185).

Kurum dışı ombudsmanlık uygulamaları, daha fazla güvenilirlik sağlasalar da masraflı oldukları, bürokrasiye neden oldukları ve okurlar ile editörler arasındaki doğrudan iletişimi engelledikleri gibi gerekçelerle eleştirilmektedirler (Meens, 2010: 149).

2.2. Kurum İçinden Özdenetim Uygulamaları (Okuyucu Temsilcisi):

Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan ve Türkiye'nin de model aldığı ombudsmanlık uygulamalarında her basın organı eğer istiyorsa kendi ombudsmanını kendisi belirlemektedir. Okuyucu temsilcisi kurum içi eleştiriler yayınlayarak ve okuyucu şikayetlerini değerlendirerek görevini yerine getirmektedir. Bir tür "iç özdenetim" olarak nitelenebilecek bu model; ombudsmanlık yapan gazetecinin maaşını, değerlendirdiği medya kuruluşundan almasının onun bağımsızlığını et-

kileyebileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir (Uzun, 2009: 54). Meens “kamu editörü” olarak adlandırdığı kurum içi ombudsmanlık uygulamalarını şöyle eleştirmektedir:

“Kamu editörü iki ateş arasındadır. Editöryal kadronun yaptıklarının arkasındaki nedenleri açıklayacak, ancak bunları eleştirmek ya da soruna karşı alenen mesafe almak şöyle dursun, tartışma konusu yapılması eğiliminde bile olmayacaktır” (Meens, 2010: 149).

Okur Temsilciliği ciddiye alınması gereken, tam zamanlı bir iştir. Buna bir örnek olarak, okurun içerik ve performansla ilgili şikâyetlerini haftada 75 saat harcayarak yanıtladığını söyleyen Washington Post eski ombudsmanı Andrew Aleksander gösterilebilir.

Ancak, ABD’de günümüzde 1500’ü aşkın yayın kuruluşundan yalnızca 35’inde ombudsmanlık sistemi uygulanmaktadır. ABD-Kalifornia Eyaleti’nde günlük tiraj bakımından 400 binlik satışı ile ilk üç arasında; ülke genelinde ise ilk 20 arasında yer alan San Diego Union Tribune Gazetesi’nin okur temsilcisi, bu durumu şu şekilde ifade etmiştir:

“Ombudsman sayısı, doğru, hâlâ yüksek değil, ancak ABD’de tiraj bakımından ilk 100 arasında yer alan gazetelerin 27’sinde birer okuyucu temsilcisi var. İlk 25 içerisinde ise %44 oranında okuyucu temsilcisi uygulaması söz konusu” (Milliyet Gazetesi, 7 Ağustos 2000, aktaran: Özgen, 2003: 32-33).

Gazetelerin bu konudaki isteksizliklerinin iki nedeni bulunmaktadır: İlki, ombudsmanların aldıkları yüksek ücret, ikincisi ise gazetecilerin kendilerini gözetleyip, denetleyip, eleştirenlerden hoşlanmamalarıdır (Girgin, 2000: 200).

Türkiye’deki Ombudsmanlık uygulamalarına geçmeden önce, 1980 yılında kurulan Haber Ombudsmanları Örgütü (ONO)’dan söz etmek yerinde olacaktır. ONO, her yıl 2,5 gün süren bir toplantı düzenleyerek, okur temsilcilerinin mesleki deneyimlerini paylaşmalarına ve ilişkilerini güçlendirmelerine olanak sağlamaktadır. Konferans başlıkları arasında azınlıklılara ve cinsiyet suçlarına ayrılan yer, ombudsmanın haber merkeziyle ilişkisi, ortak kaynakların kullanımı, gizliliğe saldırı (korsan), fikir hırsızlığı, çıkar çatışmaları ve daha birçok etik konu yer almaktadır (Avşar, 2012: 193).

ONO'nun internet sayfasında örgütün amaçları şu şekilde sıralanmıştır:

"- Gazetecilik mesleğinin, habercilik alanında yüksek etik standartlar kazanmasına ve bu standartları sürdürmesine yardımcı olmak, bu sayede mesleğin hizmet ettiği insanların gözündeki güvenilirliğini artırmak.

- Haber ombudsmanları ya da okur temsilcileri için ilkeler belirlemek ve bunları geliştirmek.

- Haber ombudsmanlığının yaygınlaşmasına destek olmak.

- Üyeleri arasında deneyim, bilgi ve fikirlerin paylaşılması için bir platform sağlamak.

- Yayıncılar, editörler, basın konseyleri ve diğer meslek kuruluşlarıyla bağlantılar kurmak, belirli çıkar grupları için sözcü sağlamak ve medya soruşturmalarına yanıt vermek" (Meens, 2010: 154).

Habercilik pratiklerinin ve okur temsilcilerinin karşılaştıkları sorunların ele alındığı ONO konferansları bugüne kadar Chicago, San Diego, Barcelona, Montreal, Salt Lake City, Los Angeles, Hamburg gibi kentlerde düzenlenmiştir. Söz konusu konferans 2003 yılında Milliyet gazetesinin ev sahipliğinde İstanbul'da gerçekleştirilmiştir.

3. Türkiye'de Basın Ombudsmanlığı

Ombudsmanlık ülkemizde yaygın olarak görülmemesine rağmen Türk basınında ilk ombudsmanlık uygulaması 1980'li yılların başında Hürriyet Haber Ajansı'nda Seyfettin Turhan ve Hürriyet Gazetesi'nde Emre Kongar tarafından yapılmıştır. Seyfettin Turhan, Hürriyet Haber Ajansı için çıkardığı Aylık Bülten'de haber yazımındaki yanlışlıklara işaret etmiş ve temel gazetecilik kurallarını hatırlatmıştır. Emre Kongar da yaptığı işi "Gazetenin içeriğinin daha kaliteli ve hatasız olmasını sağlamakla ilgili bir iş..." olarak tanımlamıştır. (Özgen, 1999: 202-203).

Kongar Hürriyet gazetesindeki görevini 'Yaşamın Anlamı' (2005) adlı kitabında şöyle anlatır:

"Şu anda Babiâli'de çalışıyorum. Bir gazetede. Ama bu yazarlık değil... Gazetenin yayımının daha kaliteli ve hatasız olmasını sağlamakla ilgili bir iş. Sabah

yedi buçukta iş başlıyor. Çılgınlar gibi raporlar yazarak, bütün gazeteleri okuyarak... Çıkmış olan veya çıkacak haberlerin kontrolü gibi bir iş..."

Emre Kongar artık bu görevi sürdürmemektedir. Nedeni muhtemelen Washington Post gazetesinin ombudsmanı Laiten'in yaptığı işle ilgili olarak belirttiği güçlüklerle aynıdır: Gazetelerin yazı işleri kadrosu birinin kendilerini tepeden izlemesini kolay kolay benimseyememektedir (Alemdar, 1990, 113).

Türkiye'de okur temsilciliği görevini ilk üstlenenlerden birisi de Yavuz Baydar'dır. 2003 yılında Haber Ombudsmanları Örgütü'nün (ONO) başkanlığına kadar yükselen Baydar, Ombudsmanlık uygulamasının ülkemizde yaygınlık kazanmasının önünü açmıştır. Yazar, Milliyet gazetesindeki "Okur temsilcisi" köşesinde haftada bir şikayet mektuplarını cevaplayarak, konuyla ilgili meslek ilkeleri çerçevesinde eleştirilerde bulunmuştur. Bu eleştiriler genellikle haberi yapan muhabir ya da yazı işlerine yönelik olmuş, haberi yapanların görüşleri de eleştirilere cevap olarak aynı sayfada yayınlanmıştır (Demir, 2006: 156).

Okur temsilcisi olarak göreve 1999 yılında Milliyet Gazetesi'nde başlayan Baydar, 2004-2013 yılları arasında Sabah Gazetesi'nin okur temsilciliği görevini üstlenmiştir. Yavuz Baydar'ın ardından Türkiye'de ombudsman sayısı artmıştır. Tirajı yüksek gazetelerin çoğu artık kadrolarında ombudsmanlara yer vermektedir. Hürriyet Gazetesi Okur Temsilcisi Faruk Bildirici, Milliyet Gazetesi Okur Temsilcisi Derya Sazak (Arvas, 2011: 88-89), Sabah gazetesi okur temsilcisi İbrahim Altay gibi.

4. İzleyici Temsilciliği

Türkiye'de gazetelerin okur temsilcileri olduğu gibi, radyo ve televizyon kuruluşlarının da izleyici temsilcisi bulunmaktadır. İzleyici temsilciliği uygulaması yasayla güvence altına alınmıştır. 15/02/2011 tarih ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 22. Maddesi şöyledir:

"Medya hizmet sağlayıcılar, ortak denetim ile öz denetim mekanizmalarının oluşturulması, izleyici ve dinleyicilerden ulaşan şikâyetlerin değerlendirilip kuruluşun yayın kuruluna sunulması ve sonuçlarının takip edilmesi amacıyla en az on yıllık meslekî tecrübeye sahip bir izleyici temsilcisi görevlendirirler. Belirlenen izleyici temsilcisi uygun vasıtalarla kamuoyuna duyurulur ve Üst Kurula bildirilir."

İzleyici temsilcilerinin iletişim bilgileri RTÜK'ün internet adresinde açıkça belirtilmiştir (<http://www.rtuk.org.tr/Home/SolMenu/5435#>). Bu yapı, denetimin bazı kurum ve kişilerce değil, aktif izleyiciler tarafından yapılması gerektiğini göstermesi açısından önemli bir adımdır. RTÜK, tıpkı gazetelerin okur temsilcisi köşeleri gibi, izleyici temsilcilerinin de çalıştıkları kurumların internet sitesinde bir köşeleri olmasını önermektedir. Çalıştıkları yayın kuruluşlarının izleyici temsilcilerine belli periyotlarda program yaptırımları da bir başka aktif özdenetim önerisidir.

Sonuç ve Öneriler

Basında ombudsmanlık uygulamaları okur tarafından denetlenmenin ve okurunun dikkate alındığını göstermenin bir yoludur. Medyanın hesap verebilirliğini sağlamada etkili olduğu gibi; okurun güvenini sağlayıp kuruluşun saygınlığını arttıran bir özdenetim mekanizmasıdır.

Ombudsmanlar basın kurumu içinde bağımsız bir özellik taşırlar. Maaşlarını gazeteden almalarına rağmen, gazetenin sahibine veya diğer yöneticilere karşı bağımsız davranmak durumundadırlar. Bu da ombudsman görevini yapan kişinin basın meslek ilkelerine bağlı, sorumluluk sahibi ve büyük ölçüde basın kuruluşunun vereceği maaşa ihtiyacı olmayacak bir kişi olmasını gerektirir (Avşar, 2012: 187).

Okur temsilciliği, basının karşı karşıya olduğu çok çeşitli etik sorunların üstesinden gelmek için tek başına yeterli olmayabilir ancak özdenetim mekanizması olarak iyi işletildiğinde basın için önemli bir potansiyeli bünyesinde barındırdığına kuşku yoktur (Atabek, 2005: 210).

Ombudsman ya da okur temsilcisi modellerinin başarısı ve etkinliği basın kuruluşlarının örgüt kültürlerinin demokratik özelliklerine, eleştiriye açık tutum sergilemelerine, hatalarını düzeltme yönündeki esneklik ve istekliliklerine bağlıdır (Uzun, 2009: 54).

Günümüzde, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki ombudsmanlar hassas bir dönemden geçmektedir. Yakın bir geçmişte on ombudsman kendilerine başka editöryal görevler verilerek ya da emekliye sevk edilerek işlerinden olmuşlardır. Çünkü bugünlerde İnternet teknolojileri nedeniyle gazete satışları baskı altındadır ve reklam gelirleri düşmüş durumdadır. Ombudsmanlar, gelir arttırmak adına işten çıkarılmaktadır. Basın kuruluşları okur temsilcilerinin, maddi bir külfet getirmele-

rine karşın gazetecilik yapmadıklarını düşünmekte; bu nedenle de onları kolayca gözden çıkarmaktadır. Oysa ombudsmanlar çalıştığı medya kuruluşunun güvenilirliğini arttırarak, okurlarla iletişim kurarak, dolaylı da olsa gazeteciliğe katkı sağlamaktadır (Meens, 2010: 157).

Yeni iletişim teknolojilerinin yaygınlaşması ile birlikte, okurların gazetecilere İnternet üzerinden doğrudan ulaşabilecekleri, bir aracıya ihtiyaç olmayacağı düşünülebilir. Ancak sayıları binleri bulan okur mesajlarının tasniflenmesi, yinelenen hataların, okurların en fazla eleştiri getirdikleri konu ve uygulamaların tespit edilmesi için basın sektöründe ombudsmanlığa eskisinden daha fazla ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca İnternet okuyucuların okur temsilcisine ulaşmalarını kolaylaştıran bir araçtır. Ombudsmanlık pratiklerinin, RTÜK tarafından desteklenen “İzleyici Temsilciliği” uygulamasında olduğu gibi, yalnızca yazılı basını değil; görsel-işitsel ve İnternet medyası da dahil olmak üzere tüm medyayı kapsayacak şekilde geliştirilmesi büyük önem taşımaktadır.

Gazetecilerin sorumluluklarını kamuoyuna açıklayan haber ombudsmanları, haber kuruluşlarının saydamlığının bir göstergesi olarak kabul edilerek gerek basın kuruluşlarınca korkusuzca ve baskısızca desteklenmeli; gerekse bilinçli okurların yaygın bir biçimde hak araması teşvik edilmelidir.

KAYNAKÇA

1. Alemdar, Zeynep (1990). *Oyununu Kuralı, Basında Özdenetim*, Bilgi Yayınevi, Ankara.
2. Arvas, İbrahim Sena (2011). “Basında Sosyal Sorumluluk Anlayışı Bağlamında Günümüz Türkiye’sindeki Özdenetim Uygulamaları”, *Erciyes İletişim Dergisi: “akademia”*, Cilt (Volume): 2, Sayı (Number): 2, s. 82-92.
3. Atabek, Nejdet (2005). *Okur Temsilciliği: Türk Basınında Okur Temsilcisi Köşeleri Üzerine Bir Araştırma*, Anadolu Üniversitesi Yay. Eskişehir.
4. Atabek, Nejdet (2006). “Gazete Haberlerinde Etik Standartların Yükseltilmesinde Okur Temsilcisinin Rolü”, *Küresel İletişim Dergisi*, Vol: 4, No:2, s.1-14.
5. Avşar, Zakir (2012). *Ombudsman: İyi Yönetilen Türkiye İçin Kamu Hakemi*, Hayat, İstanbul.
6. Avşar, Zakir ve Kaya, Elif Emre (2013). *Medyanın İffeti*, Altınpost, Ankara.

7. Ayten, Adem (2013). "Bir Özdenetim Aracı Medya Etik Konseyi", İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, 2013/1, 44, s. 1-17.
8. Büyükbaykal, Güven N. (2004). "Basın Alanında Ombudsman Uygulaması", İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, s. 169-175.
9. Demir, Galip (2002). Ombudsman Aranıyor, Ahi Kültürünü Araştırma Yayınları, İstanbul.
10. Demir, Vedat (2006). Medya Etiği, Beta, İstanbul.
11. Girgin, Atilla (2000). Yazılı Basında Haber ve Habercilik Etik'i. İnkılâp Yayınları, İstanbul.
12. Girgin, Atilla (2008). Gazeteciliğin Temel İlkeleri, Der Yayınları, İstanbul.
13. Kongar, Emre (2005). Yaşamın Anlamı, Remzi Kitabevi, İstanbul.
14. Meens, Thom (2010). "Ombudsman: Okur / İzleyici ile Medya Arasındaki Kilit İsim", içinde Televizyon Haberciliğinde Etik, ed. Bülent Çaplı ve Hakan Tuncel, Fersa Matbaacılık, Ankara, s. 145-159.
15. Özgen, Murat (2003). "Basında Bir Özdenetim Uygulaması Olarak Ombudsman", İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Sayı: XVI, 2003, s. 27-34.
16. Özgen, Murat (2006). Gazetecinin Etik Kimliği, Set-Sytems Yayıncılık, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul.
17. Uzun, Ruhdan (2009). İletişim Etiği: Sorunlar ve Sorumluluklar, Dipnot, Ankara.

İnternet Kaynakları

www.po-pon.org.kontakt

<http://www.rtuk.org.tr/Home/SolMenu/5435#>

UYUŞMAZLIK ÇÖZME SÜREÇLERİ İÇİNDE KÜLTÜRÜN YERİ: YAKLAŞIMLAR, EKSİKLİKLER VE ÖNERİLER

Yrd. Doç. Dr. Esra ÇUHADAR⁽¹⁾

GİRİŞ

Müzakere, arabuluculuk ve ombudsmanlık gibi mahkeme formalitesi dışında, ve gönüllülük esasına dayanan alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin kullanıldığı yöntemler tüm dünyada benzerlik göstermektedir. Bir arabulucunun veya ombudsmanın nasıl bir süreç yöneteceği, ihtilafları çözmek için ne gibi teknikler kullanacağı konusunda birçok ülkede bunları uygulayan profesyoneller tarafından benimsenmiş ortak anlayışlar mevcuttur. Bu anlamda ortak normların, tekniklerin ve uygulamanın gelişip evrenselleşmesi görülürken, yine de her müzakere belli bir kültürel bağlam içinde gerçekleşmekte. Farklı kültürel bağlamların müzakere, arabuluculuk, ombudsmanlık ve benzeri alternatif uyuşmazlık çözme süreçlerini nasıl etkilediği ise oldukça karmaşık ve tartışılan bir konudur. Kültürün bu süreçler üzerindeki etkisi nasıl kavramsallaştırılabilir? Kültür kavramını çatışma çözme ve müzakere süreçlerine nasıl entegre edebiliriz ve bu hangi kuramsal yaklaşımlarla mümkündür? Bu makale bu ve bunun gibi sorulara yanıt aramakta; bu sorulara kuramsal düzeyde bir cevap bulmaya çalışırken somut örnekler sunmaktadır.

Kültürün çatışma çözme süreçlerindeki rolü üzerine olan tartışma bu literatür içinde oldukça geniş bir yer tutar. Müzakere kuramları, özellikle ilk başlarda, büyük ölçüde ya oyun kuramı/ formel modellerden ya da evrensel düzeyde geçerli olduğunu iddia eden sosyal psikoloji kuramlarından beslenmiştir. Ancak bu kuramların yine de yer yer uyuşmazlık çatışma çözme sürecini açıklamakta yetersiz kalması gözlerin kültür kavramına çevrilmesine neden olmuştur. Bu şekliyle kültür kavramının uyuşmazlık çözme yazınında bahsinin ilk geçmesi müzakere sürecinde karşılaşılan zorlukların nasıl aşılabileceği çerçevesinde olmuştur. Kültürler arası farklılıklardan kaynaklanan uyumsuzluklar müzakereleri ve uyuşmazlık çözme sürecini olumsuz etkileyen unsurlar olarak görülmüş; bu uyumsuzluklar sıklıkla farklı kültürler arasında müzakereleri yürüten uygulayıcılar, mesela diplomatlar, tarafından anılarında aktarılmıştır. İlk başlarda yaygın olan bu görüş daha sonra yavaş yavaş değişmeye başlasa da, kültürü müzakere sürecinde bir engel olarak gören bu "pratik" görüş halen sürmektedir. Makalede bu yaklaşımın yetersiz olduğunu; kültürün müzakere ve uyuşmazlık çözme süreçlerindeki rolünün sadece pratik bir engel

(1) İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Siyaset Bilimi Öğretim Üyesi

olarak görülmesinin bu kavramın müzakere ve uyuşmazlık çözme literatüründe kavramsallaştırılması sırasında yetersiz bir bakış olduğunu savunuyoruz. Buna ek olarak kültürün şimdiye kadar yapılanın aksine sadece kültürler arası müzakere- lere olan etkisinin değil, diğer tüm uyuşmazlık çözme süreçlerine olan etkisinin de incelenmesi gerektiğini savunuyoruz. Bu makalede bu süreçlerden özellikle bir tür arabuluculuk olan paralel diplomasi (track two diplomacy) ya da sorun çözme çalıştayları (interactive conflict resolution workshops) olarak bilinen yöntemi kül- türel süreçlerin nasıl etkilediği üzerinde durularak örnekler sunulacaktır.

Kültürün bu süreçler üzerindeki rolünü anlayabilmek için, kültür kavramının sadece "pratik" bir engel ve statik bir grup özelliği olarak yapılan tanımlarının aşıl- ması gerekmektedir. Bu nedenle bu makalede önce kültür kavramına farklı bir yaklaşım olan psikolojik antropoloji yaklaşımı anlatılacak, daha sonra bu yaklaşı- mın müzakere ve uyuşmazlık çözme süreçleri içinde nasıl kavramsallaştırılacağına değinilecektir. Uyuşmazlık çözme süreçleri üzerine olan literatürde halihazırda kültür kavramının nasıl işlendiği örneklerle gösterilecektir.

1. KÜLTÜR KAVRAMI ÜZERİNE

Kültür çok genel olarak bir insan topluluğunun paylaştığı anlamlar ve sembol- ler sistemi olarak tanımlanabilir. Ancak yaygın kullanımda bazen sunulduğu gibi kültür ne insan davranışını doğrudan belirleyen determinist bir olgudur, ne de in- san davranışı ve insan dışında var olan 'değişmez' bir olgudur. Yine de kültür bir çok çalışmada bir grubun "sahip" olduğu bir takım "değişmeyen" özellikler olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma alternatif olarak son yıllarda psikolojik antropoloji tara- fından yaygın olarak kullanılan bir kültür kavramı geliştirilmiştir. Bu anlayışa göre kültür bir bilgisayar programı gibi insan beyninde kurgulanmış bir modeldir; yani insanın çeşitli bilişsel yapılarına (cognitive schemas, scripts vb.) sirayet etmiş, bu bilişsel yapılarla işlemiş anlamlar, semboller ve imgelerdir (Cohen 1997, D'Andrade ve Strauss 1992). Bu anlayışa göre sosyal ve psikolojik süreçler bireylerin hangi davranışlara daha yatkın olduğunu ve çeşitli konular karşısındaki bireysel duruşla- rını belirler. Ancak, bu psiko-sosyal süreçler kültüre endekslidir ya da kültür içinde anlamlandırılır (Ross 1995: 525). Bu anlamda örneğin grup içinde paylaşılan imge- ler, semboller, dış dünyanın nasıl algılandığı ve bireylerin ve grupların davranışla- rını nelerin motive ettiği kültür tarafından şekillendirilir. Ancak, bunların davranışı etkileme biçimi psiko-sosyal süreçler aracılığıyla olur.

Bu anlamda kültür bazı siyaset bilimi veya uyuşmazlık çözme literatüründe sık- lıkla kavramsallaştırdığımız gibi insanların davranışını doğrudan etkileyen deter- minist bir etkiye sahip değildir. Kültürün etkisi psikolojik ve sosyal süreçlerin filt- resinden geçerek birey ve grup davranışı üzerinde etkili olur. Bu bağlamda Kevin Avruch (1998) kültür kavramının bireylerin davranışlarının belli biçimlerde adeta programlanmışçasına olacağını ve bir grup içinde bu davranışın homojen biçimde

herkes tarafından gösterileceğini varsayan; dolayısıyla kültürün psikolojik boyutunu göz ardı eden yaklaşımları eleştirmiş ve bu yaklaşımın bilimsel geçerliliğinin artık olmadığını iddia etmiştir.

Kültür kendi başına var olan bir olgu değil, ancak insanların davranışları aracılığıyla etkisini gösteren bir olgudur. Bu anlamda da diğer psikolojik süreçlerden (bilişsel şemalar, kısaltmalar, metaforlar, analogiler vb) bağımsız olarak ele alınmaz. Kültür bir grubun “sahip” olduğu ve değişmeyen sabit bir “özellik” değil; tam tersine öğrenilmiş olan zihnimizdeki bilişsel ve duygusal yapılar; mesela bilgiyi işleyen mekanizmalarda (bilişsel şemalar, metaforlar gibi) yerini alan bir olgu olarak karşımıza çıkar. Yeni bilgiler ve tecrübeler ışığında bu bilişsel yapılar değişip evrildikçe kültür de değişip evrilir. Özet olarak kültür bireyin psikolojisinden; bilişsel ve duygusal süreçlerinden bağımsız düşünülemez.

Kültür kavramına ilişkin olarak siyaset biliminde sıklıkla rastlanılan bir diğer yaygın kanı, kültürün sadece ulus düzeyinde var oluşu, ya da bir grup tarafından sahip olunan bir özellik olarak varsayımıdır. Örneğin, karşılaştırmalı siyaset yazınında kültür sıklıkla ulusal bir özellik olarak ele alınır: Fransız siyasi kültürü, Japon müzakere kültürü gibi. Antropologlar ve örgüt davranışı ile uğraşan akademisyenler bu yaklaşımın yetersiz olduğunu dile getirmiştir. Kültür sadece bir millete özgü bir dizi özellikler kümesi olarak görülemez; bu görüş aşağıda belirtilen nedenlerle son derece yetersiz ve hatta sakıncalıdır.

Öncelikle, bir ulus içinde kültür eşit olarak dağılmaz: kültür bir ulus içinde hem sosyal olarak hem de psikolojik olarak dağılmıştır (Avruch 2003). Sosyal olarak dağılmasından kasıt, bir milleti oluşturan farklı sosyal ve ekonomik grupların farklı alt kültürleri olduğu gerçeğidir ve bu anlamda her millet çok kültürlüdür (Avruch 2003: 142). Kaldı ki, aynı kültürü paylaşan alt gruplar içinde bile kültür bütün bireyler arasında eşit dağılmamıştır (Avruch 2003: 142). Örneğin, aynı grubun üyeleri arasında kimileri grup sembollerine daha yoğun bir duygusal bağla bağlıyken; diğer üyeler aynı semboller karşısında farklı hissedebilmektedir. Kültürü sadece millet düzeyine indirgeyen görüşün bir diğer yetersizliği ise, organizasyon, bürokrasi veya profesyonel meslek grupları gibi diğer düzeylerdeki kültür oluşumlarını görmezden gelmesi ve teke indirgemeye çalışmasıdır. Oysa ki, kültürün farklı düzeyleri vardır ve grup normları ortaya çıktığı andan itibaren kültür de ortaya çıkar: ulusal kültür, profesyonel kültür (diplomasi, ordu, hukukçular) ve örgüt kültürü (bürokrasiler) bu düzeylerden bazılarıdır (Rubinstein 2003, 2008).

Özetle, çatışma çözme disiplini içinde çalışan antropologlar (örn. Avruch 1998, Rubinstein 2008, Ross 1995) kültürün siyaset bilimi içinde yukarıda bahsedildiği yaygın biçimiyle kullanılmasını eleştirmiş ve bunun yerine kültürün “psikolojik antropoloji” tarafından geliştirilen yaklaşım çerçevesinde ele alınması gerektiğini savunmuşlardır. Bu yeni yaklaşım çerçevesinde kültür, çatışma ve çatışma çözme

sürecini farklı şekillerde etkileyebilir.

Kültür her şeyden önce grupların bir çatışmayı nasıl algılayacağını ve tanımlayacağını şekillendirir. Aynı zamanda, kullanılan çatışma çözme yöntemlerinin nasıl algılanacağını ve uygulanacağını da şekillendirir. Örneğin, neyin adil sayılıp sayılmadığı bir gruptan diğerine farklılık gösteren bir değer yargısıdır. Adalet üzerine olan farklı değer yargıları bir çatışma çözme sürecinde sıkça kullanılan 'adil olma' standardının da bir kültürden diğerine değişiklik göstereceği anlamına gelir. Psiko-kültürel anlamıyla kültür ayrıca bireylerin çatışma içindeki davranışlarını anlamlandırmalarını sağlar. Bunların dışında çatışmaya nasıl yaklaşılması gerektiği ve çatışma çözme yöntemi olarak neyin kabul edilebilir olduğu konusundaki algımızı şekillendirerek bireylerin çatışma ve çatışma çözme içindeki davranışlarına meşruiyet kazandırmış olur.

Psiko-kültürel yaklaşımı benimseyen çatışma çözme yöntemleri ise tarafların çatışma sürecinde ortaya çıkmış olan karşılıklı ve yerleşik korkularını yenmelerini veya en azından bunların etkisini azaltmayı hedefler (Ross, 1995: 525). Bu süreç içinde taraflar birbirlerinin geçmişteki kayıplarını; bunların sonucu şimdiki zamanda ortaya çıkan paylaşılan imgeleri, korkuları anlamaya çalışıp bunlara yönelik olarak güveni yeniden inşa etmeye çalışır ve ortak uzlaşma arayışına girerler (Ross, 1995: 525).

2. ÇATIŞMA ÇÖZME LİTERATÜRÜNÜN KÜLTÜR KAVRAMINI ELE ALIŞ BIÇIMI

Kültür kavramı çatışma çözme literatürü içinde birkaç farklı şekilde ele alınmıştır. Aşağıda bu yaklaşımlar tek tek ele alınıp, her bir yaklaşım için örnekler sunulacaktır. Ancak, şunu söyleyebiliriz ki, genel olarak, kültür çatışma çözme literatüründe, tıpkı siyaset biliminde yaygın bir biçimde kullanıldığı gibi, bir grubun sahip olduğu değişmez özellikler anlamında kullanılmıştır. Buna ek olarak, genellikle sadece müzakere ve arabuluculuk süreçlerinin değerlendirilmesinde başvurulmuş; diğer çatışma çözme süreçlerindeki rolüne yeterince değinilmemiştir.

Kültürün çatışma çözme süreçlerine olan etkisi Avruch (1998) tarafından sosyal bilimlerde yaygın olarak kullanılan iki yaklaşım çerçevesinde değerlendirilmektedir: *emik* bir anlayış ekseninde kültüre eğilen çalışmalar, ve *etik* bir anlayış ekseninde kültüre eğilen çalışmalar. Bu yaklaşımlar metod temelinde birbirinden ayrılmaktadır. Emik yaklaşım kültürü tanımlarken incelenen kültüre özgü tanımlardan ve kavramlardan yola çıkan, yani idiosinkratik denilen ve tek bir kültüre odaklanan, yaklaşımdır (Sargut, 1994: 325). Araştırmacı emik bir araştırmada kendi tanımlarını ve kavramlarını tümdengelim yöntemiyle araştırmaya empoze etmez; tam tersine aşağıdan başlayarak (gözlemden ve gözlenilenden) yukarıya (soyuta ve kurama) ulaşan bir tanımlama ve kavramsallaştırma çabasına girer. Çatışma çözümüne emik yaklaşımı benimseyen çalışmalar, bu süreçler içinde o kültüre özgü çatışma

çözme kavramlarının özgün bağlamı içinde anlaşılmasını ve kullanılmasını uygun görür. Ayrıca, çatışma çözme süreçlerini tek bir kültür bağlamında anlamaya yönelik olarak çalışmalar sürdürür ve genellemelerden kaçınır.

Emik yaklaşımı benimseyip çatışma çözme literatürüne katkı yapan bir sürü çalışma var. Bunların içinde en bilinenlerinden biri John Paul Ledearch (1995) tarafından geliştirilmiş olan "keşfedici" olarak çevirebileceğimiz 'elicitive' yöntemidir. Ledearch (1995: 55) bir çatışma çözme sürecini uygulamaya başlamadan önce uygulamayı yaptığı kültürel bağlamı anlamaya çalışır, daha sonra bu bağlam içinde 'yerlilerin' kullandığı kavramların kendi uyguladığı çatışma çözme yöntemleri içinde nasıl kullanılabileceğini araştırır. Daha sonra o kültürde gerçekleştirdiği çatışma çözme müdahalelerinin ve eğitimlerinin çoğunda bu kavramları kullanır. Örneğin, Meksika'daki çalışmaları sırasında insanların çatışmayı tanımlamak için 'desmadre' yani 'öksüz' kavramını kullandıklarını keşfetmiş, bu metaforun onlar için ne anlama geldiğini ve bu algının çatışmaya bakış açısını ve önerilen çözümleri nasıl etkilediğini anlamış; daha sonra çatışma çözme süreçlerinde bu kavramı çözüme yönelik olarak kullanmıştır (Lederach, 1995: 76).

Emik yaklaşımın beslendiği felsefi görüş sosyal oluşumculuk (social constructivism) denen kurama dayalı olup; o kültüre özgü kavramların çatışma çözme sürecine dahil edilmesiyle bu süreçlerin katılımcıların gözünde daha fazla meşruiyet kazanacağını ve dolayısıyla daha fazla benimsenip uygulanacağını savunmaktadır. Emik yaklaşım kullanılarak kültüre bakılmasının çatışma çözme süreçlerini anlamak yolunda önemli katkısı bulunmaktadır. Örneğin, dünyanın başka bir yerinde geliştirilmiş olan bir müzakere veya arabuluculuk tekniğinin belli bir kültürde neden benimsenmediğini, veya sorunu çözmek için işe yaramadığını, anlamamıza yardımcı olur. Ayrıca, bu çalışmalar göstermektedir ki Batı'da yaygın olarak kullanılan bazı çatışma çözme yöntemleri spesifik bir kültür bağlamında anlamlı bir uygulamaya karşılık gelmemektedir.

Batı'daki çatışma çözme yöntemlerinin spesifik bir kültür bağlamında anlam uyumsuzluğuna yol açmasına bir örnek Orta Doğu'dan verilebilir. Arapça'da kullanılan 'sulh' ve 'musalaha' kavramları İngilizce'ye sırasıyla 'settlement' (anlaşmaya varma) ve 'reconciliation' (barışma/uzlaşma) olarak çevrilebilir. Ancak, bu süreçlerin içeriği ve onlara atfedilen anlamlar çok farklıdır ve 'musalaha' ile 'reconciliation' bu anlamda birbirinin karşılığı değildir. Mesela Batı'daki anlamıyla ve uygulamasıyla *reconciliation* bireyler arasında bir barışmayı kastederken, Arapça'daki *musalaha* kolektif bir barışmadır ve genellikle çatışmakta olan aşiretler arasında kullanılmıştır ve *jaha* adı verilen ve sadece cemaatin önde gelen üyelerinden seçilen arabulucular ile gerçekleşir (Irani 2000). Benzer bir örnek Nimet Beriker ve arkadaşları tarafından yapılan çalışmadan verilebilir (Beriker, Wall ve Wu, 2010; Köse ve Beriker, 2012). Bu çalışmalar, Batı'daki arabuluculuk kavramına yüklenen anlam ile Türkiye'de bu kavrama yüklenen anlam arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Yüklenen

farklı anlamlar ortaya çıkan pratiğin de farklı olmasını sağlamaktadır. Örneğin, Türkiye'deki geleneksel arabulucular (örn. köylerde kendilerine başvurulmuş akil insanlar, ulema) Batı'dakilere oranla daha sık ahlaki prensiplere atıf yapmaktadır. Ayrıca, Türkiye'deki arabulucular Batı'da yaygın olan 'tarafsızlık' ilkesinin aksine, arabuluculuk sürecini ihtilafli tarafları eğitmek ve onlara nasihat etmek için de kullanabilmektedirler.

Yine başka bir örnek, Orta Doğu'da Arap ülkelerinde sıkça karşımıza çıkan ve Arapça'da *wasta* olarak kullanılan kavrama ilişkin olarak sunulabilir. Arapça'da *wasta* (Türkçe'de vasıta ya da aracı denilebilir) arabuluculuk ya da üçüncü tarafların müdahale eylemi veya bunu yapan kişi anlamında kullanılır ve yine bu kişi toplumun veya aşiretin saygın bir kişisi veya delegasyonudur (Cunningham ve Sarayrah 1993: 1). Ancak, Batı'daki arabulucunun aksine, *wasta*'nın mutlaka tarafsız ve profesyonel olması gerekmemektedir. Batı'da bir arabulucuya meşruiyet sağlayan onun profesyonel mesleki donanımı, bir profesyonel kuruluş tarafından akredite edilmiş olması ve tarafsızlık ilkesine uyması iken; *wasta*'nın yaygın olarak kullanıldığı Arap ülkelerinde arabulucuya meşruiyet kazandıran bu kişinin toplumda saygın biri olarak görülüp görülmediği ve geniş aile veya aşiret gibi bir cemaati temsil edip etmediğidir (Cunningham ve Sarayrah 1993: 2). Ayrıca, Batı'da yasalarla ve yönetmeliklerle düzenlenen arabuluculuğun aksine, *wasta*'nın yerine getirdiği toplumsal fonksiyon gerçekleştirildiği bağlam ile değişiklik gösterebilmektedir. Bazı durumlarda, bir çatışmayı sonlandırmak için kullanılan arabuluculuk olabilirken, bir başka durumda bireylerin bürokrasi ile olan sorunlarına müdahale etme ve çözme (bir nevi ombudsmanlık) olarak kullanılmaktadır. *Wasta*'nın bu anlamını ve sosyal fonksiyonunu ancak emik bir yaklaşım ile ortaya çıkarılabiliriz; etik olarak, kendi bakış açımızı dayatarak yaklaşırsak bu kavram çok kolaylıkla 'rüşvet' olarak algılanabilir ya da adlandırılabilir.

Özet olarak *sulh*, *musalaha* ve *wasta* gibi çatışma çözme yöntemlerine bireylerce atfedilen anlam, sadece emik bir yaklaşım ile tamamen anlaşılabilir. Bu tür çalışmalar farklı kültürlerde çatışma çözme yöntemlerinin nasıl anlamlandırıldığını anlamamıza katkıda bulunmuştur. Bu yaklaşım, bir kültürü anlamayı kendi içinde belli başlı bir amaç olarak görür ve bir bağımlı değişkeni açıklayan herhangi bir bağımsız değişken olarak ele almaz. Ancak, tam da bu nedenle katkılarına rağmen emik yaklaşımlar bilimsel genellemeye izin vermediği için kuramsallaşmaya katkı yapmamakla eleştirilir.

3. ÇATIŞMA ÇÖZME SÜRECİNDE ETİK YAKLAŞIM

Avruch'a göre (1998: 63) kültürün çatışma çözme süreçlerindeki etkisini anlamak için kullanılan bir diğer sosyal bilim yaklaşımı etik yaklaşımdır. Etik anlayışla yapılan çalışmalar, kültürlerin bir çoğunu karşılaştırmalı olarak ele alır ve bunların sonucunda 'genellenebilir' ve soyutlanabilir bir kurama varmaya çalışır (Sargut,

1994: 325). Etik araştırmada kullanılan ölçütler araştırmacı tarafından belirlenir ve uygulanır (Avruch 1998: 65). Emik yaklaşımın aksine, araştırmacı soyut kuramdan veya kendi ölçütlerinden yola çıkar ve birden fazla olguyu gözleyerek ve karşılaştırarak kuramın genellenebilirliğini test eder.

Çatışma çözüme literatüründe bu yaklaşımı kullanarak kültürün rolünü incelemiş çalışmalar da mevcuttur. Etik yaklaşım, emik yaklaşımın aksine, kuramsal genellemelere ulaşmak ve çatışma çözüme yöntemleri konusunda kültürlerarası karşılaştırma yöntemi kullanması bakımından genelleme ve kuramsallaşma adına faydalıdır. Bu yaklaşımın yapılmış en bilinen çalışma Raymond Cohen'in, Hall ve Hall'un (1990) geliştirdiği kültürelarası iletişim kuramını uluslararası müzakereleri anlamaya yönelik olarak yaptığı çalışmadır. Cohen, Hall ve Hall'un öne sürdüğü, kültürlerdeki farklı iletişim biçimlerini ortaya koyan 'düşük yoğunluklu bağlam' (low context) ve 'yüksek yoğunluklu bağlam' (high context) kavramlarını; ve kültürlerin farklı zaman algılarını ortaya koyan 'polikronik' ve 'monokronik' kavramlarını uluslararası müzakerelere dilbilimsel bir analiz kullanarak uyarlamıştır. Kültürel farklılıkları anlamak için dilbiliminden faydalanılması gerektiğini, çünkü dilin sözcüklerin altında yatan bilişsel ve operasyonel mekanizmaları ve dolayısıyla kültürün bunlar üzerindeki etkisini de anlamamıza yardımcı olacağını savunmuştur (1996: 489). Bu anlamda, Cohen uluslar arası müzakere literatüründe psikolojik antropolojinin kurguladığı anlamda kültür kavramını kullananlardan biridir. Bu yaklaşımın İsrail-Mısır arasındaki müzakereleri dil kurgulaması, davranış ve taktik olarak incelemiş, ve müzakerelerin iletişim anlamında ciddi bir uyumsuzluk içerdiiğini öne sürmüştür. Bu müzakerelerde İsrail tarafı düşük yoğunluklu bağlam içeren bir iletişim biçimi ve monokronik bir zaman algısı sergilerken; Mısır temsilcileri yüksek yoğunluklu bağlam ve polikronik zaman algısı sergilemektedir. Bu farklı algılamalar müzakerelerde sorunlara yol açmıştır. Yüksek yoğunluklu iletişim biçiminde verilen mesajın içeriğinden çok, mesajın bağlamı önemlidir; mesajdan ne anlaşılması gerektiği bağlam içinde yer almakta, söylenen sözlerin ne olduğu o kadar da önemli değildir. Bu tür iletişim biçimi dolaylı olup, vücut dili aracılığıyla verilen mesajın önemi büyüktür. Kısacası, Türkçe'de sıkça kullandığımız 'kızım sana söylüyorum gelinim sen anla' veya ' oynamak istemeyen gelin yerim dar der' sözlerindeki dolaylı iletişim biçimine işaret eder. Öte yandan, düşük yoğunluklu iletişim biçiminde mesajın içeriği ile ne söylenmek istendiği aynıdır, mesaj doğrudan verilir. Kişinin söylediği ne ise, istediği de odur. Bağlam içinde anlamın çok azı saklıdır, anlamın çoğu doğrudan söylenen mesajın içindedir. Cohen (1997) yüksek yoğunluklu iletişim biçiminin daha çok kolletif kültürlerde; diğerinin ise bireysel kültürlerde yaygın olduğunu öne sürer. İlkinde iletişim karşı tarafla ilişki ve dostluk kurmak için kullanılır, ikincisinde ise bir mesajı açıkça iletmek için. Emik yaklaşımların aksine, Cohen'in kültürlerarası müzakere kapsamında geliştirdiği bu kuram bir çok farklı çatışmadaki müzakere sürecini değerlendirmek için kullanılabilen genel bir kuramdır.

Etik yaklaşımda kültür, çatışma çözme sürecini etkileyen bir bağımsız değişken olarak ele alınır. Bu anlamda müzakere sürecini etkileyen diğer kavramlar, örneğin güç gibi, hesaba katılması gereken bir başka değişkendir. Ancak, birçok emik çalışma gibi etik olarak geliştirilen kuramlar da Batı'da geliştirilen müzakere ve uyuşmazlık çözme yöntemlerinin oradaki kültürel anlamı da içinde barındırdığını, ve bu anlamda dünyanın her yanında uygulanmak üzere genel geçer doğrular olarak kullanılamayacağını gösterir (Cohen, 1993: 36).

Çatışma çözme literatüründe sıklıkla başvuru alan bir diğer etik yaklaşım Hofstede'nin çalışmalarına dayanır. Bu çalışmalarda Hofstede (2001), kültürler arasında beş özelliğe dayalı bir sınıflandırma yapmıştır. Bu sınıflandırmada ele alınan unsurlar: bireysellik derecesi, maskulinite, güç nedeniyle araya konan mesafe, belirsizliğe karşı olan tutum ve zaman algısıdır. Farklı kültürlerle farklı biçimlerde dağılmış olan bu özelliklerin müzakere sürecini nasıl etkilediği üzerine çalışmalar vardır (örneğin bakınız Thomson 2009: 261-264; Gelfand ve Realo, 1999). Hofstede'nin geliştirdiği kuram özellikle birçok ülkeyi karşılaştırması bakımından önemlidir. Bu karşılaştırma kültürün çatışma çözme üzerindeki rolünü anlamaya yönelik olarak kuramsallaşmaya katkıda bulunmuştur. Hofstede'nin kuramı ile ilgili önemli bir nokta genel kurama tümdengelim yöntemiyle ulaşılmış olmasıdır.

Buna alternatif olarak genel kurama tümevarım yöntemiyle ulaşan Gulliver'in (1979) çeşitli kültürleri karşılaştırıp müzakere aşamalarını ve biçimlerini tanımladığı çalışma gösterilebilir. Gulliver tarihsel-etnografik bir yöntem kullanarak bir müzakere kuramı ortaya atmıştır. Çalışmalarında her toplumda müzakerelerin olduğunu ve aynı aşamalardan geçerek gerçekleştiğini; ancak müzakerelere atfedilen anlamın, başvuru alan değerlerin, normların ve varsayımların kültürler arasında nasıl farklılık gösterdiğini anlatmıştır.

4. ÇATIŞMA ÇÖZME LİTERATÜRÜNDE ÜÇÜNCÜ YAKLAŞIM

Kültür kavramını dahil etmeyi amaçlayan etik ve emik yaklaşımların yanı sıra, kültüre değinen ama bu yaklaşımlara zıt bir üçüncü yaklaşımdan da bahsetmek mümkündür. Bu yaklaşım diğer iki yaklaşımın aksine kültürün müzakere sürecini fazla etkilemediğini öne sürer. Bunun nedeni olarak da müzakere sürecine dahil olan profesyonel müzakerecilerin veya arabulucuların zaten aynı kültürden geldiğini; o yüzden kültürel farklılıkların fazla etkisinin olmadığını iddia eder. Örneğin, Zartman (1993: 18) kültürün çatışma çözme ve özellikle uluslararası müzakeredeki rolüne ilişkin olarak totolojik, muğlak ve bağlantısız sıfatlarını kullanır. Zartman, kültür kavramının hep müzakerelerin neden başarısız olduğunu açıklamak için kullanıldığını ve bundaki payının da abartıldığını söylemiştir (1993: 18). Kültürün müzakerelerdeki rolünü totolojik olarak nitelemesinin nedeni, kültürün birey davranışını determinist bir biçimde açıkladığını ve sonuçta kalıpyargılar yarattığını düşünmesidir. Bu tür kalıpyargıların sanki uzlaşmaz ve birbiriyle hiç bir kesişim

noktası olmayan “Doğu” ve “Batı” gibi rastsal şekilde genel kategoriler yarattığını ve müzakereye olumsuz etki yaptığını savunur. Ayrıca, Zartman (1993: 19) kültürün etkisini muğlak olarak tanımlar, çünkü kültürün ne olduğu ve kültüre nasıl yaklaşılması gerektiği konusunda akademik bir konsensüs bulunmamaktadır. Oysa ki, Zartman’a göre globalleşen günümüz dünyasında ulusal farklılıklar çok belirgin olmamakla birlikte, müzakere, arabuluculuk veya ombudsmanlık kozmopolitan bir kültüre sahip olan profesyonellerce yürütülmektedir. Zartman son olarak kültürü “bağlantısız” olarak değerlendirir, çünkü aslında kültür adı altında yapılan çalışmaların müzakerelerle doğrudan bağlantılı olmayıp başka şeylerle özellikle de insan gruplarının müzakere dışı bağlamlardaki davranışlarıyla ilgili olduğunu söylemektedir.

Zartman’ın kültürün çatışma çözme süreçlerine etkisine ilişkin eleştirel bakışı literatüre birkaç önemli katkıda bulunmuştur. Aslında ilk bakışta Zartman kültürün çatışma çözme sürecindeki etkisini küçümsüyor veya göz ardı etmeye çalışıyor gibi görünse de, Zartman’ın bu çok eleştirilen tutumu kültür kavramının doğru bir şekilde ele alınışını sağlamak açısından etkili olmuştur. Öncelikle, Zartman’ın eleştirisi kültür kavramının ne kadar basit ve ilkel biçimiyle literatürde ele alındığını gözler önüne sermiştir. Yazının başında bahsettiğim gibi, kültür bir grubun sahip olduğu değişmez özellikler olarak ele alındığında tıpkı Zartman’ın dediği gibi kalıpyargıların güçlenmesine neden olabilir.

İkinci olarak, Zartman kültürün etkisinin abartıldığını söyleyerek kültür kavramının aslında yöntemsel olarak yeterince iyi biçimde ele alınmadığını göstermiştir. Var olan çalışmaların çoğu, kültürü müzakerenin başarısız sonuçlanmasına neden olan bir “başarısızlık” değişkeni olarak görürken, bu kavramın süreç içinde nasıl ele alınabileceğine yeterince değinmemiştir. Bu eleştiri, kültürün çatışma çözme sürecindeki diğer değişkenlerle beraber ve onlarla etkileşim içinde ele alınması gerektiğini ortaya koyarken; bunu yapmak için ne gibi yöntemsel araçlar kullanılabileceği konusunda da araştırmacıları düşünmeye sevk etmektedir.

Son olarak, Zartman’ın eleştirisi kültürün ulusal düzey dışında başka düzeylerin de olduğunu gözler önüne sermekte, ve araştırmacıları bu konuya eğilmeye teşvik etmektedir. Zartman, uluslararası diplomatların kültürel açıdan pek farklı olmadığını söylerken, aslında kültürün etkisi olmadığını söylüyor gibi görünse de, bunu şu şekilde okumak da mümkündür: Burada süreci etkileyen kültür ulusal düzeydeki kültür değil, profesyonel düzeydeki kültürdür. Hangi ülkeden gelirse gelsin diplomatların paylaştığı ortak bir profesyonel mesleki kültür vardır. Son yıllarda profesyonel/mesleki kültür konusuna yönelik olarak yapılan çalışmalar artmış, örneğin Rubinstein barış operasyonlarını kurum ve profesyonel/mesleki (örneğin ordu ve Sivil Toplum Kuruluşları kültürleri) kültür düzeyinde de ele almış; bu düzeyde kültürün süreci nasıl etkilediğini incelemiştir (Rubinstein 2008). Bu çalışmalar daha önce egemen olan, ve Hofstede’nin (1989: 194) iddia ettiği gibi kurum ve

profesyonel/mesleki düzeyde kültürün ulusal kültür kadar etkili olmadığı, çünkü kurumların paylaştığı ortak değer yargıları olmadığı mahiyetindeki görüşün de zayıflamasına neden olmuştur. Örneğin, bugün birçok çatışma durumunda faaliyet gösteren Birleşmiş Milletler, Sınır Tanımayan Doktorlar veya bir insan hakları izleme örgütü olan Human Rights Watch gibi kurumların sadece ortak sembolleri ve kendilerine özgü iletişim tarzları olmakla kalmayıp, bu kurumlarda çalışanların benimsediği ortak değer yargılarının da mevcut olduğundan söz edebiliriz. Hatta bu semboller, değer yargıları vb. bir çok barış ve insani operasyon sırasında farklı semboller, değer yargılarına vb. sahip kurumların çalışanlarıyla karşı karşıya geldiğinde çatışmaya neden olabilmektedir. Benzer şekilde arabuluculuk veya ombudsmanlık üzerine uzmanlaşan bir mesleki gruptan söz ediyorsak, onların ortak olarak paylaştıkları bir kültürden de bahsedebiliriz. Bu kültürel kodlar ve değer yargıları, bu kişilerin mesleki pratiklerine yansımaktadır.

Kurumsal ve profesyonel kültürlerin süreç üzerindeki etkisi kimi diplomatlarca da dile getirilmiştir. Örneğin, bir diplomat olan Lang (1993), bölgesel entegrasyon süreçlerinin hızlanması ile artık bölgesel düzeyde kültürden de bahsedebileceğimizi belirtmektedir. Ayrıca, epistemik (teknik bilgiye dayalı) toplulukların uluslararası müzakerelerde daha fazla rol almasıyla, örneğin çevre konusunda, belli meslek gruplarının profesyonel kültürlerinin müzakereleri daha fazla etkilediğini belirtmiştir.

Çatışma çözme literatüründe kültür kavramına olan genel yaklaşımlardan bahsettikten sonra, makalenin bir sonraki kısmında spesifik olarak hangi çatışma çözme süreçleri içinde kültüre yer ayrıldığına değineceğiz.

5. MÜZAKERE VE ARABULUCULUK SÜREÇLERİ İÇİNDE KÜLTÜR

Müzakere ve arabuluculuk süreçleri sıklıkla farklı kültürlerden kişileri bir araya getirdiği için, yukarıda da belirtildiği gibi kültür, genellikle bu süreçlerin sorunsuz yürütmesine ket vuran bir faktör olarak ele alınmıştır. Örneğin, ABD Barış Çalışmaları Enstitüsü (United States Institute of Peace) kültürün müzakere sürecine olan etkisini ele alan bir dizi çalışma yayımlamıştır. Bunların birçoğu maalesef yukarıda sözünü ettiğimiz biçimde, kültür kavramına yaklaşmış; Japon, Rus, Fransız, Arap müzakere tarzlarını sadece ulusal kültür düzeyinde ele alıp, kültürü ulusların homojen olarak sahip olduğu genel özellikler şeklinde tanımlamıştır. Bu çalışmalar sonucunda tahmin edilebileceği gibi şu tür çıkarımlar yaygındır: "Batılı müzakerecilerin Ruslarla müzakerelerde dikkate alması gereken unsurlar." (Schechter, 1998: 178) Örneğin, Rus müzakere biçimini anlatan ABD Barış Çalışmaları Enstitüsü tarafından yayımlanan bir kitapta müzakerecilerle şu tür öğütler verilmektedir: "Ruslarla müzakerelerde Ruslar'ın sorunları ve karşılaştıkları zorluklar konusunda anlayışlı olun, ama fazla da hassas davranmayın..... Sovyet müzakereciler sıklıkla 'sempati' oyunu oynayarak Amerikalıların suçluluk hissetmesini sağlamış ve tavizler kopar-

mıştır.” (Schechter, 1998: 178)

Yukarıdaki örnekte verildiği üzere, kültür kavramına bu şekilde yaklaşan çalışmaların sayısı oldukça fazladır. Bu yaklaşımın sorunlarından yukarıda bahsettik ama özetlemek gerekirse bu tür çalışmalar kültürü birtakım değişmeyen ulusal ya da etnik grup özelliği olarak ele alır ve basit ve gerçekten uzak bir biçimde deterministtir. Halbuki, önceki kısımda da belirttiğimiz gibi kültür ile davranış arasında bu şekilde doğrudan determinist bir ilişki kurulamaz; kültür toplum içinde hem sosyolojik hem de psikolojik olarak dağılmıştır. Alt grupları ve bireysel farklılıkları göz ardı ederek her Rus müzakerecinin aynı şekilde davranmasını beklemek zihnimizi kalıpyargılara teslim etmekten farklı değildir. Kültürün etkisi ancak psikolojik ve sosyal süreçler aracılığıyla var olur. Bu anlamda bu çalışmalar kültürün ulus-İçi farklılaşmasına ve dağılımına dikkat etmemektedir. Bu tür yaklaşım sıklıkla kalıpyargılara neden olabilmekte ve müzakere sürecini kolaylaştırmak yerine, önyargıları besleyerek sürece olumsuz katkı yapabilmektedir.

Kuşkusuz müzakere konusundaki tüm çalışmalar kalıpyargıları ön plana çıkarmamaktadır. Yukarıda Raymond Cohen’in çalışmasında olduğu gibi daha analitik bir yaklaşımı benisemeyen çalışmalar da vardır. Bu tür çalışmalara bir örnek daha vermek gerekirse Faure ve Rubin (1993: 228) tarafından kültürün müzakere ve arabuluculuk sürecindeki rolünü araştıran çalışma gösterilebilir. Faure ve Rubin, bu çalışmalarında kültürün sadece iletişimi etkileyen bir unsur olarak ele alınmaması; algı ve sosyal kimlik unsurlarıyla da yakından ilgili olduğunu söyleyerek iki önemli katkıda bulunmuşlardır. Birincisi, onlar da kültürün göz ardı edilen psiko-sosyal boyutuna eğiliminin gerekliliğini ortaya koymuşlardır. İkincisi, kültürün sadece müzakere sürecindeki iletişimi bozan bir değişken olarak ele alınmasının yetersizliğini; algıları şekillendiren ve sosyal (grup) kimlikten ayrı olarak düşünölemeyen bu kavramın tüm çatışma sürecini etkilediğine dikkat çekmişlerdir. Bir arabulucunun tarafların kültürel farklılıklarından kaynaklanan ve çatışmayı besleyen farklı algılarını aşması (örn. yerleşik düşman imgeleri ve semboller) müzakerelerde kültürden kaynaklanan iletişim güçlüklerinin aşılmasına kıyasla çok daha zordur.

Arbuluculuk süreci içinde kültür genellikle müzakere sürecine benzer bir biçimde ele alınmıştır. Birçok çalışma kültür kavramını alternatif uyumsuzluk çözümü sistemi kapsamındaki arabuluculuk vakalarında inceler (örn. Cloke 2005). Yaygın bir araştırma konusu arabulucunun kültürünün süreci nasıl etkilediği olmuştur. Bu da yine, Faure ve Rubin’in bahsettiği gibi sosyal kimlik olgusundan ve arabulucunun kimliğinin taraflarca algılanış biçiminden bağımsız olarak düşünölemez. Makalenin bir önceki kısmında da örneğini verdiğim bu tür çalışmalar, farklı kültürlerde arabuluculuğun yapılaş biçimleri üzerinde durur (örneğin Wall ve Blum 1991). Uluslararası arabuluculuk konusunda ise kültürü kapsamlı biçimde ele alan çalışmalar daha az sayıdadır (istisnalar için bakınız Cohen 1997, Faure ve Rubin 1993; Bercovitch and Elgstrom 2001; Wu and Cheng 2010).

Çatışma çözme literatüründe kültür genellikle müzakere ve arabuluculuk süreçleri içinde yukarıda tartıştığım şekilde ele alınmıştır. Müzakere ve arabuluculuk dışında başka çatışma çözme süreçleri içinde de (örn. Ombudsmanlık, sorun çözme çalıştayları, barış ve şiddetsizlik eğitimi vb) kültür önemli bir rol oynayabilir. Ne var ki, bu konulardaki çalışmalar oldukça yetersizdir.

SONUÇ

Kültürün çeşitli çatışma çözme süreçleri üzerindeki etkisi üzerine son yıllarda hızla gelişmekte olan bir literatür oluşmuştur. Bu literatüre, daha çok kültürün müzakere ve arabuluculuk süreçleri üzerindeki etkisini incelemiş; ombudsmanlık gibi diğer çatışma çözme süreçleri üzerindeki etkisine yeterinde değinilmemiştir. Oysa ki, çatışma çözme süreçlerinin hemen hepsi farklı kültürlerden bireylerin katılımıyla gerçekleşmekte ve çoğu diyalog bazlı bir etkileşime dayalıdır. Bu nedenle kültürün müzakere ve arabuluculuk dışındaki çatışma çözme süreçlerine etkisinin önümüzdeki yıllarda daha fazla araştırılması literatürün gelişmesi açısından önemli bir katkı sağlayacaktır.

Kültür üzerine olan literatürün önemli bir kısmı, bu kavramı genellikle çok basit ve adeta kalıp yargı düzeyinde ele almış; kültürü sadece bir ulusun sahip olduğu değişmez özellikler olarak görmüştür. Bu yaklaşım son yıllarda değişmeye başlasa da, kültür kavramını sadece ulusal düzeyde değişmez bir özellikler bütünü olarak ele alan çalışmalar halen yapılmaktadır. Bu yaklaşımlar kültürle davranış arasında determinist ve gerçekçi olmayan bir bağ kurmaktadır. Antropoloji ve Psikoloji alanlarında bu türden bir kültür anlayışı artık geçerliliğini kaybetmiş, ve bu disiplinler bu kültürü psikolojik süreçlerle bir arada düşünmeye başlamış olsa da, siyaset bilimi ve çatışma çözme alanlarında kültüre olan bu yeni yaklaşım ancak yeni yeni dile getirilmeye başlanmıştır. Bu anlamda, önümüzdeki yıllarda yapılacak olan akademik çalışmalar kültürü psikolojik ve sosyal süreçlerin bir parçası olarak görececek biçimde şekillenmeli ve oluşturulan kuramlar bu anlayışa dayanmalıdır. Ayrıca bu anlayışa dayalı bir kültür çalışması kamu denetçiliğini etkileyen kültürel dinamikleri anlamak için de hayata geçirilmelidir.

KAYNAKÇA

1. Avruch, K. (1998). Culture and Conflict Resolution. Washington, D.C., United States Institute of Peace Press.
2. Avruch, K. (2003) Culture, Conflict. S. Cheldelin, D. Druckman, ve L. Fast (der.) London ve New York: Continuum.
3. Bercovitch, J. ve O. Elgstrom (2001) Culture and International Mediation: Exploring Theoretical and Empirical Linkages, International Negotiation, 6: 3-23.

4. Chataway, Cynthia. (1998). "Track II Diplomacy: From a Track I Perspective" *Negotiation Journal*, July: 269-285.
5. Cloke, Kenneth. "The Culture of Mediation: Settlement vs. Resolution." *Beyond Intractability*. Eds.
6. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Research Consortium, University of Colorado, Boulder. Posted: December 2005
7. http://www.beyondintractability.org/essay/culture_of_mediation.
8. Cohen, R. (1993). An Advocate's View. *Culture and Negotiation: The Resolution of Water Disputes*. G. O.a. R. Faure, Jeffrey Z Rubin (der.) London, Sage Publications: 22-37.
9. Cohen, R. (1997). *Negotiating Across Cultures*. Washington, D.C., USIP Press.
10. Çuhadar, Esra (2009) "Çatışma Ortamlarında Üçüncü Şahısların Uzlaşma Amaçlı Müdahaleleri ve Çeşitleri," Beriker, Nimet (der.) Çatışmadan Uzlaşmaya: Kuramlar, Süreçler ve Uygulama. Bilgi Univ. Yayınları.
11. Cunningham, Robert B. & Yasin K. Sarayrah (1993). *Wasta: The Hidden Force in Middle Eastern Society*. Westport, CN: Praeger.
12. D'Andrade, Roy G. and Claudia Strauss. (1992) *Human Motives and Cultural Models*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
13. De Rivera, J. (2009) Teaching about culture of peace as an approach to peace education. Salomon, G. ve E. Cairns (der.) *Handbook on Peace Education*. New York: Psychology Press.
14. Ellis, D. ve Ifat Maoz 2003 A Communication and Cultural Codes Approach to Ethnonational Conflict, *International Journal of Conflict Management*, 14 (3-4).
15. Faure, G. O., Jeffrey Z. Rubin (1993). (der.) Lessons for Theory and Research. *Culture and Negotiation: The Resolution of Water Disputes*. London, Sage Publications: 209-231.
16. Fisher, R. J. (1997). *Interactive Conflict Resolution. Peacemaking in International Conflict*. W. a. L. R. Zartman. Washington, D.C., USIP Press: 239-272.
17. Gelfand, M. J. ve Realo, A. (1999). Individualism-collectivism and accountability in intergroup negotiations. *Journal of Applied Psychology*, 84 (5): 721-736.
18. Gulliver, P. H. (1979). *Disputes and Negotiations: A Cross-Cultural Perspective*. New York, Academic Press.
19. Hall, E. ve M. R. Hall. (1990). *Understanding Cultural Differences*. Yarmouth, Intercultural Press.
20. Hofstede, G. (1989) Cultural predictors of national negotiation styles". F. Mautner-Markhof (Der.), *Processes of International Negotiations*. Boulder, Colorado, Westview Press, 193-201.

21. Hofstede, G. (2001) *Culture's Consequences: Comparing Values, Behaviors, Institutions and Organizations Across Nations*, 2nd Edition. Thousand Oaks CA: Sage Publications.
22. Irani, George. (2000) "Rituals of Reconciliation: Arab-Islamic Perspectives." *Mind and Human Interaction* 11 (4) (2000): 226-45.
23. Köse, Talha ve Nimet Beriker. (2012). *Islamic Mediation in Turkey: The Role of Ulema*.
24. *Negotiation and Conflict Management Research*, Volume 5, Issue 2, pages 136–161.
25. Lang, W. (1993). A Professional's View. *Culture and Negotiation: The Resolution of Water Disputes*. G. O.a. R. Faure, Jeffrey Z. London, Sage Publications: 38-46.
26. Lederach, J. P. (1995). *Preparing for Peace: Conflict Transformation Across Cultures*. Syracuse, Syracuse University Press.
27. Ross, M. (1995). Psychocultural Interpretation Theory and Peacemaking in Ethnic Conflicts, *Political Psychology*, 16 (3): 523-544.
28. Rubinstein, Robert A. (2003). 'Cross-Cultural Considerations in Complex Peace Operations', *Negotiation Journal* 19(1): 29–49.
29. Rubinstein, R. (2008) *Peacekeeping Under Fire*. Boulder ve London: Paradigm Publishers.
30. Salomon, G. ve E. Cairns (2009). (der.) *Handbook on Peace Education*. New York: Psychology Press.
31. Sargut, Selami. (1994) Bireycilik ve Ortaklara Davranış ikileminde Yönetim ve Örgüt Kuramları, *A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 49 (1).
32. Schecter, J. (1998) *Russian Negotiating Behavior: Continuity and Transition*. Washington DC, USIP Press.
33. Thomson, Leigh. (2009) *The Mind and Heart of the Negotiator*. New Jersey, Prentice Hall (third edition).
34. Wall, J. A., ve Blum, M. E. (1991). Community mediation in the People's Republic of China. *Journal of Conflict Resolution*, 35, 3-20.
35. Wall, J. Jr., Nimet Beriker and Sharon Wu (2010) Turkish Community Mediation. *Journal of Applied Social Psychology*, Volume 40, Issue 8, pages 2019–2042.
36. Wu, Xiaohui (Anne) and Cheng (Jason) Qian. "Culture of China's Mediation in Regional and International Affairs." *Conflict Resolution Quarterly* 28, no. 1 (Forthcoming October 2010).
37. Zartman, W. (1993). A Sceptic's View. *Culture and Negotiation: The Resolution of Water Disputes*. G. O. a.R. Faure, Jeffrey Z. London, Sage Publications: 17-21.

CEZA MUHALEMESİNDE HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA HAKKINA İLİŞKİN ESASLAR

Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA⁽¹⁾

ÖZET

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının içeriğinde yer alan alt haklardan bir tanesidir. AİHS organları, "hakkaniyete uygun olarak yargılama" (fair hearing) kavramını adil yargılanma bakımından genel bir ilke olarak ele almış ve bu genel ilkeye dayanarak, AİHS'de açıkça belirtilmeyen bazı hakları da adil yargılanmanın bir gereği olarak ortaya koymuşlardır. Bunun dışında sözleşme organları, 6. maddede açıkça belirtilen hakların ihlal edildiği her durumda da, genel ilkenin (hakkaniyete uygun yargılanma hakkının) ihlal edilmiş olacağı kanaatini taşımaktadırlar. İctihatlar sonucunda kendisine böyle bir rol verilmiş olması, hakkaniyete uygun yargılanma hakkını, AİHS'nin 6. maddesinde yer alan diğer alt haklardan daha önemli kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, Ceza muhakemesi hukuku, Avrupa insan hakları sözleşmesi

BASIC PRINCIPLES REGARDING RIGHT TO A FAIR HEARING IN CRIMINAL PROCEDURE

Right to fair hearing is one of the sub-rights in the content of the right to fair trial. ECHR organs accept the concept of the "fair hearing" as a general principle regarding right to fair trial and infer some rights not expressly mentioned in the ECHR as based on this general principle. Also treaty bodies acknowledge that a violation of the rights set forth in Article 6 of the ECHR breach the general principle (the right to a fair hearing) in each case. As a result of case law given to itself such a role, the right to a fair hearing becomes more important than the other sub-rights in the content of the Article 6 of the Convention.

(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı

Key Words: Right to fair trial, Right to fair hearing, Criminal procedure law, European convention on human rights

GİRİŞ

Diğer muhakeme hukuku dallarında olduğu gibi, ceza muhakemesi hukuku alanında da adil bir yargılamanın söz konusu olabilmesi için bireylere tanınması gereken minimum haklar söz konusudur.⁽²⁾ Bu tür alt hakları güvenceye bağlayan torba nitelikli bir hak olan adil yargılanma hakkı, muhakeme hukuku alanındaki en merkezi hak olarak ifade edilebilir.⁽³⁾ Bu bağlamda bir muhakemede adil bir yargılamanın söz konusu olabilmesi, ancak adil yargılanma hakkının gereklerinin yerine getirilmesi sayesinde mümkün olacaktır. Aksi takdirde gerek tarafların gerekse de kamuoyunun yapılan yargılamalara güveni ve inancı sağlanamayacaktır.

Biz bu çalışmamızda, adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan alt haklardan olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkına ilişkin esasları, ceza muhakemesi bağlamında ele alma gayreti içerisinde olduk. Bunu yaparken de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS'nin) 6. maddesindeki düzenlemeler ışığında hareket ettik. Nitekim etkili bir denetim mekanizması olması sebebiyle, söz konusu uluslararası sözleşmenin son dönemde hukukumuz üzerindeki etkileri göz ardı edilemeyecek kadar büyüktür.

Genel adil yargılanma ilkesi olarak da ifade edilen hakkaniyete uygun yargılama kavramın içeriği, neden genel adil yargılanma ilkesi olarak ifade edildiği, hak kapsamına giren bazı alt hakların neler olduğu ve hakkın muhakeme hukuku bakımından önemi, çalışma içerisinde ele alacağımız temel başlıklardır. Ancak konuya giriş yapılmadan önce adil yargılanma hakkına ilişkin bir takım temel bilgilerin verilmesi de sistematik açıdan uygun görülmüştür. Bununla birlikte hakkaniyete uygun yargılanma hakkının içeriğinde yer alan alt hakların kullanımının, muhakemenin hangi aşamalarında ve ne şekilde ortaya çıkacağı çalışma içerisinde irdelenmeyecektir. Nitekim hakkaniyete uygun yargılanma hakkının içerisinde yer alan

(2) Nitekim ceza muhakemesinin amacı, insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeği araştırıp bulmak ve adaleti sağlamaktır. Cumhuriyet Halk Partisi, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.27

(3) Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m.6'nın muhakeme hukuku alanındaki en merkezi norm olduğu konusunda bkz. Werner BEULKE, **Strafprozessrecht**, C.F. Müller, Heidelberg 2005, s.6; Yine Ünver-Hakeri'ye göre, adil yargılanma ilkesi, tüm ceza muhakemesine hakim temel ilkedir. Yener ÜNVER-Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.14

çelişmeli muhakeme, silahların eşitliği, gerekçeli hüküm ve kanunyoluna başvuru hakkı gibi birçok alt hak, ayrı birer makale konusunu oluşturacak niteliktedirler. Dolayısıyla bunların bütününe etraflıca ele alınması da ancak bir monografinin konusunu oluşturabilir. Bu bağlamda biz bu çalışmada daha ziyade hakkaniyete uygun yargılanma hakkının terimsel ve kavramsal çerçevesini çizerek, AİHM tarafından ne şekilde ele alındığını belirleme gayretinde olduk. Bu nedenle de çalışmanın başlığını "hakkaniyete uygun yargılanma hakkına ilişkin esaslar" olarak belirledik. Bu şekilde bir çalışmanın da söz konusu hakkın esaslarını belirlemek bakımından faydalı olacağı kanaatindeyiz. Çalışma içerisinde doktrindeki farklı görüşlerden faydalanmak suretiyle, kendi görüşlerimizi neden-sonuç ilişkisi içerisinde ortaya koymak, temel çalışma yöntemimizi oluşturmaktadır.

1. GENEL OLARAK ADİL YARGILANMA HAKKI

1.1. Ceza Muhakemesi Bağlamında Kaynakları

Adil yargılanma kavramı, özellikle ikinci dünya savaşından sonra uluslararası metinlerde, 2000'li yılların başlarından itibaren ise iç hukuk düzenlemelerimizde sıklıkla vurgu yapılan bir kavram olmuştur. Bu bağlamda adil yargılanma hakkı, Anayasanın 36. maddesinde bireyin temel hakları arasında ifade edilmiştir. Bununla birlikte doktrinde Anayasanın 2. maddesinde hükme bağlanan hukuk devleti ilkesinin de adil yargılanma hakkını bünyesinde barındırdığı ifade edilmektedir.⁽⁴⁾

Kanun düzeyinde ise CMK'nın 160/2. maddesinde C. Savcısına *adil bir yargılamanın yapılabilmesi için* şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplama yükümlülüğü getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre muhakemenin amaçlarından birisi de adil bir yargılamanın yapılmasıdır ve C. Savcısına bu amaca yönelik olarak bir

(4) Bu bağlamda devletler, adil yargılanma hakkını, ya anayasalarının temel haklara ilişkin bölümünde ayrıca belirterek ya da hukuk devleti kavramını geniş yorumlayarak güvence altına almaktadırlar. Sibel İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s.1; Hukuk devleti kavramının ilk akla getirdiği çağırışım, genellikle devlet gücünün hukuk ile bağlılığıdır. Ancak sıklıkla unutulmuş bir husus vardır ki, o da hukuk devletinde kanun koyucunun kanun hazırlarken göz önünde bulundurması gereken belirli bir maddi içeriğin olduğudur. Özellikle ceza muhakemesi hukuku gibi kişisel hakların bazı zorunlu durumlarda sınırlandığı bir hukuk dalına ilişkin düzenlemelerde dikkat edilmesi gereken minimum garantiler vardır. Bu garantiler hukuk devleti ilkesine dayanır ve değişik ulusal hukuklarda farklı şekillerde ortaya çıkarlar. Bu garantilerin hiçbirisinin temel içeriği herhangi bir şekilde sınırlandırılmaz. Bernd HEINRICH, "Rechtstaatliche Mindestgarantien im Strafverfahren", **JURA**, 2003/3, s.167; Bu bağlamda diğer insan hakları gibi, adil yargılanma hakkının da hür, demokratik ve hukuka saygılı tüm rejimlerde güvence altına alınması bir zorunluluktur. Metin FEYZİOĞLU, **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, US-A Yayıncılık, Ankara 1998, s.2.

takım görevler yüklenmektedir.

Uluslararası alana gelince, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 10. maddesinde, Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 14. maddesinde, yine Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS'nin) ise 6. maddesinde, adil yargılanma hakkı bireylere tanınması gereken minimum haklar arasında sayılmıştır.

1.2. Terim

Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS'nin 6. maddesinin başlığının İngilizcesi "*right to a fair trial*"dır.⁽⁵⁾ Sözleşmenin Resmi Gazete'de yayınlanan ilk çevirisinde bu kavramın Türkçe karşılığı olarak *hakkaniyete uygun dinlenme* kavramı kullanılmıştır. Ancak bu kavram 6. maddede yer alan birçok haktan sadece birisini ifade etmektedir.⁽⁶⁾ Günümüzde devletin resmi kurumlarının internet sitelerinde yer alan çeviri metinlerde,⁽⁷⁾ daha önemlisi pozitif hukuk metinlerinde ve AİHM'nin resmi sitesindeki sözleşmenin Türkçe metninde, *adil yargılanma hakkı* terimi kullanılmaktadır.⁽⁸⁾

(5) Amerika'da ise fair trial kavramının karşılığı olarak genelde "due process" kavramına yer verilmektedir. Bu kavramın Amerikan Hukukunda ifade ettiği anlam ve içinde yer alan alt haklar için bkz. Nurullah KUNTER-Feridun YENİSEY-Ayşe NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s.27 vd.)

(6) RG. 19.03.1954, S.8662, **İNCEOĞLU**, s.2

(7) Örneğin, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/sozlesme.html> adresindeki metinde.

(8) AİHS m.6'nın Türkçe çevirisi şu şekildedir;

Madde 6: Adil yargılanma hakkı

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, **hakkaniyete uygun** ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para

Fair trial teriminin Türkçe karşılığı konusunda değişik birçok görüş vardır: Dönmezer, *dürüst yargılama*⁽⁹⁾; Gözübüyük-Gölcüklü, Versan, *adil yargılama*⁽¹⁰⁾; Akıllıoğlu, *doğru yargılama*⁽¹¹⁾; Aliefendioğlu, Doğru ve İnceoğlu, *adil yargılanma*⁽¹²⁾; Schoeder-Yenisey, hem *dürüst yargılanma* hem de İngilizce aslı *fair trial*⁽¹³⁾; Tezcan-Erdem-Sancakdar ise hem *adil yargılanma* hem de *dürüst yargılanma*⁽¹⁴⁾ terimlerini kullanmaktadırlar.

Kanaatimizce *fair trial* kavramının karşılığı olarak, m.6'daki güvenceleri içeren kurallara uygun, hile yapılmaksızın gerçekleştirilen bir muhakeme faaliyetini ifade eden "*adil muhakeme*" teriminin kullanılması daha uygun olurdu.⁽¹⁵⁾ Çünkü yapılan faaliyetin, m.6'daki güvenceleri içeren kurallara uygunluğunu ve bunları dürüst bir şekilde uygulanmasını "*adil*"⁽¹⁶⁾; iddia, savunma ve yargılama makamları tarafından

ödemeksizin yararlanmak.

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf>

(9) Sulhi DÖNMEZER, "Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri", **CMUK Sempozyumu**, Beta Yayınevi, İstanbul 1999, s.19 vd.; Adil ve dürüst yargılamanın birbirinden farklı kavramlar olduğu konusunda aynı yönde bkz. **ÜNVER-HAKERİ**, s.14

(10) A. Şeref GÖZÜBÜYÜK-Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.220; Rauf VERSAN, "Adil Yargılama Üzerine", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1990/1-2-3, s.123 vd.

(11) Tekin AKILLIOĞLU, **İnsan Hakları**, Ankara Üniversitesi SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s.49 ve 215

(12) Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açından Adil Yargılanma Hakkı", **Anayasa Yargısı 10**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1993, s.359; Osman DOĞRU, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı-International Human Rights Instruments**, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s.263; İnceoğlu ise, kavramın tam karşılığı olarak *hakkaniyete uygun yargılama* teriminin kullanılması gerektiğini savunmakta; ancak pratik kaygılar dolayısıyla *adil yargılama* terimini kullandığını söylemektedir. **İNCEOĞLU**, s.3;

(13) Friedrich-Christian SCHROEDER-FeridunYENİSEY, **Dürüst Yargılanma Hakkı**, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997.

(14) Durmuş TEZCAN-Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKTAR, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.303

(15) Veli Özer ÖZBEK-Mehmet Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAĞSIZ-İlker TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.58

(16) Dönmezer, bizim yukarıda ileri sürdüğümüzün aksine, adil kavramının hileye başvurulmaksızın yapılacak bir muhakemeyi ifade etmeyeceği kanaatindedir:

"Üzerine suç atılan kişinin dürüst yahut hakkaniyete uygun bir ceza davasına muhatap kılınmak hakkı nedir? Ben "dürüst yargılama hakkı" diyorum. Neden, "adil yargılama" demiyorum? Çünkü, adil yargılama, neticesi adalete uygun yargılama demektir. Neticesi adalete uygun hüküm, bir takım usulsüzlükler yapılarak da ede edilebilir. Kişiyi döver, doğruyu söyletirsiniz, buna göre de hükmü verirsiniz. Netice adil olur. Ama dürüst yargılama olmaz. Onun için dürüst yargılama sözcükleri tercih edilmelidir." **DÖNMEZER**, s.19

birlikte yapılan kolektif faaliyeti de “muhakeme”⁽¹⁷⁾ kavramları ifade etmektedir.

Ancak bu şekilde yeni bir terim önerisinin, bu kadar çok ve birbirinden farklı terimlerden oluşan gruba bir yenisini daha eklemekten başka bir faydası olmayacağı ve hatta terim sayısını arttırmak bakımından bilakis zararlı da olacağı kanaatiyle, Anayasa ve CMK’da kullanılan kanuni ifadeye bağlı kalmanın en doğrusu olacağını düşünüyoruz. Bu nedenle metin içerisinde kavrama ilişkin olarak pozitif hukuk metinlerinde olduğu üzere, *adil yargılanma* terimi kullanılmıştır.

1.3. Kavram

Toplum içerisinde işlenen her suç hem suçla korunan hukuki menfaatin hami-line hem de genel olarak topluma zarar vermektedir.⁽¹⁸⁾ Devlet temel bir fonksiyonunun gereği olarak, toplum içinde güvenliği sağlamak için suçlulukla mücadele etmek ve kamu düzeninin devamlılığını sağlamak zorundadır. Ancak, suçluların cezalandırılması için öngörülen bir faaliyet olan ceza muhakemesi gerçekleştirilirken, başta sanık olmak üzere muhakemeye katılan tüm bireylerin haklarına da saygı gösterilmelidir.⁽¹⁹⁾ Aksi takdirde, değişik nedenlere bağlı olarak, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması ve suçluların yakalanması için yürütülen faaliyetler, bireylerin haklarını suçtan daha fazla ihlal edip, toplu yaşama daha çok zarar verebilecektir.

(17) Yargılama sadece yargılama makamı tarafından yapılan bir faaliyettir. Oysa muhakeme iddia, savunma ve yargılama makamı tarafından yapılan kolektif faaliyeti ifade eden daha geniş bir kavramdır. Bu bağlamda ceza muhakemesinin tümünü ifade etmesi bakımından bu terimin kullanılması daha uygun olacaktır. Anayasamızda da sadece mahkeme veya hakim tarafından yapılan faaliyetler yargılama faaliyeti olarak adlandırılmaktadır (Any. m.138 vd.). Bu konuda bkz. Nur CENTEL-Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s.4; “Muhakeme hukukunu “yargılama hukuku” diye Türkçeleştirmek doğru değildir, çünkü yargılama kazanın Türkçesidir ve kaza, muhakemeyi oluşturan üç görevden, en önemlisi de olsa, yalnız biridir.” Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Nurullah KUNTER-Feridun YENİSEY, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s.7 vd.

(18) Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s.96

(19) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde sanık haklarının yanında mağdur haklarının güvenceye bağlanmaması olması bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir: Roma hukuku temeline dayanan hukuk sistemlerinde genelde kabul edildiği üzere, eğer ortada ceza mahkemesi tarafından verilmiş bir hüküm varsa, bu hükme konu olan fiilden zarar gören kimse, bu hükme dayanarak hukuk mahkemesine başvurup zararının maddi tazminini evleviyetle isteyebilir. Bu tür olaylarda komisyon özel hukuk davacısı kimsenin de ceza davasının yürüyüşüne ilişkin olarak yaptığı başvuruyu kabul etti. Ayrıca sözleşmenin 13. maddesi, sözleşme ile korunan temel haklarından birine müdahale edildiğini düşünen her bir bireye, ulusal mahkemeler önünde etkili bir şekilde bu iddiasını ileri sürme hakkı vermektedir. Kişi sözleşme ile korunan haklarına bir ceza davası ile (sırasında) müdahale edildiğini düşünebilir. Ancak şu ana kadar suçtan zarar gören kişilerin davaya ilişkin olarak kanun yoluna başvurma, dosya inceleme, hukuki dinlenme vs. gibi hakları sözleşme ile güvence altına alınmamıştır. Bundan sonra yapılacak ek protokollerle suçtan zarar görenin de bu haklardan faydalanması güvence altına alınmalıdır. Sözleşmenin 6. maddesi sadece sanığın haklarını güvence altına alarak suçtan zarar göreni korumasız bırakmıştır. Stefan TRECHSEL, “Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Strafrecht”, **ZStW**, 1989/4, s.826

Bu nedenle hukuk devleti suç ve suçlulukla insan hakları ihlallerine yol açmadan mücadele etmeli ve bu tür ihlaller oluşmaksızın maddi gerçeğe ulaşmalıdır.⁽²⁰⁾ İşte adil yargılanma hakkı, sanık bakımından yargılamanın uluslararası sözleşmelerle belgelenmiş ilkelere uygun bir şekilde yapılmasını ve onun haklarının korunmasını teminat altına alır.⁽²¹⁾

Adil yargılanma hakkı, ikinci dünya savaşından sonra gösterilen yoğun gayretler sonucu uluslararası düzeyde garanti altına alınmıştır.⁽²²⁾ İlk olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesinde açıkça ifade edilen adil yargılanma hakkının içeriği, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme, suçsuzluk karinesi ve yargılama öncesi garantiler düşüncesi etrafında şekillendirilmiştir. Her ne kadar herhangi bir denetim mekanizması olmasa ve sadece bir politik belge olma özelliği gösterse de, uluslararası alanda adil yargılanma hakkını ilk ortaya koyan belge olma özelliği bakımından evrensel bildirge büyük önem taşır. Nitekim evrensel bildirmede ilk olarak ortaya konulan bu hakkın içeriği, sonraki evrensel, bölgesel ve ulusal düzenlemelerde daha da geliştirilmiştir.⁽²³⁾ Bu bağlamda 1948'de, gerek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve gerekse Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Beyannamesi

(20) Bahri ÖZTÜRK, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s.3

(21) Boran Güneysu'ya göre, Adil yargılanma hakkının somut olarak ortaya çıktığı yer karardır (hükümdür). Nitekim yargılama ne kadar adil bir şekilde yürütülmüşse, adil ve doğru bir kararın (hükümün) ortaya çıkma ihtimali de o denli fazla olacaktır. Nilüfer BORAN GÜNEYSU, **Medeni Usul Hukukunda Karar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.46

(22) David HARRIS, "The Right To A Fair Trial In Criminal Proceedings As A Human Rights", **International and Comparative Law Quarterly**, 16, 1967, s.352

Bununla birlikte Adil yargılanma hakkının ilk nüvelerini, Baronlarla Kral John'un karşı karşıya gelmeleri sonucu imzalanan ve kralın yetkilerini yazılı şekilde kısıtlayan, 1215 tarihli Magna Charta'ya kadar dayandıranlar vardır. Magna Charta'yla halkta oluşan hakları için mücadele etme düşüncesi, zamanla Kıta Avrupa'sına ve göçlerle birlikte Amerika'ya da yayılarak adil yargılanma ve diğer hakların pozitif hukuka aktarılmasının temelini oluşturdu. Ronald BANASZAK SR., **Fair Trial Rights of Accused**, Greenwood Pres, London 2002, s.VII vd.

Bu bağlamda fair trial kavramının temelini, Anglo-sakson hukukundaki "due process of law" kavramı oluşturmaktadır. Bu kavram Fransız hukukundaki "proces de lei" teriminden kaynaklanmakta olup, Fransız hukukuna da 1354 yılında, 1215 tarihli Magna Charta'dan alınmıştır. Daha sonraları kavramın 17. yüzyılda hakim Edward Coke tarafından ele alınıp geliştirildiği görülmektedir. Friedrich-Christian SCHROEDER, "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999, s.4

Uluslararası sözleşmelerde ve hukuk metinlerinde yer almadan önce, adil yargılanma terimi, 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, Amerika'da bazı mahkeme kararlarında da görülmeye başlanmıştır. Danny J. BOGGS, "The Right to Fair Trial", **University of Chicago Legal Forum**, 1998, s.3

(23) Ana D. BOSTON, "The Right To A fair Trial: Balancing Safety and Civil Liberties", **Cardozo Journal of International and Comparative Law** - 12, 2004, s.2;

sinde temel bir insan hakkı olarak teyit edilen adil yargılanma hakkı, daha sonra Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi Taslağında da yer almıştır.⁽²⁴⁾ Gelişen süreçte bölgesel bir sözleşme olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de bu hakka anahtar bir rol verilmiştir. İnsan hakları alanındaki sözleşmelerdeki bu hareketlilikler dışında, Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri Statülerinde ve NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşmasında (1951) da adil yargılanma hakkı garanti altına alınmış ve bu terimle neyin kastedildiği ifade edilmiştir.⁽²⁵⁾

AİHS m.6'daki unsurlar ışığında adil yargılanma hakkına ilişkin bir tanım vermek gerekirse adil yargılanma; *bireyin, gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde, alevi ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkıdır.*⁽²⁶⁾

2. GENEL OLARAK HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA HAKKI

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında düzenleme altına alınan ve adil yargılanma hakkının içeriğinde yer alan alt haklardan bir tanesidir. Hakkaniyete uygun yargılanma kavramı, sözleşmenin İngilizce metninde *fair hearing* olarak geçmektedir. Bu ifadenin karşılığı olarak Türkçe'de hangi terimin kullanılması gerektiği yönünde, tıpkı adil yargılanma hakkı terimine ilişkin tartışmalarda olduğu üzere farklı görüşler vardır.⁽²⁷⁾

Kanaatimizce "fair hearing" teriminin bire bir Türkçe karşılığı olarak "adil dinleme"

(24) BM taslağı, daha sonra sözleşme haline dönüşüp imzaya açılınca, adil yargılanma hakkı da sözleşmedeki yerini almıştır.

(25) HARRIS, s.352

(26) Donay tarafından yapılan tanıma göre adil yargılama; yargılanmanın olanaklar ölçüsünde gerçekleri yansıtabilmesi için, uyumsuzluğun tarafları arasında fiili ve hukuki bir fark gözetmeksizin, iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapıldığı dürüst bir yargılamadır. Süheyl DONAY, **İnsan Hakları Açısından Saniğin Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s.41; Schroeder ise, yeterli müdafaa imkanları sağlanarak ve hile yapılmadan görülen davanın adil olduğunu kabul etmektedir. SCHROEDER, s.6

Uluslararası Af Örgütü'nün adil yargılanma hakkına ilişkin yayınında ise, adil bir yargılanmanın olabilmesi için gerekli olan tüm şartların, adil yargılanma hakkının içeriğini oluşturduğu kabul edilmektedir. ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılanma Hakkı**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s.101;

Birçok yazar da, adil yargılanma kurumunu tarif edilmesi güç bir prensip olarak nitelendirmekte ve bu ilkenin ideal şartları oluşturma mecburiyeti olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. SCHROEDER, s.10-11

(27) Sezin AKTEPE ARTIK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.339

veya “adil duruşma” terimleri kullanılabilir.⁽²⁸⁾ Buna karşın biz sözleşmenin resmi Türkçe çevirisinde *fair hearing* teriminin karşılığı olarak yer alan *hakkaniyete uygun yargılanma* ibaresini kullanmayı daha uygun buluyoruz. Nitekim hakkaniyete uygun olma, somut olay bakımından adaletin gerçekleşmesini ve yargılamanın adil olmasını ifade etmektedir.

AİHS organları, “hakkaniyete uygun olarak yargılama” (fair hearing) kavramını genel bir ilke olarak ele almış ve bu genel ilkeye dayanarak, AİHS’de açıkça belirtilmeyen bazı hakları da adil yargılanmanın bir gereği olarak ortaya koymuşlardır.⁽²⁹⁾ Bunun dışında sözleşme organları, 6. maddede açıkça belirtilen hakların ihlal edildiği her durumda da, genel ilkenin (hakkaniyete uygun yargılanma hakkının) ihlal edilmiş olacağı kanaatini taşımaktadırlar.⁽³⁰⁾

Bazı yazarlarca, sözleşme organlarının, 6. maddenin uygulanması bakımından, sadece maddede belirtilen haklarla sınırlı kalmayıp, genel prensipten hareketle maddede açıkça ifade edilmeyen diğer bazı sanık haklarını da ortaya koyması, AİHM içtihatlarının Avrupa’da insan haklarının korunmasına dair son yıllardaki en önemli katkısı olarak kabul edilmektedir.⁽³¹⁾

3. HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA HAKKININ KAPSAMI

Adil yargılanmaya ilişkin birçok hak ve ilke AİHS’nin 6. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, 6. maddede açıkça belirtilmeyen bazı haklar da, bu maddenin demokratik toplum ve hukuk devleti ilkeleriyle olan yakın ilişkisi nedeniyle, madde hükmüne zımnen dahil unsurlar olarak, AİHM tarafından geniş yorumla belirlenmiştir.⁽³²⁾ Nitekim 6. maddede kullanılan pek çok kavram yoruma açıktır ve bu hakkın demokratik toplumda işgal ettiği önemli yer,

(28) İnceoğlu, bire bir çevrilmesi halinde bu terimin Türkçe karşılığının “hakkaniyete uygun dinleme” olduğu kanaatindedir. Bkz. **İNCEOĞLU**, s.209

(29) Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma”, **AÜSBF Dergisi-İlhan Öztırak’a Armağan**, 1994/1-2, s.218; Gerek İngilizce gerekse Fransızca metinde hakkaniyete uygun yargılamanın karşılığı olarak kullanılan terimler oldukça dar kapsamlıdır. Ancak sözleşme organları bu dar terimleri çok önceden terk etmiş ve içtihatlar yoluyla adil yargılanmaya ilişkin temel ilkeyi geliştirmiştir. Robert ESSER, **Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht**, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2002, s.402

(30) **SCHROEDER**, s. 10 ve 14

(31) Bkz. **ESSER**, s.400

(32) **GÖLCÜKLÜ**, s.200 vd.; **AKTEPE ARTIK**, s.339

özellikle genel ilke olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkını da içeren birinci fıkrahükmününü daryorumuna engeldir.⁽³³⁾

Genel ilke haricinde, diğer bir takım hakların 6. maddede açıkça düzenlenmiş olması, adil yargılanma hakkının içeriğinin belirli ölçüde ortaya konulması ve muhakeme alanında önem arzeden hakların açıkça teminat altına alınması bakımından büyük yarar sağlamıştır. Ancak mevcut duruma bakıldığında ve sözleşme organlarının uygulamaları göz önüne alındığında, genel ilke olarak kabul gören hakkaniyete uygun yargılanma hakkı haricindeki diğer haklar açıkça belirtilmeseydi dahi, sözleşme organları genel ilkedен hareketle, bu hakların her birini ortaya koyacak ve bunlara aykırı uygulamaları da adil yargılanma hakkının ihlali sayacaktı. Bu itibarla 6. maddede yer alacak “herkes, medeni hak ve yükümlülüklerine ve cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin uyuşmazlıklarda hakkaniyete uygun yargılanma hakkına sahiptir” şeklindeki bir ibare bile, sözleşme organlarının bugüne kadarki kararlarını vermeleri bakımından yeterli olabilirdi. Ancak şunu tekrar vurgulamak isteriz ki, bu tespiti diğer hakların açıkça belirtilmesini gereksiz bulduğumuz için değil; sadece sözleşme organlarının genel ilkeyi ne şekilde ele aldıklarını net bir şekilde ortaya koymak bakımından yapmaktayız.

Mahkemenin fair trial kavramının doğasında olan ve onun ayrılmaz parçası olarak kabul ettiği bazı haklar şunlardır (rights inherent in the notion of fair trial).⁽³⁴⁾ Hükmün gerekçesi hakkında bilgilendirilme hakkı, mahkemenin kararına karşı kanun yoluna başvurabilmek için gerekli zamana ve imkana sahip olma hakkı⁽³⁵⁾, karşı tarafın görüş ve beyanlarından haberdar edilme hakkı ve mahkemenin genel ilkedен hareketle ortaya koyduğu birbirine sıkı sıkıya bağlı en önemli iki ilke olan çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliğine ilişkin haklardır.⁽³⁶⁾

(33) **İNCEOĞLU**, s.4 vd.

(34) **ESSER**, s.400 vd.

(35) Adli kararlara karşı bir üst makama gidebilme, yani kazai kontrolü harekete geçirme hakkı, kişinin çok önemli bir ihtiyacı ve teminatıdır. Bir üst makamın denetimine bağlanmamış bir hak arama yolu teminatsız ve yetersizdir. Hukuk devletinde, hukuk ve hukuki barış adına yanlış kararların yerine, maddi ve hukuki bakımdan doğru kararların konulması için gereken tedbirlerin alınması zorunludur. Turhan Tufan YÜCE, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları**, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1968, s.69

(36) Çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği birbiriyle yakından ilişkili, ancak farklı ilkelere. Bunlardan birinin ihlal edilmiş olması her zaman için diğerinin de ihlal edildiği anlamına gelmez. AlHM de Niderost ve Huber / İsviçre davasında, genel adil yargılanma ilkesi (hakkaniyete uygun yargılanma hakkı) kapsamında, silahlarda

4. AİHS m.6'NİN FIKRALARI ARASINDAKİ İLİŞKİ BAĞLAMINDA HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA HAKKININ ÖNEMİ

AİHS'nin 6. maddesine son halinin verilmişinden günümüze kadar geçen süreçte en çok tartışılan konulardan birisi, bu maddenin 2. ve 3. fıkralarının 1. fıkradaki genel ilkeyle (hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla) olan ilişkisi olmuştur. AİHM verdiği kararlarda net bir şekilde bu ilişkiyi ortaya koymaktan kaçınmaktadır.⁽³⁷⁾ İlk fıkrada adil yargılanma hakkına ilişkin genel ilke düzenlenirken; 2. ve 3. fıkrada ise 1. fıkradaki genel ilkenin özel uygulanma biçimleri belirlenmiştir. Yani bu fıkralarda yer alan haklar genel kuralı düzenleyen 1. fıkranın uzantısı, bir başka deyişle doğal sonucudur.⁽³⁸⁾ Sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasında her sanığın *en azından* bu haklara sahip olduğu vurgulanmıştır. Buradan anlaşıldığına göre adil yargılanma hakkı, sadece 3. fıkrada belirtilen haklarla sınırlı değildir. 1. fıkradaki genel ilkenin kapsamı çok daha geniştir ve bu fıkra 3. fıkrada yer almayan bazı hakları da içine alan genel bir çerçeve niteliğindedir. Aynı ilişki genel ilke ile 2. fıkra arasında da geçerlidir. Dolayısıyla sözleşmenin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan haklara aykırılık olmasa dahi, 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edilmiş olması mümkündür. 2. ve 3. fıkraların ihlal edilmiş olması ise, kural olarak, aynı zamanda 1. fıkranın da ihlal edildiği anlamını taşır.⁽³⁹⁾

1. fıkrada hem medeni hem de cezai uyuşmazlıklara ilişkin davalarda bireylerle tanınması gereken haklar yer alırken, ikinci ve üçüncü fıkralar sadece ceza davaları bakımından sanığa tanınması gereken bir takım hakları düzenlemektedirler. 2. ve

eşitliğe aykırılık olmadığına; ancak çelişmeli yargılanmanın ihlali olduğuna dair bir karar vermiştir. Nitekim ilgili davada, muhakeme bakımından önemli bir belge davanın her iki tarafına da sunulmamıştı. Nideröst ve Huber / İsviçre; Başvuru no: 18990/91 Karar tarihi: 18.02.1997 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

(37) SCHROEDER, s.12

(38) İNCEOĞLU, s.5-6

(39) SCHROEDER, s.12 vd.; Bu bağlamda bir örnek vermek gerekirse, AİHS m.6 /3/d'de tanıklara soru sorma ve iddia makamı ile eşit koşullarda tanık dinletebilme hakkı açıkça vurgulanmıştır. Ancak tanıklar dışındaki diğer deliller bakımından açık bir düzenleme sözleşmede yer almamaktadır. AİHM ise tanıklar dışındaki diğer delillerin eşit koşullarda ortaya konulmasında veya test edilmesinde bir sorun gördüğünde, m.6/1'deki genel ilkenin (hakkaniyete uygun yargılanma hakkının) ihlalinin karar vermekte; tanıklara ilişkin benzer sorunlar tespit ettiğinde ise hem m.6/3'ün hem de m.6/1'in ihlaline hükmetmektedir. Bu konuda bkz. Bönish / Avusturya; Başvuru no: 8658/79 Karar tarihi: 06.05.1985 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

3. fıkradaki güvenceler her ne kadar sanık için öngörölmüş olsalar da gerektiğinde *mutalis mutandis* olarak medeni uyuşmazlıklara ilişkin olarak da uygulanabilecektir.⁽⁴⁰⁾ Mahkeme içtihatlarında da bu yönde kararlar bulunmakta ve mahkeme medeni muhakemeye ilişkin uyuşmazlıklarda da 2. ve 3. fıkra düzenlemelerine atıfla kararverebilmektedir.⁽⁴¹⁾

Schroeder, 6. maddenin 2. ve 3. fıkrasında yer alan hakların adil yargılanma kurumunun çekirdeğini oluşturduğu; 1. fıkranın ise kesin bir şekilde belirlenmiş bu alan dışındaki hususları kapsadığı kanaatindedir. Federal Alman Yargıtay'ı da, benzer bir mantıkla, AİHM'nin aksine, önce 6. maddenin 2. ve 3. fıkralarındaki hakların ihlal edilip edilmediğini denetlemekte; bunların ihlal edilmediğine kanaat getirdikten sonra 6. maddenin 1. fıkrasındaki genel adil yargılanma ilkesinin ihlal edilip edilmediğini incelemektedir.⁽⁴²⁾

Özellikle AİHM'nin bu hakka dayalı olarak sözleşmede açıkça ifade edilmeyen hakları da adil yargılanmanın bir gereği olarak kabul etmesi, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının muhakeme hukuku alanındaki önemini son derece arttırmıştır. Nitekim genel ilke olarak kabul edilen bu hak, adil yargılanma hakkının kapsamının içtihatlarla geniş yorumlanması bakımından hayati bir rol oynamaktadır. Bu durum söz konusu hakkı, adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer alt haklardan bir adım daha öne çıkarmaktadır.

SONUÇ

Adil yargılanma hakkı, birçok yazar tarafından ifade edildiği üzere muhakeme hukuku alanındaki merkezi bir haktır. Bu nedenle adil bir muhakemenin söz konusu olabilmesi, ancak adil yargılanma hakkının gereklerinin yerine getirilmesi sayesinde mümkün olabilecektir. Hukukumuz bakımından adil yargılanma hakkının en önemli dayanağı Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesidir. Bununla birlikte yine anayasanın 36. maddesinde, Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası sözleşmelerde ve bir takım kanuni düzenlemelerde de bu hakkın açıkça ifade edildiği görölmektedir.

(40) **İNCEOĞLU**, s.6

(41) **GÖLCÜKLÜ**, s.201

(42) **SCHROEDER**, s.14

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla adil yargılanma hakkının içeriğinde yer alan alt haklardan bir tanesidir. AİHS organları, "hakkaniyete uygun olarak yargılama" (fair hearing) kavramını genel bir ilke olarak ele almış ve bu genel ilkeye dayanarak, AİHS'de açıkça belirtilmeyen bazı hakları da adil yargılanmanın bir gereği olarak ortaya koymuşlardır. Bunun dışında sözleşme organları, 6. maddede açıkça belirtilen hakların ihlal edildiği her durumda da, genel ilkenin (hakkaniyete uygun yargılanma hakkının) ihlal edilmiş olacağı kanaatini taşımaktadırlar.

Hükmün gerekçesi hakkında bilgilendirilme hakkı, mahkemenin kararına karşı kanun yoluna başvurabilmek için gerekli zamana ve imkana sahip olma hakkı, karşı tarafın görüş ve beyanlarından haberdar edilme hakkı, çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliğine ilişkin haklar, mahkemenin hakkaniyete uygun yargılanma hakkının içeriğinde yer aldığını kabul ettiği haklara örnek olarak verilebilirler. Bu bağlamda adil yargılanma hakkı nasıl içeriğinde bir çok alt hakkı toplayan torba nitelikli bir hak ise, adil yargılanma hakkı kapsamındaki alt haklardan olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı da bünyesinde birçok farklı alt hakkı barındırmaktadır.

Sözleşme organlarının, 6. maddenin uygulanması bakımından, sadece maddede belirtilen haklarla sınırlı kalmayıp, genel prensip olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkından hareketle, maddede açıkça ifade edilmeyen diğer bazı sanık haklarını da ortaya koyması, AİHM içtihatlarının Avrupa'da insan haklarının korunmasına dair son yıllardaki en önemli katkısı olarak kabul edilmektedir. İchtihatlar sonucunda kendisine böyle bir rol verilmiş olması, hakkaniyete uygun yargılanma hakkını, AİHS'nin 6. maddesinde yer alan diğer alt haklardan bir adım daha fazla öne çıkarmaktadır.

KAYNAKÇA

1. AKILLIOĞLU, Tekin. **İnsan Hakları**, Ankara Üniversitesi SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995.
2. AKTEPE ARTIK, Sezin. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.

3. ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açıdan Adil Yargılanma Hakkı", **Anayasa Yargısı** 10, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1993.
4. BANASZAK SR. Ronald. **Fair Trial Rights of Accused**, Greenwood Pres, London 2002.
5. BEULKE, Werner. **Strafprozessrecht**, C.F. Müller, Heidelberg 2005.
6. BOOGS, Danny J. "The Right to Fair Trial", **University of Chicago Legal Forum**, 1998.
7. BORAN GÜNEYSU, Nilüfer. **Medeni Usul Hukukunda Karar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
8. BOSTON, Ana D. "The Right To A fair Trial: Balancing Safety and Civil Liberties", **Cardozo Journal of International and Comparative Law** - 12, 2004.
9. CENTEL, Nur-Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
10. DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı-International Human Rights Instruments**, Beta Yayınları, İstanbul 1998.
11. DONAY, Süheyl. **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982.
12. DÖNMEZER, Sulhi. "Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri", **CMUK Sempozyumu**, Beta Yayınevi, İstanbul 1999.
13. ESSER, Robert. **Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht**, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2002.
14. FEYZİOĞLU, Metin. **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, US-A Yayıncılık, Ankara 1998.
15. GÖLCÜKLÜ, Feyyaz. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma", **AÜSBF Dergisi-İlhan Öztirak'a Armağan**, 1994/1-2.
16. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
17. HARRIS, David. "The Right To A Fair Trial In Criminal Proceedings As A Human Rights", **International and Comparative Law Quarterly**, 16, 1967.
18. HEINRICH, Bernd. "Rechtstaatliche Mindestgarantien im Strafverfahren", **JURA**, 2003/3.
19. <http://ihami.anadolu.edu.tr>
20. İNCEOĞLU, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2002.
21. KUNTER, Nurullah-Feridun YENİSEY, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2000.

22. KUNTER, Nurullah-Feridun YENİSEY-Ayşe NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006.
23. ÖZBEK, Veli Özer-Mehmet Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAĞSIZ-İlker TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.
24. ÖZTÜRK, Bahri. **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995.
25. SCHROEDER, Friedrich-Christian -Feridun YENİSEY, **Dürüst Yargılanma Hakkı**, Alkim Yayınevi, İstanbul 1997.
26. SCHROEDER, Friedrich-Christian. "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999.
27. ŞAHİN, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014
28. TEZCAN, Durmuş-Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKTAR, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
29. TOROSLU, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.
30. TRECHSEL, Stefan. "Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Strafrecht", **ZStW**, 1989/4.
31. ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılanma Hakkı**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000.
32. ÜNVER, Yener-Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014
33. VERSAN, Rauf. "Adil Yargılama Üzerine", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1990/1-2-3.
34. YÜCE, Turhan Tufan. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları**, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1968.



Kavaklıdere Mah. Nevzat Tandoğan Cad.
No: 4 Çankaya / ANKARA
T: (312) 465 22 00 F: (312) 465 22 65
www.ombudsman.gov.tr