

Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri^(*)

Hilmi ŞEKER^(**)

Giriş:

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

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

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

Gerekçe kavramı; tarih sahnesine ilk olarak insanoğlunun kendini ve dış dünyadaki olup biteni sorguladığı dönem-

lerde çıkar ve kendi kusuru ile düştüğü kısıtlılık durumundan kurtulmak için uğraş verdiği⁽¹⁾ aydınlanma döneminde de önem kazanmaya başlar. Günümüzde davaların mahkeme salonunun dört duvarı arasında kalmadığı, dünyanın gözü ve kulakları önünde yer aldığı ve gelecekteki etkileri düşünüldüğünde, gerekçenin insan haklarının korunmasında uluslararası bir cazibenin odağında bulunma özelliğini giderek güçlendireceğe benziyor.

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

İnsanın kamusal alanda 'değer' haline gelmesi, bu değere yönelik ihlallerin yaptırma dönüştürülmesi, hak arama özgürlüğünün tanınması ile birlikte 'yargısal korunmanın' sistemin özüne yerleştirilmesi, korumanın tam ve güvenli

işleyebilmesi için yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesine ilişkin önlemlerin alınması, mahkeme kararlarının bağlayıcılığının sağlanması⁽²⁾, yargıcın taraf-sızlığı ve nesnelliği, bir dava konusunun nesnel ve hukuksal olarak aydınlatılması, yargılama usulüne bağlılık, yargıcın temellendirme ve gerekçe görevi⁽³⁾ bu dönemde ve hukuk devletinde yaşam bulmuşlardır.

Kurgulanan bu düzende yargıç, son sözün söylenmesi ve hukukun ne olduğunun dile getirilmesi⁽⁴⁾ gibi olağanüstü bir misyonun taşıyıcısı olup, edimini yerine getirebilecek nicelik ve nitelikte yargısal araçlarla da donatılmıştır. Hukukun adalete dönüştürülmesinde; yargıç bağımsızlığı ile güvencesi, dava konusunun nesnel ve hukuksal olarak aydınlatılması ile temellendirme ve gerekçe görevinin başatlığına vurgu yapılarak, adli kararda hukuk devletinin gereği ve adalet arayışının karşılığı olarak⁽⁵⁾ doğru, yasal ve haklı bir kanıtlayıcı ve gerekçelendirme zorunlu görülmüştür.

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

yönelik anlayış ve çabaların ortak görünüm biçimlerindedir.

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

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

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

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

(4) Mustafa Kutlu, a.g.e., s.130

(5) Kutlu, a.g.e.

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

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

(**) Yargıç, Çarşamba, Samsun

(1) Immanuel Kant, Aydınlanma nedir? Sorusuna Yanıt, çeviren Nejat Bozkurt, Yazko Felsefe Yazıları Sayı:6

prensiplerine değinilerek, çalışma öneri ve katkıları sonlandırılacaktır.

Birinci Kısım

I- Gerekçenin yürürlükteki hukukta görünüm biçimleri

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

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

Buradan hareketle ifade edilebilir ki; Anayasamız bazı anayasalardan farklı olarak yargı kararlarının gerekçeli olmasını ilke edinmekle birlikte bazı istisnai durumlarda da gerekçe zorunluluğu aramamaktadır. Söz konusu bu ayrık hallere yasa hükümleri ve yargısal kararlar kaynaklı yapılmaktadır.

A) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Gerekçe

A. İ. H. S. si A. Y. 'nın 90. maddesindeki yasalama prosedürünü tamamlamakla artık iç hukuktaki yerini almıştır. Sözleşme normlarının anayasa ile hiyerarşi ilişkisi konusunda öğretide fikir birliği olmamasına rağmen⁽⁷⁾, sözleşme

normlarının uygulanması önünde kural olarak herhangi bir engelin kalmadığı tartışmasızdır. Anayasanın eksenini oluşturan insan haklarına saygı ilkesi A. İ. H. S. 'i ile birlikte bütün uluslar arası insan hakları normlarına anayasal değer atfetmektedir. Dolayısı ile sözleşmenin ulusal hukuk kurallarına üstün olduğu ve yargı yerlerince özellikle ve öncelikle uygulanması gerektiği⁽⁸⁾ bilinmelidir.

A. İ. H. S bir yandan insan haklarının sürekli ve kalıcı olmasının olanaklarını araştırmak öte yandan giderek farklılaşan ihlallerin ortadan kaldırılmasına yönelik önlemleri geliştirmeyi hedeflemekle "yaşayan bir belge" konumundadır. Mahkeme sözleşmenin hedeflediği bu amacı önemli ölçüde, bakmakta olduğu davalarda sözleşme normlarını ve uyuşmazlık konusunu yorumlayarak gerçekleştirmektedir. Mahkeme böylelikle erekbilimsel ve evrimci yorum yöntemlerini kullanarak, sözleşmenin toplumsal değişime uyarlanmasını pre-toryen bir biçimde gerçekleştirmektedir. Bu geleceğe yönelik içtihat divanı, sadece yürürlükteki hukuku beyan etmekle kalmamakta, yarının hukukunu yaratma yükümlülüğü onu yasa koyucuya da yakınlaşmaktadır. Mahkeme kısaca sözleşmede yer alan hakların sadece savunulmasını değil onların geliştirilmesini de sağlamayı anlamakta, bunun içinde dinamik yorum yöntemini uygulamaktadır.⁽⁹⁾

Mahkeme güvence altına alınan hakları, devletlerin genel uygulamasına sık sık başvurarak yorumlayıp tanımlamakla birlikte "özerk kavramlar" anlayışını

da geliştirmiştir. Bu kavramlar, davalı devletin iç hukukuna basit bir başvuru ile yorumlanamazlar; bütün üye devletler için geçerli bir "Avrupa anlamına" sahiptirler. Bununla Mahkeme Jürisprüdansını Avrupalılaştırmak ve bir hak ve özgürlükler "Avrupa Yargı düzeni" kurmak amacına yönelmekte, bununla da tutarlılığını ve gücünü pekiştirmek istemektedir. Böylelikle mahkeme, kullandığı yorum yöntemleri ve hukukun genel ilkeleri ile ortak bir Avrupa koruma standardı yaratmaktadır.⁽¹⁰⁾

Sözleşmenin başlangıç kısmında yer alan demokratik bir toplumda "Hukukun üstünlüğünü" sağlama erekselliği, Mahkemeye göre "sözleşmeyi bir bütün olarak esinler". Hukukun üstünlüğü ilkesi öncelikle 'hukuk hakkının' güvence altına alınmasını gerektirir. Hukuksal güvenlik, iç hukuk kuralının ulaşılabilir olması, açık olması ve öngörülebilir olmasını ifade eder. Sonra, özgürlük ve güvenlik hakkı hukukun üstünlüğü ile bağıttır. Nihayet hukukun üstünlüğü, yargıca ulaşabilme ve Avrupa hukuk anlamında "adil yargılanma hakkını" kapsar.⁽¹¹⁾

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

ni usulü adalete dönüştürmektir. Gerekçeli karar hakkı da enstrüman kimliği ile aynı misyonun temsilciliğini üstlenerek, toplumun kendi varlığına yönelmiş evlatlarının adil ve rasyonel bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır.

Gerekçeli karar alma hakkı; sözleşmenin 6/1 maddesinde açıkça yer almakla birlikte bu madde metninin yorumu ile edinilmiş, örtülü ancak mutlak olmayan ve gerek yargı organının gerekse yargılama konusunun özelliğine göre istisnalara maruz kalabilecek haklardandır. Başka bir ifade ile Strazburg yargı kararları hem gerekçeli karar hakkına kaynaklık yapmakta, hem de bu hakkın niteliğini, kapsamını ve hatta etkinliğini sağlamada belirleyici bir işlev üstlenmektedir.

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

Ancak bu diyalog kurulurken, içtihatların bire bir alınıp uygulanması yerine bunların temelindeki ilke ve ereğin esas alınarak çıkarımlarda bulunulması yargıcın bir "içtihat otomati"⁽¹³⁾ olmasını da önleyecektir. Aksi olasılıkta, yargıcın norm ve olayı değerlendirme alanındaki

(7) "Öğretinin bir kısmı İ.H.A.S.'ne anayasal yada en azından yasa üstü bir değer tanımaktadır. Buna karşılık, sözleşmeyi olağan kanun gücünde kabul eden görüş baskındır." B.k.z., İ.Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 3. baskı, Mart 1996, İst., s. 123

(8) Kaboğlu, a.g.e., s. 123

(9) Kaboğlu, a.g.e., s. 119

(10) Kaboğlu, a.g.e., s. 119-120

(11) Kaboğlu, a.g.e., s. 120-121

(12) Kaboğlu, a.g.e., s. 125

(13) Bu deyim sayın Mithat Sancar'dan alınmıştır.

hakimiyeti içtihatların lafzı ile sınırlanmış olunacaktır. Belirtilen bu anlama ve anlamlandırma etkinliğinde başarı; felsefe, sosyoloji ve yorum öğretisi hakkında asgari birikimi zorunlu kılar. Böylelikle içtihat hukukunda zikredilen kavram ve kurumların "Avrupa anlamlarının" saptanmasında, felsefi ve sosyolojik argümanların destek ve katkıları da sağlanmış olacaktır.

Saptayabildiğimiz kadarı ile gerekçeli karar ilkesi, öncelikle (a fortiori) ceza hukuku alanında uygulanmakla birlikte, gerekçeli karar hakkının sadece sanıklar için bir güvence olmadığı aynı zamanda hukuk davalarında da geçerli bir ilke olduğu vurgulanarak, iç hukuktaki uygulama kapsamı da belirlenmiştir.⁽¹⁴⁾ Avrupa pratiğinde; gerekçeli kararın niteliğine ilişkin içtihatlarda bir artma eğilimine rastlanmakla birlikte, bu portföyün öğretiyeye oranla çeşitlilikten ve gerekçenin işlevini açıklamaktan uzak olduğu, bunun da mahkemeye intikal eden ihlallerin niteliği ile açıklanabileceğini söyleyebiliriz. Söz konusu bu içtihatların küçük farklılıklar bir yana içerik itibarı ile Türk hukuk sistemi ve öğretideki gerekçeli karar kavramı ile büyük ölçüde örtüştüğü de dikkate değerdir.

Bu sav, Strazburg Mahkemesi İçtihatlarının gerekçeli karar hakkına aykırılık teşkil eden ve etmeyen (ihlale neden olan ve olmayan) durumlar şeklinde ikili bir ayırma tabi tutularak irdelenmesi ile temellendirilmiş olunacaktır. Söz konusu bu belirlemelere kaynaklık

edenler ise Van De Hurk/Hollanda, Ruiz Torija/İspanya, Hiro Balani/İspanya, Georgiadis/Yunanistan, De Moor/Belçika davalarındaki temel içtihatlardır. Buna göre;

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

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

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

Mahkeme bazı ayırık hallerde gerekçe gösterilmemesinin hakkın ihlaline neden olmayacağını da saptamıştır. Hangi durumların hakkın ihlali olarak nitelendirilmeyeceği (istisnalar) bu bölümün inceleme konusu olacaktır.

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

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

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

Ancak her ne kadar mahkemelerin, tüm soruların soruları ayrıntılı olarak cevaplandırma zorunlulukları yoksa da bu gerekçelendirmeme özgürlüğünün mutlak olduğu söylenemez. Mahkemeler her şeye rağmen kararın verilmesine neden olan temelleri yeteri açıklıkta ve ayrıca belirtmekle yükümlüdürler.⁽²⁰⁾ Bu ilke ile amaçlanan; hükmün asgari ölçülerde te-

mellendirilmesi ile birlikte keyfiligi ve perdelemeyi önleyerek, yansızlığı yargısal korunmanın hizmetine sunmaktır. Ancak uygulamada mahkemelerin; çeşitli nedenlerle gerekçe göstermekten kaçındıkları yada yetersiz gerekçelere dayalı (doğru, makul ve yasal olmayan) kararlar vererek yönetime aykırı bir pratik sergilediklerine sıkça tesadüf etmekteyiz. Sebep ne olursa olsun yargıçlar hukuk devleti ve yargısal korunmanın olmazsa olmaz koşullarından olduğu açıklamadan ayırık bu ilkenin uygulama sorumluluğunu sonuna kadar üstlenerek, gerekçelendirme ödevini yerine getirmede son derece özenli davranmalıdırlar. Bu sorumluluk anlayışında meydana gelecek bir istenç zayıflığının yargıçların kişiliğinde hukuka ve onun pratiğine olan güvenin sarsılmasına yol açacağı unutulmamalıdır.

Mahkeme Hiro Balani/İspanya örneğinde de yukarıda açıklanan görüşünü destekler nitelikte hareket ederek, yargı organının kararında ancak sonuca etkili hususlara değinmek zorunluluğunda olduğunu prensip edinmektedir.⁽²¹⁾

Bu iki karar bizi şu sonuca götürmektedir: Eğer iç hukuktaki dava sırasında açık ve somut bir biçimde illeri sürülen bir iddia davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bir iddia ise davayla doğrudan ilgilidir ve milli mahkeme tarafından gerekçe gösterilerek değerlendirilmelidir. Söz konusu iddiaya ilişkin "ayrık ve açık" bir değerlendirmenin kararın gerekçesinde yer almaması adil yargı-

(14) Öm., H.v. Belgium, a.g.k., para., 53, aktaran Dr. İnceoğlu, a.g.e., s.309

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

(16) K.Reid, a.g.e., s.39

(17) Karen Reid, Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, 3.Kitap, s.37

(18) B k z . d . j . H a r r i s , M . O ' B o y l e , C . W a r b r i c , a . g . e . , 2 1 5 ; K . R e i d , A P r a c t i t i o n e r ' s . , a . g . e . , s . 1 2 8 . K . S t a r m e r ; a . g . e . , s . 3 7 6 , a k t a r a n D r . İ n c e o ğ l u , a . g . e . , s . 3 1 1

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

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

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

lanma hakkı açısından ihlale neden olabilecektir.⁽²²⁾

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

Nitekim Yargıtay da çoğu içtihatlarında hükmün esasına etkili olabilecek taleplerin kararda cevapsız bırakılmasını bozmaya konu yaparak Strazburg yargısı ile bu anlayışı paylaşmakta⁽²³⁾, bazen de gerekçeli kararda öne sürülen sav-savunma ve taleplerin hangilerinin diğerine üstün tutulduğunun yada taleplerin hangi nedenlerle kabul yada ret edildiğinin açıklanması gereğine işaret ederek asgari gerekçelendirmeyi ilke edinmektedir.

c) jürili yargılamada verilen kararın gerekçeli olmayışının ihlal sayılmayacağı:

Ceza davalarında Jüriler nadiren gerekçeli karar verirler ancak bunun adil olma konusuyla uyumlu olup olmadığına birkaç davada değinilmiştir. Jürinin bir ceza davasında verdiği kararı gerekçelendirmediği bir Avusturya davasında Komisyon; Jürili yargılamada verilen kararların gerekçesiz oluşunun, ihlal sayılmayacağını belirlemiştir.⁽²⁴⁾ Komisyon, Avusturya'ya karşı açılan bu davada jüriye yanıtlamaları için ayrıntılı sorular yöneltildiğini, bu şekildeki berraklığın gerekçelendirme eksikliğini kapa-

tabileceğini, buna rağmen başvuru- nun yargıcın jüriyi yanlış yönlendirdiğini öne sürerek, kararın iptale konu yapabileceğine sahip olduğunu ve zaten bu olanaktan da yararlandığından bahisle, bir adaletsizliğin olmadığını kararlaştırmıştır. ?

d) Temyiz merciince verilen kararların gerekçeli olmayışının ihlal sayılmayacağı:

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

Komisyon bir arabaya takılmış vergi levhasıyla ilgili nispeten önemsiz bir uyuşmazlıkla ilgili bir davada; gerek kanunlarda gerekse karar metninde para cezasına neden hükmedildiğinin belirlememesine rağmen (anlaşılmamak mümkün olmadığı halde) para cezasının uygulanmasında, Cour de Cassation'un gerekçe göstermeksizin temyiz başvurusunu reddetmiş olmasında bir ihlal görmemiştir. Komisyon, temyiz başvurusunun açıkça kötü niyetli ve Cour de Cas-

sation'un bunu tepeden turnağa ve fazlası ile gerekçelendirdikten sonra reddetmiş olmasını yeterli bulmuştur.⁽²⁷⁾ Benzer bir uygulamanın Yargıtay tarafından da benimsendiğini görüyoruz, Yargıtay ilk derece mahkemelerin verdiği kararların onayında, uyuşmazlığın özelliğine uygun spesifik ve somut gerekçelendirme yerine şablon gerekçe metinleri kullanmayı yeğlemekte ancak aynı yöntemi bozma kararlarında uygulamaktan kaçınmaktadır.⁽²⁸⁾

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

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

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

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

a) Gerekçe gösterilmemesi:

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

Bu uyuşmazlıkta barodan uzun süre önce kaydı silinen başvuru- nun yeni- den baroya kayıt edilme istemi, Baro yönetiminin istisnai koşulların başvuru- cu yararına gerçekleşmediğinden bahisle ret edilmekle birlikte hükmün dayanağı "istisnai koşulların" nelerden ibaret olduğu açıklanmamıştır.

Mahkemeye göre İstisnai koşullar kuralının belirsizliği, talebin keyfi biçimde inceleneceği korkusuna (yada olasılığına) neden olmaktadır. Dolayısı

(22) Dr. Sibel Inceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Beta Yayınları, 1. Baskı, 2008, İstanbul, s. 314

(23) 10 CD.2003 T ve 2002/30682 Esas.2003/5345 Karar sayılı içtihatı

(24) 25852/94

(25) Dr. Sibel Inceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, 1. Baskı, Beta Yayınları İst.2002, sayfa 315

(26) Dr. Sibel Inceoğlu, a.g.e., sayfa 315, Appl.no.8769/79, Xv, Germany 16.07.1981, 25 DR 241

(27) Karen Reid, a.g.e., s.38

(28) YCGK 07.10.1991 T.ve 227/255, 03.12.1996 T. ve 4-251/262 Sayılı Kararları, Kaban-Aşaner-Yalvaç, aktaran Hamdi Yaver Aktan Yargıtay 8.D. Üyesi, eğitimciler eğitimi seminerine sunumu

(29) Mustafa Kutlu, Yargıç, Yargıç Meşruyetinin Görünüm Biçimleri, HFSA İstanbul Barosu Yayını sayfa 15

(30) K.Reid.a.g.e., s.38

(31) K.Reid.a.g.e., s.38

(32) 30.11.1987 tarih ve 8950/80 Belçika, Dulaurs-Fransa, Hele-Finlandiya

ile bu belirsizlik gerekçelendirme ihtiyacını vazgeçilmez kılmaktadır; bu olayda milli yargı yeri kararında; bir yandan istisnai koşulların olmadığından bahsederken öte yandan başvuruçunun dayanacağı koşulların neden istisnai olmadığını da açıklamamıştır.⁽³³⁾

Avrupa Mahkemesi bu içtihadıyla Millî mahkemelerin kararlarının alınmasını gerektiren hukuki nedenlerin (davranış yada eylemin normatif karşılığının) ve yargılama konusu olayın yasadaki tarifinin yapıldığı olup olmadığına da (tipiklik) kuşkudan uzak ve açık bir şekilde belirtilmesi gereğine işaret etmektedir.

b) Yasal gerekçe gösterilmemesi:

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

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

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

c) Yasal ifadelerin tekrarlanması:

Yunanistan aleyhine açılan bir davada ulusal yargı organı, başvuruçunun istemini yasal ifadeleri tekrarlayarak reddetmesini ihlal kabul etmiştir.⁽³⁶⁾ Mahkeme bu içtihadı ile her somut uyuşmazlık yada talebin yasalar önünde sınanması ile ulaşılan sonucun bu uyuşmazlığın içeriğindeki özel ve spesifik nedenlerle açıklanmasını arzulamaktadır. Zira her uyuşmazlık nevi şahsına münhasır özellikler taşısa da yargıçların benzer dava ve istemleri kaba bir benzeştirme kültürünün etkisi ve içerik kaygısı duymadan içtihat⁽³⁷⁾ yada emsal aracılığı ile aynılaştırdıkları da bilinmektedir. Bu durumun nedenleri arasında zamansızlık ve iş yükü savunmaları öne çıksa da iş yükü olan mahkemelerde dahi, yasaların arandığı ölçülerde gerekçeli karar yazılmakta⁽³⁸⁾ yada kalite ve içerik kaygısının

dan uzak madde ve dosya numaralarına gönderme⁽³⁹⁾ yapıldığı da ayrı bir gerçektir.

d) İçselleştirme yöntemi ile gerekçelendirme:

İspanya ve Finlandiya ile ilgili görüşülen davalarda üst mahkeme ayrıca ve açıkça bir gerekçelendirme gerekçesini duymaksızın, ilk derece mahkemesinin verdiği kararı onaması ya da içselleştirme yöntemi ile önceki kararın gerekçesini kabul etmeyi, gerekçeli karar prensibine aykırılık nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur.⁽⁴⁰⁾

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

e) Gerekçenin içeriği hakkında bilgi edinilmemesi:

Komisyon önüne gelen bir olayda; gerekçeli kararı öğrenme olanağı ortadan kalkan başvuruçunun bu karara yönelik temyiz isteğinin, üst mahkemeye ret edilmesini sanığın etkili savunma hakkından yoksun bırakıldığından bahisle, olayda sözleşmenin 6/3-b, c bentleri ile ilişkili 1. fıkra hükmünün yüksek sözleşmeci yanca çığnendiği sonucuna varmıştır.⁽⁴¹⁾ Gerekçelendirmenin yapılmaması eğer temyiz yolunu tıkamış ise 6/1 anlamında sorun var demektir. Zira temyize başvuru hakkının etkili kullanımını için kararın üzerine inşa edildiği zeminin yeteri açıklıkta olması sağlanma-

lıdır. Bunun temyize başvuru hakkının gerçek anlamı ile kullanılması için bir temel olduğu⁽⁴²⁾ unutulmamalıdır. Ancak Mahkeme, Pierre-Andre Melin v. France davasında temyiz başvuru hakkının engellenmesinden söz edilebilmesi için, başvuruçunun eylemi ile bu sonuca katkıda bulunmaması yada bu hakkın kullanılmasını için asgari özen (gayret) yükümlülüğünü ifade temerrüde düşmesi koşulunu bağlamaktadır. (öngörülmektedir)/ Başka bir deyişle anılan hakkın kullanılması için gereken önlemler alınmış yada gerekli ödevler yerine getirilmiş olmasına rağmen temyiz başvurusunun kullanımı halende olanaklı değilse artık hak ihlali var demektir. Bu içtihat, gerekçeli karar hakkına aykırılığın aynı zamanda savunma hakkının etkili kullanımını da engelleyeceğine dair çarpıcı bir örnektir.

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

(33) H.v.Belgium, a.g.k., para.53, aktaran Dr.Inceoğlu, a.g.e., s.315

(34) De Mor -Belçika Davası

(35) Dr. S.Inceoğlu, a.g.e., s.316

(36) Georgiadis-Yunanistan

(37) M.Kutlu, a.g.e., Sayfa 15

(38) Dr.M.Tören Yücel, a.g.e., Sayfa 121-12

(39) 9.CD.2003 T.2003/210-902

(40) 21.01.1999, 30544/96, Garcia Ruiz-İspanya, 19.12.1997, 20772/92, Helle-Finlandiya, Doç.Dr., Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Beta yayınları, cilt 1, 1.bası, 2002 İst.,

(41) Melin/Fransa, Mutatis Mutandis Artico/İtalya, Goddi/İtalya, Ruiz Torija/İspanya, alıntı Prof. Dr.A.Şeref Gözübüyük-Prof.Dr.A.Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulanması 4 bası, Ankara 2003, Turhan Kitabevi, Sayfa

(42) K..Reid, a.g.e., s.39

İç hukukta bu ve benzeri durumlarla karşılaşılma ile birlikte ceza yargılama yöntemine ilişkin yasa da bu riski önleyecek önlemlerin varlığı da bilinmektedir. Yanlar gerekçeli kararın öğrenilmesine değin temyiz süresinin işlemlerini durduran (süre tutum) dilekçeleri ile bu riski ortadan kaldırmaktadırlar.

f) Yeterli gerekçe gösterilmemesi:

İHAM iç hukukta kararların yeterli gerekçeden yoksun yada gerekçenin detaylı olmamasını adil ve güvenli yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmektedir.⁽⁴³⁾

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

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

Şimdi de üst yargı organlarının norm denetimine ilişkin edimlerini yerine getirirken aynı zamanda içtihat yolu ile hukuku geliştirme ve zenginleştirmeye katkı sundukları da gözetilerek Yüksek yargıda gerekçe üzerine konuşulanlarla

çalışmamızı yönlendireceğiz. Bunu bir kaç nedenle gerekli buluyoruz. İlki, iç hukukta gerekçenin nasıl görüldüğünü belirlemek ikincisi, Yargıtay'ın ilk derece mahkemeleri ile arasındaki hiyerarşik ilişkiden yararlanarak, sözleşme normları ile bunların uygulanmasına açıklık getiren içtihatlarla egemen ilkelere belirlenip yerleşmesinde önemli ve etkili rol özelliğine dikkat çekmek, üçüncüsü ise aralarında hiyerarşik ilişki bulunmayan iki yasal yargı organının bu konudaki duruşlarını karşılaştırarak buradan ortak çıkarımlar yapmaktır.

B) Yüksek Yargıda gerekçe:

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

Kararlarında sık sık İHAS'ine Yollama yapan Anayasa Mahkemesi Türkiye'nin sözleşme ile yükümlülükler altına girdiği saptandıktan sonra insan hak ve özgürlüklerinin yalnızca ulusal ana-

yasaların konusu değil aynı zamanda da uluslar arası hukukun kurucu ögesi olduğunu belirtmiş ve insan hakları ile ilgili uluslar arası normları da anayasallık denetiminde "ölçü normlar bloğu" içine sokmuştur.⁽⁴⁶⁾

Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin yeni kararları T. A. Y. sisteminde, iç hukukun tartışılmaz üstünlüğünün sonu ve milletlerarası norma açılma sürecinin başlangıcı şeklinde yorumlanmaktadır.⁽⁴⁷⁾ Görülüyor ki gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay⁽⁴⁸⁾ AİHS sinin etki gücünü benimseyerek, uygulamalarına referans olarak kabul etmektedirler. Böylelikle gerek ilk derece mahkemesi gerekse norm denetimi yetkisinin kullanımında bu mahkemeler; bakmakta oldukları davalarda gerekçeli karar hakkına egemen içtihatların uygulanmasında rehberlik yapacaklarını taahhütlerinin gereği saymaktadırlar.

Yargıtay içtihatlarında gerekçenin gerek nitelik ve gerekse nicelik olarak zengin bir görünüm gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu kararların incelenmesi ile Yargıtay'ın gerekçeli karar hakkını ilke olarak, gerekçesizliği ise istisna olarak kabul ettiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme içtihatlarında ;gerekçenin niteliği, içeriği ile işlevi ayrıntılı olarak belirlenerek hangi durumların hak ihlali neden olacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Bu nedenle Yargıtay da gerekçe üzerine söylenenler hakkında ortak ve AİHM 'sinin temel ilkeleri ile uyumlu bir kanının oluştuğu-muhalefet şerhleri

ayrık olmak üzere-söylemek yerinde olacaktır. Buna göre;

1. Gerekçenin işlevine ilişkin içtihatlar:

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

2. Gerekçenin niteliğine ilişkin içtihatlar:

Büyük genel kurul;Anayasa ve yasalarda nelerin gerekçe olabileceği sınırlı bir şekilde sayılmadığını, belirterek gerekçenin sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterecek şekilde geçerli ve yasal nitelikte olmasını içtihat etmektedir. (lazımdır)? Böylelikle gerekçe bu niteliği ile yasa koyucunun amacına uygun düşeceği gibi bununla, aynı zamanda karar aydınlatılmış, keyfiliği önlenmiş ve de yanlar ikna edilmiş olunacaktır.⁽⁵⁰⁾

(43) Georgiadis-Yunanistan davasında "başvurucunun haksız yere tutuklanmasına ilişkin tazminat verilmemesi kararı, iç hukuka uygun olarak beraat kararı ile birlikte verilmiş ve kendisinin "büyük ihmali" nedenine dayandırılmıştır. İHAM tazminata ilişkin başvurucuya kendi savlarını ortaya koyma imkanı tanınmasını madde 6/1' aykırı bulmuştur. Milli mahkemelerin sadece yasa da yer alan "büyük ihmali" kavramına atıf yapmasını dikkate almıştır. İHAM'a göre, milli mahkemelerin kararları başvurucunun tazminat hakkı için belirleyici olduğundan söz konusu olayların değerlendirilmesini gerektirmektedir. "İnceoğlu, a.g.e., s.314, ayrıca bakınız H. Belçika davası

(44) Rıza Tümen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları, Yargıtay Dergisi, cilt.28 Ocak-Nisan 2002, sayı 1-2, s. 192-213; Çağlar, a.g.e., s.64-65, aktaran Kutlu, a.g.e., s.152

(45) D.S.D., E., 1986/1723, K., 1991/933 sayılı kararı, s.10, Kaboğlu, a.g.e., s.124

(46) Bkz. Bakır Çağlar "Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: hukuk ve demokrasi" Anayasa Yargısı-9, Ank. 1993, s.281 aktaran Kaboğlu, a.g.e., s.124

(47) İBK, tümüyle uluslar arası standartlar göz önünde tutularak alınmış bir karar"dır. (Akıllıoğlu, a.g.e., s.42); krş. B. Çağlar "Avrupa yeni Mekanında ...", S.281. AKT. i.ö. Kaboğlu a.g.e., s.124

(48) Danıştay'ın 1997/3572-2435

(49) Y.H.G.K.K.24.10.2001, 1016/757 Duman a.g.e. Sayfa 159

(50) İBK.7.6.1976 T.3/3, Akt.H.Erol, a.g.e., s.177

CGK ise yargıcın taktir hakkının akla, hukuka ve dosyaya uygun açıklanması gereğine değinmektedir.⁽⁵¹⁾ Dolayısıyla ile gerekçelendirmenin dosyadaki argümanlar, olay ve olgulara dayanması yeterli olmayıp bu etkinliğin mantıksal bir süreçle tamamlanması gerekir. Yargıtay, ilk seviye mahkemelerin bu edimlerini görmezden gelip oluşu ve delilleri tartışmadan, dosyayı numaralandırmalarını sonrada bu numaralı bölümlere gönderme yapılmak suretiyle gerekçelendirmede (içselleştirme yöntemi) bulunulmalarının yasalara aykırılık olduğunu saptamıştır.⁽⁵²⁾

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

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

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

davayı kaybeden yanda güven duygusu oluşturması amaçlanmaktadır.

Kısa karar ile gerekçeli kararın çelişik olması bir başka gerekçesizlik örneğidir. Yargılama yöntemine ilişkin yasalar gerekçeli karar ile infaza yönelen kısa kararın uyumluluğunu ilke edinmiştir.⁽⁵⁷⁾

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

Yargıtay özetle adil yargılanmanın amacına hizmet edecek ayrıntılı gerek-

çelere kararlarda yer verilmesini önermekle bu konuda oldukça radikal bir tavır sergilemektedir.

Yargıtay'ın bu bakış açısı ile Strazburg yargısının gerekçe üzerine söylediklerinin büyük ölçüde örtüştüğü söylenebilir. Bu benzerlikler genellikle yeterli, geçerli, yasal ifadelerle gönderme yapılarak, içselleştirme yolu ile gerekçelendirme konusunda kendini göstermektedir. Yargıtay'ın saptayabildiğimiz kadarı ile gerekçede iddia ve savunmanın mutlaka tartışmaya konu yapılmasını ve yargılama sürecinde öne sürülen taleplerin cevaplandırılmasını içtihat edinmekle, Strazburg Yargısından kısmen farklılaştığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Yargıtay gerekçesizlik kavramına açık ve örtülü gerekçesizlik yanında içselleştirilmiş gerekçe ve yetersiz gerekçelendirmeyi de dahil ederek bu alanı genişletmiştir. Yargıtay'ın bu alandaki en değerli katkısı ise sözleşmenin de yargısal korumaya aldığı kişi onurunu çiğneyecek gerekçelendirmeyi ret eden tutumudur.

C) Yargılama yöntemine ilişkin yasalarda:

1. Ceza Muhakemeleri Usul Yasasında;

Ceza Yargılama yöntemi yasası; düzenliğinde gerekçelendirmeyi tüm yargı organlarının karar/muhalefet şerhleri ve

(51) C.G.K.9.6.1998 T.8-163/216 *Kaban-Aşaner-Yalvaç, a.g.e Sayfa 131-134 Aktaran Aktan a.g.s Sayfa*

(52) 9.C.D.2003/210-902 sayılı karar

(53) 9 C.D.13.02.2002 T.2001/1268,2002/301,C.G.K.18.04.2000 T.7-75/80 *Kaban-Aşaner-Yalvaç a.g.e S.850-851 Aktaran Aktan a.g.e S.*

(54) YCGK 2002 T.2002/2-236 K.,aktaran N.Yorgancı,www.adalet.org

(55) Y.1.HD.28.06.1978 t.7281/7379 K.aktaran Av.İ.Hasan Duman,Konu ve Sorunlarla Hukuk Devleti,2.Baskı,Kartal-İstanbul,s.162

(56) Y.4.CD.05.10.1995 T.1995/4601-6332 ,aktaran Nihat Yorgancı,www.adalet .org ,Yargıtay Kararları Sayfası

(57) YCGK,23.12.1998 T.,2-314/380,*Kaban-Aşaner-Yalvaç,a.g.e. s.862,aktaran Aktan*

(58) Y.1.CD.23.08.1993 T.1993/1453-1552 K.,aktaran N.Yorgancı,www.adalet.org

(59) Y.5.CD.25.01.1993 T.,1992/4164-157 K. Aktaran Yorgancı,www.adalet.org

(60) Y.5.CD.09.11.1993 T.1993/3664-3973,2.CD.17.10.1995 T.1994/12461 E,1995/206 K.aktaran,Yorgancı,www.adalet.org

(61) YCGK.03.10.1995 T.1995/3-267/267 K.aktaran,Yorgancı,www.adalet.org

(62) YCGK.20.12.1993 T.,1993/16-290 E,1993/327 K.aktaran Yorgancı,www.adalet.org

(63) Y.4.CD.18.05.1994 T.1994/1437-4605 K.,AKTARAN,Yorgancı,www.adalet.org

(64) Y.10.CD.2003 T.2002/30682 E,2003/5345 K.,aktaran,Yorgancı,www.adalet.org

(65) YCGK.23.12.1998 T.314/330 K.Kaban-Aşaner-Yalvaç,a.g.e.,s.854,aktaran Aktan

(66) 4.CD.24.02.1999 T.,12501-924 ,Akt. Haydar Erol,İçtihatlı C.M.U.K.2002 Ank,s.181

mütalaaları için gerekli⁽⁶⁷⁾ bulmakla birlikte gerekçelendirmede gözetilecek hususlar yönünden mahkumiyet ve beraat kararları arasında ayırım yapmıştır.

Mahkumiyet kararlarının gerekçesinde; kanıtlanmış ve kesin olgular, başka olgulardan edinilen kanıtlar(260/1), T. C. K. 'da yer alan ve cezayı kaldıran indiren yada ağırlaştırıcı nedenlerin sübuta erip ermediği (260/2), uygulanan ceza kuralı, cezanın tayininde etkili haller(260/3), ceza yasasında cezanın indirilmesi nedeni olarak gösterilen nedenlerin kabul yada reddinin mutlaka temellendirilmesi gerektiği belirtilirken, Beraat kararlarının gerekçesinde ise sanık hakkında verilen beraat kararının hangi nedene dayalı olarak verildiğinin açıklanması yeterli görülmektedir.

Durma, düşme ve ret kararlarının gerekçesi konusunda ise yasa da bir açıklamanın yer almadığı gözetilerek bu kararların gerekçesinin de üst mahkemenin iyi bir denetim yapmasına olanak verecek şekilde temellendirilmesi gerekir.⁽⁶⁸⁾

Yargılamaya katılanların yasa yollarına başvurma hakkından vazgeçtikleri taktirde, suçun yasal unsurlarını gösteren olgularla uygulanan yasa maddesinin son kararın gerekçesinde yer almasının yeterli(260/5) görüldüğü anlaşılmaktadır. Yasa yolundan vazgeçme durumunda, gerekçede başka hususlara yer verilmesine gerek görülmemesinin nedeni, bu kararın başka mahkeme yada yargı organlarıncaya gözden geçirilmeyecek olmasındandır. Son kararın gerekçe-

sinin, özellikle mahkumiyet kararında bütün ayrıntısı ile yer almasının istenme nedeni, üst mahkemelerce iyi bir denetim yapılmasına olanak tanımaktır.⁽⁶⁹⁾

2. Medeni yargılama yöntemine ilişkin yasa da;

Gerekçeli kararlar ilgili düzenlemeler H. U. M. K. unun 381, 486/6, 489/2, 388/1b-3 maddelerinde düzenlendiği bilinmektedir.

HUMK unun 388/3 maddesi, hükmün iki tarafın iddia ve savunmalarının özeti anlaşıkları yada anlaşamadıkları noktalar, ihtilaflı konular hakkında toplanan deliller, delillerin tartışılması, red ve üstün tutma nedenleri sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki nedenleri içermeye gereğince de-ğmektedir.

Bu bağlamda kararların gerekçeli olması yanında, hükmün gerekçesiz olması mutlak temyiz nedeni kabul edilmektedir.⁽⁷⁰⁾

II- Hukuk Öğretisinde Gerekçenin görünüm biçimleri:

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

öğretide gerekçenin adli, psikolojik, toplumsal, pedagojik nitelikleri üzerine söylenenler;

A) Gerekçenin Yararları Üzerine Savlar:

1. Gerekçenin adli nitelik ile işlevi üzerine söylenenler;

a) Gerekçe yargıcın yansızlığını kanıtlama aracıdır:

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

Bununla birlikte yargıcın tarafsızlığı yada nesnelliği bir dava konusunun nesnel ve hukuksal olarak aydınlatılması ile olanaklı olup bunun sağlanması yargıcın ciddi bir gerekçelendirme ve temellendirme gayreti ile olanaklıdır. Dolayısı ile yargıç hukuk devletinde yargılamayı yürütürken her aşamada doğru ve güvenli yargılanma hakkının belirlenmiş ilkeleri ile bunların özünde var olan (insana saygı, toplumsal özgüveni geliş-

tirme) değerleri de gözetmekle yükümlüdür.⁽⁷²⁾

b) Gerekçe geleceğin hukuku ve toplumunun tasalanma aracıdır.

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

Ancak yargıcın bu konudaki bakış açısı mevcut hukuk sisteminin sınırlarını aşsa da, pratiği ve vereceği kararların dünya ve hukuk sistemi için anlamlı olma gereği vardır. Bu anlamlılık aynı zamanda tasarım özgürlüğünün sınırlarını da belirler. Bu saptama hukuk sistemi ile doğa bilimleri arasındaki temas noktalarına da işaret etmektedir. Bilimsel ipotezler gibi kararlar da "gerçek dünyaya" ilişkindir; her ikisi de boşlukta değil, bilgi yüklü bir ortamda test edilmektedir.⁽⁷⁵⁾ Gerekçelendirmenin bilimsel ekinlik yanı gözetildiğinde Sayın Yücel'in eserinde vurguladığı gibi bilimsel

(71) Duman, a.g.e., s.159-293

(72) Yargıtay Onursal Üyesi, Çetin Aşçıoğlu, Hukuk Yargılamasında Yargıç ve Avukatın Etkinliği, H.F.S.A.6.Sayı, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, s.105

(73) Dr.M.Tören Yücel, Hukuk ve Gerçekler, 1.bası, Ankara, 2001, s.,50

(74) Dr.M.T.Yücel, Kararlarda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi, H.F.S.A.İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, 8.Sayı, s.163

(75) NcMacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford University Press, 1994 p.103, Dr.M.T.Yücel, Hukuk ve Gerçekler, 1.Bası, Ankara 2001, s.50

(67) Prof. Dr. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.Bası, Kazancı Matbaacılık İstanbul, sayfa 43

(68) Prof.Dr.Erdener Yurtcan, C.M.U.K Şerhi, Kazancı yayınları, İst, 1988, ,2.cilt,s,393

(69) Prof.Dr.Erdener Yurtcan, C.M.U.K Şerhi, Kazancı yayınları, İst, 1988, ,2.cilt,s,392

(70) Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, 1995, alfa yayıncılık, sayfa 535 HKG 28.04.1993, 2/91-187(IKİD 1994/398 s.10076-10077)

sınama yargılama etkinlikleri aracılığı ile gerçekleşecek, bu süreç sonuçta ifadesini gerekçeli kararda bulacaktır.

c) Gerekçeli karar Yargıç için etik yükümlülüktür:

Yargıcın buyruğunun dayandığı nedenlerin bilinmek istenmesi gücünü yasalardan önce değer yargılarından alır.⁽⁷⁶⁾ Gerekçe başka bir ifade ile yargıcın etik bir yükümlülüğüdür. Gerekçelendirme zorunluluğu aynı zamanda tarafların gerçek hakkında müsterih olma ve kararı kabul etme ihtiyacının da gereğidir.⁽⁷⁷⁾ Bu bağlamda mahkeme yargıcının etik sorumluluğu, işlevi ile doğrudan doğruya ilgili görünmektedir. Dolayısı ile yargıç için doğru ve adil yargılamanın ön şartı etik değerlerin kendisinde ne kadar yer ettiğine bağlıdır.⁽⁷⁸⁾

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

(76) Yargıtay Onursal Üyesi, Çetin Aşçıoğlu, Yargı Kararlarında Gerekçe Sorunu, H.F.S.A.8.Sayı, Hz.H. Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s.156

(77) Dr. Mehmet Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, s.200

(78) Kutlu, a.g.e., s.134

(79) Kuçuradi, a.g.e., s.145-146, aktaran Kutlu, a.g.e. s.134

(80) Karş., Kuçuradi, a.g.e., s.143; 'Makul bir kararın ön koşulu, karar verecek kimsenin bütün önyargılarından kurtulmuş olması gerektiğidir.' Abdullah Dinçkol, Hakim Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler, H.F.S.A. Afa, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 2. Kitap, İstanbul, Şubat 1995, s.173-175, aktaran Kutlu, a.g.e., s.134

(81) M.T. Yücel, a.g.e., s.91

(82) Ç. Aşçıoğlu, a.g.e., s.156

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

d) Gerekçe adli süreçte rasyonelliği etkin kılma aracıdır:

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

e) Gerekçe yargıcın yanılmasını önleyici bir araçtır:

Yargıçlar insandır, bu bakımdan yargılama sürecinde hatalı davranma, gerçeğe ve yönetime aykırı yargıya varma, ya da buyruk oluşturma olasılıkları gözardı edilmemelidir. Gerekçe, bu işlevi ile olası adli yanılığın yaşanmaması için bir anlamda güvencedir.⁽⁸²⁾

f- Gerekçe yargıcın da yargılanma aracıdır:

Gerekçe yargıcın yargılama etkinliğinin aynası olup, bu işlevine bağlı olarak yargıcın da yargılanmasına olanak tanır.⁽⁸³⁾ Başka bir ifade ile hakim taraf- ların getirdiği ispat vasıtalarının keyfi kullanmasına ve hissi karar vermesine engel olacağı gibi⁽⁸⁴⁾ bu etkinliğindeki hukuksal ve mantıksal değerlendirilmesinin kontrollüne olanak sağlayacaktır.

g) Gerekçe niteliği itibarı ile bir yargısal akıl yürütmedir:

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

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

Gerekçenin hukuk kuralı, mantık veya deneyim kurallarına ters düşmemesi ve⁽⁸⁷⁾ aynı zamanda başka sonuçlar çıkartılmasına imkan vermeyecek tarzda olması gerekmektedir. Kararda kanaate ilişkin nedenlerin boş, yuvarlak, anlamsız kelime ve cümlelerle değil önemli

deliller ve diğer unsurların tümü birbiri ile olan bağlantıları gösterilmelidir.⁽⁸⁸⁾ Bilimsel doğruluk ilkesi uyarınca gerekçe için delillerin değerlendirilmesinin mantiki çatısı için gerekli olanlara yer verilmesi gerekir⁽⁸⁹⁾. Görülüyor ki yargıca kararda kullandığı bütün önemli kanıtlara değinmesi yada hangi argümanlar esas alınarak karar oluşturduğunu detaylandırılması önerilmektedir.⁽⁹⁰⁾

2. Gerekçenin Pedagojik niteliği üzerine söylenenler;

A) Gerekçeli karar öğretici işleve sahiptir:

Gerekçe, niteliği itibarı ile her şeyin üstünde kararın haklılığını vurgulama ve bu konumu ile olabildiğince ikna edici olma girişimidir. Bu etkinlik ile yarıdan karardaki adalet vurgu yapmakta öte yarıdan da davayı kaybeden tarafa kararın zulmedici ve keyfi bir karar olmak yerine, mantıksal diyalektik sürecin kaçınılmaz sonucu olduğu gösterilmek istenmektedir. Zaman zaman kaybeden taraf avukatına dikkatinden kaçmış def'ileri görebilmesinde ve ısrar ettiği görüşündeki hatayı algılamasına da yardımcı olabilmektedir.⁽⁹¹⁾

B) Gerekçe hukukun zenginleşmesine olanak sağlar:

Gerekçe ve muhalefet şerhleri; hukuk tüketicilerinin verilecek kararların doğru tahmin edilebilmeleri bakımından

(83) M.T. Yücel, a.g.e., s.13

(84) Schurteris.433 aktaran.M.K.Yıldırım,a.g.e.,s.200

(85) Kunter,a.g.e.,s.40-41

(86) Stein/Jonas/Leipold,paragraf 286,II Kn.12,15,aktaran M.K.Yıldırım,a.g.e.,s.200

(87) Avusturya Hukukunda OGH 8.10.1901 N2 1902,301,M.K.Yıldırım a.g.e.,s.202

(88) Stein/Jonas/Leipold,p 286,II Kn.12 ve orada dn.25 de karşıstenilen RGJW 99,278,akt.,M.K.Yıldırım,a.g.e.,s.2002

(89) Schneider,Bewciswürdigung,no.587,akt.,M.K.Yıldırım,a.g.e.,s.2002

(90) Gottwald,Argumentation,s.127,akt.M.K.Yıldırım,a.g.e.,s.2004

(91) M.T. Yücel,a.g.e.,s.91

önemli dayanaklardır.⁽⁹²⁾ Keza gerekçe ve muhalefet şerhleri kararların (üst mahkemeler, mesleki yayınlar, kamuoyu organları, sivil toplum kuruluşlarınca) denetlenmesini sağlayan ve hakimlere rasyonel yargılama gücü veren unsurlar olarak da, hukukun zenginleşmesine katkıda bulunmakta hatta ilkelere oluşum potansiyelini oluşturmaktadır.⁽⁹³⁾ Bilim adamları yargısal kararların gerekçelerine katılmasalar bile onları eleştirerek daha isabetli mütalalara vararak⁽⁹⁴⁾ hukuk biliminin gelişip zenginleşmesine eleştirel etkinlikleri ile katkı sunmaktadırlar.

1. Gerekçenin psikolojik işlevi üzerine yorumlar;

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

2. Gerekçe toplumsal-iletişim işlevi üzerine yorumlar:

Karar bazen toplum ile iletişim amaçlı da kullanılabilir.⁽⁹⁶⁾ Buna gerekçeli kararın iletişim amaçlı kullanımı da denilebilir. Kanımca burada yargıç hukuku aracı kılarak toplumla diyaloga girmekte yada kamuoyunu yakından ilgilendiren konularda yaklaşımını ortaya koymaktadır. Ancak yargıcın bu etkinliğinin siyasal sonuçlar vermesi olasılığı karşısında, hukuk ve yargıcın

bundan olumsuz etkilenme riski de mutlaka gözetilmelidir.

B) Gerekçenin zararları üzerine tezler:

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

1. Gerekçenin yargılamayı geciktireceği savı:

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

2. Gerekçe hakikatleri perdeleme aracı olarak kullanılabilir:

Gerekçenin sayılan olumlu işlevleri yanında başka amaçlara hizmet eder şekilde kullanılma olasılığı da vardır. Hukuk yaratma sürecinde yasama organı titizliğinde toplumsal vicdanı yan-

sıtmayan kurallar konulması ve gerekçenin perdelenmesi riski de vardır. Gerekçe konusunda var olan diğer bir görüşte de, totaliter rejimlerde önceden saptanmış sonuçlara uyarlı gerekçeli karar olgusu ile legalite bağlamında mevcut normlarla halkın adalet duygusu arasında beliren uçurum sonucu hakimlerin olgusal kanıtlara ilişkin değerlendirilmesinde bazı şeyleri göz ardı etmesi veya rejim değişikliklerinde hakimlerin eski alışkanlıklarını sürdürmesidir.⁽⁹⁸⁾

3. Gerekçe bazı hallerde mahkemelerin saygınlığını tartışılır kılabilir:

Toplu çalışılan mahkemelerde, kararların farklı çıkmasından çıkarılacak sonuç bu kararların tek bir gerekçeden doğmadığıdır. Toplu mahkemelerin doğasında olan ve güvence olan bu durumun gerçekleştirilmesi üyelerin kapasiteli olmasına bağlıdır. Aksi durum zaman zaman tanık olduğumuz mahkeme başkanının egemen olduğu 2sözde toplu mahkeme” görüntüsü sergilenmiş olunacaktır.⁽⁹⁹⁾ Çok az farkla çıkan kararların ayrıca kamuoyunda olumsuz eleştirilere konu olduğu da gözetildiğinde bu iki noktada kararların saygınlığı kuşkulu hale gelebilir.

Buraya değin hukuk bilimi ve tüketicilerinin gerekçeye bakış açılarını olumlu ve olumsuz yönleri ile ele almaya çalıştık. Öğretide gerekçenin analitik bir yöntemle ele alınarak detaylandırıldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu görüşlerin tümünün ortak paydası yargılama yönteminde gerekçelendirilmenin en ince ayrıntısına kadar kullanılması gerektiğidir. Öğreti bu bakışı

ile Strazburg yargı kararlarında tanımlanan gerekçe ve gerekçesizlik tanımı ile paralel hatta detay bakımından önde olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte öğretide ve Yargıtayın gerekçelendirme de kararın dayanağı tüm argümanların detaylandırılarak yer alınması gerektiği görüşü ile Strazburg yargısının sadece hükme etkili olan iddia savunma talep ve argümanların gerekçelendirilmesi gerektiği şeklindeki içtihadından ayrılmaktadırlar. Ancak insan haklarının kurumsallaşması istenç yanında uygulama ile öğretinin ürettiklerini paylaşmaları ile olanaklıdır.

İkinci Kısım

Gerekçeli karar hakkının uygulamadaki sapma biçimleri:

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

Uygulamada kimi zaman genel ve soyut kimi zamanda yasa maddesindeki ifadelerin tekrarlanarak yada bunlara

(92) M.T.Yücel, a.g.e., s. 168

(93) M.T.Yücel, a.g.e., s. 170

(94) Kunter, a.g.e., s. 40-41

(95) M.T.Yücel, a.g.e., s. 167

(96) Kuçuradi, a.g.e., s.

(97) M.Kutlu, a.g.e., s. 17

(98) M.T.Yücel, a.g.e., s. 167

(99) M.T.Yücel, a.g.e., s. 92

gönderme yapılarak gerekçelendirilmesi⁽¹⁰⁰⁾, sav ve savunmalar ile gerekçenin denetime olanak vermeyecek tarzda özetlenmesi, yasal gerekçe kullanmak yerine azda olsa hukuk dışı gerekçelerle kararın açıklanması, gerekçede hükme esas alınan yada alınmayan olay olgu kanıtların neler olduğunun açıklanması yerine” kim ne demiş “şeklindeki diyalog ve ifadelerin kararda gösterilmesi ile yetinilmesi sıklıkla karşılaşılan sapma biçimleridir.

Ancak, uygulamadaki bu sapmaların sadece yargıçların değil yargılama etkinliğine katılan tüm kişilerin yöntem dışı uygulama ve algılayışlarından kaynaklandığı da başka bir görünüm biçimidir.⁽¹⁰¹⁾ Savunma tekeli elinde bulunduran ve bağımsız yargının bir ögesi durumundaki Avukatlarında (sorumluluk sahibi olanların ayrık tutulması koşulu ile) savunma etkinliklerini neredeyse "aleyhimize olanları kabul etmiyoruz, itiraz ediyoruz, mahkemenin taktirine bırakıyoruz, kabul etmiyoruz v. s."⁽¹⁰²⁾ gibi taktiklerin sınırına hapsedikleri ve iktidar alanlarını sahipleri olmayan yargıç ve diğerlerine terk ettikleri vurgulanması gereken bir diğer gerçektir. Sav ve savunma öne sürülenlerin doğru yada yanlışlığının temelini ortaya koymada/sunmada (argüman) özensiz dav-

ranarak bir anlamda kendi kusurları ile gerekçelendirme ve gerekçeli karar hakkının ihlaline katkı sunmaktadırlar. Savunma belagat yada retorik özelliğini nostaljik olmaktan öteye taşımamalıdır.

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

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

(100) Sözelimi bu şekildeki sapmaların tutuklama ve sorguya sevklerde tesadüf edildiği, tutuklama istemlerini içeren tezkerelerde "işlenen suçun vasıf ve mahiyetine, mevcut delil durumuna yada sanığın kaçma şüphesi, suçun ağır cezalı mevattan olması gibi" genel ve soyut ibarelere yer verilerek tutuklama talep edildiği, aynı yöntemle bu kez yargı organının başvurarak "aynı ifadelerle gönderme yada tekrarlanarak" tutuklama kararlarının verilmesinde, bir içselleştirmenin ve aynılaştırmanın varlığı dikkate değerdir. Arama kararlarındaki aynı algı ve uygulamalarda bilinmektedir.

(101) "Bir davda ile satranç oyunu arasındaki fark, ortadaki para dışında, yöntem seçiminin burada keyfi olmamasıdır." Jacques Werges, Savunma saldırmıyor, metis yay. 5, 98

(102) "Çoğu avukatların temyiz dilekçeleri de hukuk duygusu gösterisinden yoksun bulunmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında görevli savcı Dr. A. Çınar'ın bir tebliğnameye ilişkin olarak saptadığı şu durum oldukça ilginçtir: kendisi beş noktadan kararın bozulması isteminde bulunmasına karşılık avukatın beş sayfalık temyiz dilekçesinde bir tanesine dahi temas etmediği görülmüştür." Dr. M. Tören Yücel, H.F.S.A., Sayı 8, Hz. H. Ökçesiz, İst. Barosu yay. İst. 2003, s. 168

gerçekleşmesi de ona katkı sunan dinamiklerin eseri olacaktır.

İş yoğunluğu ve donanımsızlık ile diğer olanaksızlıklar yargının öteden beri gelen, üzerinde çokça konuşulan gerçekleridir. Ancak, bu ve benzeri nedenlerden hiç biri dayanak yapılarak gerekçeli karar yazılması ediminden imtina edilemez. Başka bir deyişle iki satırlık gerekçelendirme ile insanların özgürlüğüne yaşamına ve malvarlığına hükmedilmesi etik açıdan (hak, hukuk, nesafet, hakkaniyet vs.) nasıl açıklanacaktır? Yargıç her şeye rağmen adaletin kendi kimliğinde somutlaştığını hatırında tutarak "yükte hafif, pahada ağır" özdeyişine uygun şatafattan uzak anlaşılabilir ifadelerle kararını gerekçelendirmenin yöntemini geliştirmelidir.

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

Yargıtay'ın norm denetim sırasında ilk derece yargı mercilerinin kararların genellikle "olay ve delillerin taktirinde

bir isabetsizlik bulunmadığı cihetle itirazın reddi ile usul ve yasaya uygun hükmün onanmasına" şeklinde ifadelerle onandığı birinci bölümde belirtildi. Anılan uygulama sözleşme kapsamı dışında kalsa bile, onama hükmünden olumsuz etkilenen yanında denetleyen durumundaki makamdan az da olsa ikna edici nedenler hakkında bilgiye gereksinim duyulması şekli adaletin gerçekleşmesine azımsanmayacak katkı sunacaktır.

Gerekçenin önemli bir meşruiyet ve aynı zamanda denetim aracı olduğunun çoğu kez unutulmuş uzun kararların norm denetiminde okunmadığı söylentilerinin etkisi ile kararlarda sav savunma ve yargılama sürecindeki etkinlik ve değerlendirmelerin denetlenmesine olanak vermeyecek şekilde özetlendiği ya da kararda yer verilmediği ve özellikle gerekçeli kararların kalem şef yada memurlarına bırakıldığı ise başka bir gerekçesizlik modelidir. Bu alanda söylenenlerin haklılık payları ve itiraz hakları saklı kalmak koşulu ile öğreti, Strazburg yargı ilkeleri ve Yargıtay pratiği ile ortaya çıkan ilkeleri referans alınarak aşılmalıdır.

Yargıçların aynı zamanda yargılamanın bilimsel bir etkinlik olduğu gerçeğinden hareketle her yargılama konusunun kendi içinde ayrı bir özellik ve hak barındırdığının kabulü ile "bilimsel cahillik" ilkesi referans alınarak, hukuksal nedenler ile uyumsuzluk bakımından benzerlik (nitelik ve görüntü olarak) arz etse bile, her defasında bu benzerlik göz ardı edilerek, değerlendirilmeleri ve gerekçelendirilmeleri gerekir. Ancak uygulamada her uyumsuzluğun nevi şahsına münhasır olduğu yada her olayın kendi doğasında yegane olduğu, felsefi söylemin unutulmuş hukuki-Maddi ger-

çek ayırtına dayalı olup olmadığı, yada kararın alınma şeklindeki ayrıntılar ile bakılmakta olan uyumsuzluğun özellikleri gözetilmeksizin, Yargıtay kararlarının referans alınarak olayın sınanması, yargıcı "içtihat yargıçlığı"na yöneltirken, yargılamayı da bilimsellikten uzak, yalın ve sıradan bir kamusal etkinlik haline getirmektedir.

Bir başka sapma biçimi de bilirkişi görüşlerinin gerekçe ile bağlantısında göze çarpmaktadır. Bilirkişilik kurumuna yönelik deklare edilmiş yada edilmiş eleştiriler bir yana, yazı işleri müdürlerinin müştemilat kavramının belirlenmesi için bilirkişi olarak yetki ve görevlendirilmesi anlayışının Türk Yargısınca geride bırakılma zamanının geldiği hatta geçtiği dahi söylenebilir. Yargıcın bazen bilirkişi görüşüne yönelik eleştiri ve itirazları değerlendirmeye tabi tutmadan başka bir deyişle bu konudaki talepleri ret yada kabul etmeden, bazen de bu eleştirilere cevap verilse dahi bunun nedenleri açıklanmak yerine bu görüşlere göndermede bulunularak gerekçelendirme yaptığı, dikkate değer bir diğer sapma biçimidir. Mütalaanın karara neden dayanak yapıldığının açıklanmadan varestede tutularak bunun onaylanması alışkanlığından uzaklaşıldığı oranda yargıçlık kimliğine de yakınlaşılabacağı bilinmelidir. Başka bir deyişle bu alandaki etkinliğin yargılama yöntemi yasalarına uygun kullanılarak, yargıçlık yetkilerinin paylaşılmasında son derece kiskanç davranılması gerekmektedir. Unutulmamalıdır yargıçlar, onaylayan değil hüküm verenlerdir. Yargılama yetkisinin hangi nedenle olursa olsun bilirkişilerce paylaşılması durumunda kalınmasında, ortaya çıkacak sonucun yargıç

kararı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

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

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

Gerekçeli kararların yasal nedenler dışındaki nedenlere dayalı olarak gerekçelendirilmesi ise örneğine az tesadüf edilmekle birlikte çarpıcı bir başka gerekçesizlik örneği olarak değerlendiril-

melidir.⁽¹⁰⁴⁾ Bu tarz oluşumlar genellikle hükümle varılan sonucun, pozitif hukuk düzeninde yer almayan olgulara dayalı yada normatif düzenlemede yer alsa dahi buradaki içeriğinden ayrı ve yanlış algılanarak yada burada belirtilmeyen yahut tanımlanmayan şekline (sözgelimi hükmün dayanağı kavramın içinin boş bırakılması gibi) dayalı olarak açıklanmasıdır.

Strazburg yargı kararlarına sıkça konu olmaları nedeniyle, iddianame ve mütalaalarında birer yargılama yöntemi araçları ve aynı zamanda yargısal etkinliklerin öncülleri ve uzantıları olmaları nedeniyle gerekçelendirmede son derece önemli bir konuma sahiptirler. Bu bağlamda gerek iddianame ve gerekse mütalaalarda yasal öğelere yeteri ve gerektiği ölçüde yer verilmesi atideki savunma ve direnme stratejilerinin oluşu-

muna da önemli katkı sunacaktır. Bu adil yargılanma hakkı ile birlikte hakka erişebilmeyi düzenleyen ilkelerden yararlanma amacına da hizmet edecektir.

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

İddia makamının da karar ve görüşlerinin gerekçeye dayalı olması bu etkinliklerin kendi doğasında bir bilgilendirme ve değerlendirmeyi gerektireceği kaçınılmazdır. Hal böyle iken uygulamada Cumhuriyet savcılarının idari denetimlerinde yapılan tavsiyelerle⁽¹⁰⁶⁾ özellikle delillerin değerlendirilmesi etkinlikleri

(104) Buna Çankırı ve Mazıdağ Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen kararların belirgin birer örnek verilebilir. "Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen bir boşanma davasında kocası tarafından dövüldüğü sabit olan bir kadının açtığı boşanma davasını evlilik birliğinin sürmesinde çocukların yararı bulunduğu kanısı ile reddettiği ve kararın gerekçesinde de "karının sırtını sopasız ve karnını sipasız bırakma" halk deyişine yer verdiği, 1987 yılında ise ,Mazıdağ Asliye Hukuk Mahkemesi verdiği bir kararında ,evini terk eden kadının eve dönme davetine uymaması nedeniyle açılan boşanma davasında " karının kocasının zinasına göz yumması gerektiği ", " çevrenin sosyal özellikleri itibarıyla halk arasında bu tür davranışların yaygın olduğu " gerekçesi ile boşanmaya hükmetmiştir." Dr. M. Tören Yücel, H.F.S.A., Sayı 8, Hz. H. Ökçesiz, İst. Barosu yay. İst. 2003, s. 166

(105) " Savcılarımızın kovuşturmak ve açmak zorunda oldukları ceza davaları , mahkeme huzurunda her türlü delille aydınlatılacaktır. Cumhuriyet Savcılarının bu konuda yapacakları açıklamaları , kamu hukuku adına istenen ceza , suç ve sanık hakkında kamuoyunun aydınlatılması için verilecek hükmün niteliğine ilişkin aşık bir fikir edinilmesini sağlamak için gerekli bulurum. Davaların Yargıtay da incelenmesi sırasında da bu konunun büyük kolaylık sağlayacağı açıktır. Savcılık karar değil dava makamıdır. Yargılama sırasında ve duruşmada savcılarımızın kendilerini herhangi bir davanın taraflarından sayarak ısrarlı açıklamaları ve görüşlerinin kabul edilmesini ve desteklenmesini sağlamak için tüm tarihsel ve yasal araçlardan yararlanmayı ihmal etmemeleri gerekir " Kemal Atatürk, Atatürk'ün cumhuriyet savcılarına seslenişi, 9 Ekim 1925, Adalet Bakanlığı tamimleri 1924-1927 den nakleden Doç. Dr. Ali Birinci, Yeni Türkiye Dergisi , Cumhuriyet Özel Sayısı 1, 1988, s. 23-24

(106) "Her ne kadar Cumhuriyet savcılığı CMUK.163.maddesine göre delillerin kamu davasının açılmasına yeterli olup olmadığını taktir yetkisine sahip iseler de , bu yetkinin aşılması suretiyle ve delillerin değerlendirilmesine girilip, bazı kanıtların üstün tutulması yolunda irdelmeler yapılmasının mümkün olmadığına bilinmesi, hazırlık tahkikatı sonunda yeterli delil bulunmaması veya keyfiyetin takibe değer görülmemesi kriterlerinin daha sağlıklı ve titizlikle uygulanmasına özen gösterilmesi" gerektiği müfettiş raporlarına konu olmaktadır.

(103) Dr. M. Kamil Yıldırım, a.g.e., s.200-202

kısıtlandığı böylelikle kendilerine intikal eden ihbar ve başvuruların bu önerilerin etkisi ile büyük oranda kamu davasına dönüştüğü ise değerlendirme ve gerekçe ile bağlantısı nedeni ile ayrıca yoğunlaşmaya değer bir meseledir.

Yargıtay bozma ilamlarından sonraki yargılama sürecinde İlk seviye mahkemelerinin bozma ilamına uyararak verdikleri kararlarda, gerekçelendirme yükümlülüğünün sürdüğü gözetilerek yeniden gerekçe oluşturulması yerine, bozmada belirtilen nedenlere değinmek suretiyle gerekçelendirme yahut blok halinde bu nedenlerin alıntılanarak gerekçelendirme yapılması, keza bozma üzerine eski kararda direnilmesi durumunda da sadece bozmadan önceki karara gönderme yapılması değinilmesi gereken diğer sapma durumudur. Burada mahkemenin bozmaya uyma ile yargılamanın yeni bir sürece girdiğinin, bu sürecin gereği olarak iddia, savunma ve argümanlarının farklı olacağına bilincinde olarak kararların temellendirmesi gerekmektedir. Bozma sonrası yapılan bu etkinliğin bozmada işaret edilen hususlarla örtüşüp örtüşmediğinin de denetlenmesi bakımından önem arz eder. Ancak bir kararın direnme kararı sayılabilmesi için bozmadan önce verilen karar ile direnmeye ilişkin verilen kararın gerekçe ve sonuç yönünden aynı olması gerekmektedir. Bozmadan sonra yeni ve değişik gerekçeye, açıklama ve kanıtlara dayanılarak gerekçelendirme yeni bir hüküm kabul edilmektedir. Direnme hükümleri önceki hükme ilişkin etkinlik ve dayanaklarda ısrar anlamına gelmekte ise de direnmenin ilk hükümden farklı nedenlerinin mutlaka olduğu gözetile-

rek, deklare edilmesinin önceki ve sonraki hükmü ikna edici niteliğini güçlendirici bir etki yaratacağı unutulmamalıdır.

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

Kısa karar ile gerekçeli kararın birbiri ile çelişkili olması, gerekçeli kararın matbu şekilde oluşturulması yargı pratiğimizin yakından bilenen ayrı sapma türlerindedir. Bu şekildeki gerekçesizlik modeli ya kısa karar ile gerekçeli kararın birbiri ile çelişik olması yahut gerekçeli kararın kendi içinde bir mantıksal bütünlük oluşturmadığı şeklinde gerçekleşebilir.⁽¹⁰⁸⁾ Yargıtay'ın bu konudaki zorlayıcı tutumu ve sınırlı da olsa elde edilen donanımlarla matbu karar yazımı şeklindeki etkinliğin artık sistemi Yetki aşımı suretiyle gerekçelendirmeye ilişkin örnek, pratikte ilk seviye mahkemeleri kararlarında gözlenen ihlal biçimidir. Bu türün dikkat çekici olanı gerekçede sanığın manevi kişiliğine ilişkin (sözgelimi ahlaki temayülü vs.) nedenlere gönderme yapılarak erteleme istemlerinin reddine ilişkin kararlarda göze çarpar. Ancak anılan ihlal biçiminin Yargıtay uygulamalarının zorlayıcı

tutumu ile giderek unutulduğu da bir gerçektir.

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

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

lüklerini koruyucu, geliştirici etkinlikte bulunmalıdırlar.

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

Sonsöz

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

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

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

Böylelikle bireyler uluslararası hukuktan doğan haklarını yetkili ulusal

(107) Y.2.CD.24.03.1995 T.,1995/2419-3803

(108) YCGK.20.12.1993,1993/10-304,337 S.K.

(109) Sancar a.g.e. sayfa 193

(110) Dr. Tören Yücel a.g.e.sayfa 166

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

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

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

3-Ancak bu şekildeki edim, Avrupa Mahkemesi içtihatlarının kaba bir uygulaması yahut doğrudan emsal alınması şeklinde algı ve yorumlanması yerine, bu içtihatların içeriğindeki "temel ilkelere" ve bununla "ulaşılacak istenen amaç"ın saptanması ile gerçekleştirilmiş olacaktır.

4-Yöresel Yargı organları; Demokratik bir Siyasal Rejim ve Hukuk'un üstünlüğünün yöneldiği barış ve adalet

idesinin yargılama alanında gerçekleşmesinin her şeyden evvel "Doğru Hukukun Bilgisi"⁽¹¹¹⁾ yanında "Hukukun Kültürü" dayalı bir etkinlik olduğunun farkında olarak, davranmaları gerekmektedir.

Ancak, bunun adına ister "istenç" ister "paradigma" densin mutlaka bir uygulama iradesine gereksinim vardır. Uygulama iradesi ise özellikle ve öncelikle bir özleştirinin varlığını gerektirir. Özleştirisi ise, Yargıçların 'duruşma anlayışından yargılama anlayışına'⁽¹¹²⁾ geçişi sağlayacak ve haklara erişmeyi kolaylaştıracak, güvence altına alacak, bilgi temelli etkinliklerini artırmaları, iddia makamının ise gerek kendisi gerekse adına görev yapan kişi ve kurumlar aracılığı ile 'argüman çokluğundan ziyade argüman ağırlığını esas alan'⁽¹¹³⁾ hızlı, etkili ve sonuç alıcı delil elde etme yöntemini geliştirmeleri, yargının bağımsız ögesi olan savunmanın ise savunma tekelinin vermiş olduğu yetki ve sorumluluk bilinci ile 'süreçe özenli aktif bir savunma konsepti' ile katkıda bulunmaları ile olanaklıdır.

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

Dolayısı ile yargılamada sürecinde her birinin farklı ancak inkar edilemeyecek etkinlik ve katkısı bulunan bu dinamiklerin somut uyumsuzluğu, Strazburg Yargı Kararlarının norm ve olaya ilişkin yorumları ile bu yorumun özündeki ilkelere yararlanarak gidermeyi amaç edinmeleri, adaletin kolektif bir çabanın

ürünü olduğu savının da gereği olacaktır.

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

Bu bağlamda, hukuku mayalandıran ve tatlandırmanın, hukukun felsefe ve sosyolojisi ile yorum bilimi olduğu bir kez daha anımsanarak ve bu bilimlerin yenden kürsülerde hak ettikleri etkinlik ve konuma kavuşturulması sağlanarak, felsefe ve sosyolojiye yönelik bu ikincil ve ilgisiz tutumun da terk edilmesi gerekmektedir.

Hukuk eğitiminin değişik aşamalarında ve özellikle yargıç eğitiminde bu eksikliğin giderilmesi yargıçların felsefe ve sosyolojideki argümanlara⁽¹¹⁴⁾ başvuru gereksiniminin de dolaylı karşılmasına hizmet edecektir.

Hukuk pratiği ile yorum öğretisi arasındaki yoğun ilişki de akılda tutularak, yorum öğretilerinden fazlası ile yararlanılmasının kapıları mutlaka aralanmalıdır. Yorum metodolojisi anlamlandırma ve nitelendirmede kaçınılmaz bir değere sahiptir. Zira bu kararlardaki hukuksal kavramların açık yada gizlenen anlamları ve normatif düzenleme ile hedeflenen nihai amacın belirlenmesi yargıcın yorum metodolojisini bilip etkili kullanımını ile olanaklıdır.

Bu bağlamda, yorum metodolojisi Genelde Strazburg, özelde de Türk Yargısının geleceğin hukukunun tasarlanmasında sık sık başvuru alanı algılama tanımlama, nitelendirme ve değerlendirme araçlarındandır. Geçmişten günümüze değin geline süreçte insan hakları

nın ve özgürlüklerinin henüz gelişmelerini tamamlamadıkları gözetildiğinde, baş vurulan genişletici ve amaçsal yorum yöntemlerinin anılan gelişimin tamamlanmasında katılımcı ve kurucu bir işlev üstlenecekleri kesindir.

6-Bu anlamda gerekçe de anılan misyonun edinilmesinde insan hakları alanındaki katkılarının bileşeni olarak önemsenmeli bu önem, Strazburg Mahkemesinin temel içtihatlarının referans alınmasında kendini bulmalıdır. Ancak, gerek öğretisi ve gerekse Yüksek Yargının ayrık pratikleri bir yana Avrupa Mahkemesinin temel içtihatları ve insan hakları anlayışı ile uyumlu biçimi gözetildiğinde bu alandaki argümanlardan da yeteri ve gerektiği kadar alınarak karşılıklı etkileşimin kanalları açık tutulmalıdır. İnsan haklarının gelişimi de bu bileşenlerin katkıları ivme kazanacaktır.

7-Gelinen noktada gerekçeli karar hakkı konusunda iç hukuk sisteminin Strazburg yargı organının temel kabul ettiği ölçülerle bir iki ayrıntı dışında örtüştüğü ve kimi zamanlarda da ötede olduğu bir gerçektir.

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

9-Sonuç olarak ifade edilebilir ki;Gerekçeli karar alma hakkı koruyucu düzneninin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa ve yargılama yöntemine ilişkin yasalar, öğretisi ile bunların pratiğinden oluştuğu, bu mekanizmanın niteliği itibarı ile hakkın kullanımını kolay-

(111) H.Ökçesiz,HFSA,S.8,İST.barosu yay,İst.2003,s.120

(112) Bu deyim Sayın Yargıtay Onursal Başkanı Sami Selçuk'un hatırlanamayan bir konuşmasından alınmıştır.

(113) Orjinali "argumente non sunt numeranda sed ponderanda-Argümanları saymamalı,tartmalıdır "olan bu deyim ,insanlığa ait 2000 yıllık ortak hukuk kültürünün bir kuralı olup,Sayın Profesör H,Ökçesizden alınmıştır.

(114) Bu deyim Sayın Doç.Dr.Yasemin Işıktaç'dan ödünç alınmıştır.HFSA 8,s.127

laştıracak ve koruyacak ve geliştirecek bir konseptte sahip olduğu, bu anlamda Türk Yargısının yeterli donanım ve argümana sahip olduğu söylenebilir ise de, ilk seviye yargı yerleri, hazırlık tahkikatı makam ve uzantıları ile yargılamanın diğer ögesi savunma kurumunun bu konseptte tamamıyla uygun pratiklerinin olmadığı belirtilen sapma biçimleri ile ortadadır. Bu konudaki savın Türk Devleti aleyhine açılan ve sona eren mahkumiyet rakamları ile de sabittir.

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

Kaynakça

- 1- Yıldırım, Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İst.
- 2- Kuçuradi, İoanna, Etik, Ankara 1990
- 3- Aşçıoğlu, Çetin, Hukuk Yargılamaında Yargıç ve Avukatların Etkinliği, Ank. 2003
- 4- Kaboğlu, İbrahim Özden, Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1996
- 5- Ökçesiz, Hayrettin, HFSA
- 6- Kant, Emmanuel, Aydınlanma nedir? sorusuna yanıt.
- 7- Yücel, Mustafa Tören, Hukuk ve Gerçekler Ank. 2001
- 8- Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, İst. 2002
- 9- İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İst 2002

10- Gözübüyük, A. Şeref-Gölcüklü, A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Ank. 2003

11- Werges Jacques, Savunma Saldırıyor

12- Işıktaş Yasemin, Hukuk felsefesi ve Sosyolojisi Argümanlarının Hukuk Uygulanmasında Kullanma Olanakları

13- Sancar Mithat, Devlet Aklı Kısacacında Hukuk Devleti, İst 2000

14- Haydar Erol, İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu, Ank. 2002

15- Mole Nuala-Harby Catherina Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. mad. uygulamasına ilişkin Kılavuz, Strazburg 2001

16- Aktan Hamdi Yaver, Yargıtay Uygulamasında Adil Yargılanma, Ank 2003

17- Yurtcan Erdener, Ceza Muhakemeleri Usulü Şerhi, İst., 1988

18- Kuru Baki, Hukuk Usulü Muhakemeleri el kitabı Ank. 1995

19- Kunter Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemeleri Hukuku

20- Reid Karen, Adil Bir Yargılanmanın güvenceleri

21- Tomlinson Hugh, Adil Yargılanma Hakkı

22- Kutlu Mustafa, Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri,

23- Yorgancı Nihat, www. adalet. org

24- Duman, İlker Hasan, Konu ve Sorunlarla Hukuk Devleti İst., 2003

25- Milliyet Gazetesi 04. 01. 2004

26- Birinci Ali, Atatürk'ün cumhuriyet savcılarına seslenişi 1988

Hukuki Yöntem (*)

Klaus Adomeit
Çeviren: Altan Heper

I. Determinizmin Eleştirisi

Kelsen "hukuk öğretisi"nin bir bölümüne nitelendirici bir biçimde "sözüm ona yorum yöntemleri" başlığını vermiş ve şöyle yazmıştır:

"Yorumun bilinen teorisi, somut olaya uygulanan yasanın daima sadece bir doğru kararı verebileceğini ve bu kararın pozitif hukuksal 'doğruluğunun' bizzat yasada kendi kendini gerekçelendirdiğine inandırmak istemektedir... Sadece pozitif hukuka yönelik bir bakış açısından hareket eden, uygulanan hukuk çerçevesinde varolan imkanlardan birini diğerine tercih etmeyi sağlayan bir ölçüt bulunmamaktadır... Şimdiye kadar geliştirilen bütün yorum yöntemleri daima sadece bir olası, fakat hiçbir zaman tek başına doğru bir karara ulaşmayı sağlamaz.(S.349 vd.)

Kesin bir şekilde açıklıkla ifade edersek, burada hukuki endeterminizm öğretisi ile karşı karşıya kalmaktayız. Bu öğreti, yasa ile somut hukuki durumun - yani en hukuki nedir ,, zaten önceden belirlenmiş olduğunu inkar etmektedir. Kesinlikle bu öğreti bunu harcıalem olaylar dışında, yani tam da hukuk yönteminin görevini yapacağı kısım için inkar etmektedir. Böyle bir yöntem olanağı konusunda hukuki endeterminizm

kendi içinde tutarlı olarak tam bir şüpheci, hatta nihilist bir düşünceyi savunmaktadır. Böyle bir cevap yoktur ve böyle bir cevap olamaz. Yasanın içerdiği birden fazla anlama gelme hali bilgi yoluyla tek anlama gelmeye indirgenemez, çünkü yorum sadece mümkün anlamların çoğunluğunu mükemmelleştirici bir biçimde şekillendirmektedir. Kendi kendisini sunan seçenekler arasında bir karar artıkyasa koyucunun değil, yorum yapanın iradesine tabi bir seçim eylemidir.

Kelsen bizzat kendini bir pozitivist olarak (pozitivizm) nitelendirdiği için, yanlış anlamalara yol açması nedeniyle, öğreti burada hukuki endeterminizm olarak adlandırılacaktır. Böylece Kelsen, dünya görüşüne veya dini (doğal hukuka ait) anlayışların içeriklerini geçerli hukukun değerlendirilmesinde dikkate almayı reddettiğini ifade etmek istemektedir. Kelsen'in tersine „gerçek,, pozitivistler determinist bir bakış açısını savunmaktadır. "Gerçek" pozitivistlere göre ya yasa yoluyla (yasa pozitivismi), kavramlarla ve hukuk dogmatizminin sistem yapısı ile (bilimsel pozitivism) veya felsefi anlayışla, örneğin doğal hukuk veya marksizm (idealist veya materyalist pozitivism anlamında) anlamında

(*) Makale Klaus Adomeit'in „Normlogik-Methodenlehre-Rechtspolitikologie" isimli kitabından (Berlin 1980) S.160-168 çevrilmiştir. Makale ilk önce A.Cörlitz tarafından hazırlanan Handlexion zur Rechtswissenschaft (Hukuk Ansiklopedisinde) 1972 „hukuk yöntemi" maddesinde yayımlanmıştır.