

gibi değişkenlerle her zaman değiştirilmeye açık olduğunu varsayar. Bu anlamda postmodern feminizm her türlü genelleştirmelerin ve soyut kuramların reddedilmesine dayanır. Kadınlarla ilgili tek tip değil değişik türde sorunlar söz konusu olabilir. Postmodern feminizm kadınlara ilişkin tüm kuram ve genelleştirmeleri reddetmesi nedeniyle postmodern feminist düşüncede sadece bireysel tekilliklerin meşruluğu kabul edilmeli, tekil farklılıkları yadsayan kadınlara ilişkin her türlü kuram ve genelleştirme reddedilmelidir. Bu noktada postmodern feminizm ancak göreceli bir çoğulculuğu içerir ve kadın sorunlarıyla ilişkili olarak evrensel doğruların olmayacağını kabul eder. Bu çoğulculuk ile birlikte kadınlarla ilgili yerel özelliklerin de dikkate alınması gerekir. Bu noktada postmodern feminist düşüncede kapsamlı bir kadın kimliği olanağı kapatılmış sayılır. Bu durum bir kadınlar ve grup hareketi, kimliği ve özelliği olan feminist hareket için en sorunlu noktadır. Dolayısıyla postmodern feminizm toplumdaki eşitsiz doğallık durumları açıkça ıskalamış olur⁽²³⁾.

Sonuç

Sonuç olarak bütün feminist teorilerin feminizmin çeşitliliğinden dolayı genel bir feminist perspektifi olmadığı dolayısıyla feminist teorilerin toplumdaki bütün kadınları kapsayıcı ortak bir bakış açısını taşımadığı ve gerçekte hiçbir feminist görüşün yeni bir fikir ve yeni bir teori sağlayamadığı ve kuramadığı şeklinde temel bir itiraz ileri sürülmüştür. Bu itiraza göre liberal feminizm liberalizme, marksist-sosyalist feminizm marksizme, postmodern feminizm postmodernizme indirgenmiştir.

Yine feminist hukuk sorunlarının ne olduğu ve bu sorunların çözümü için ne

yapılması gerektiği konusunda hemen hemen bütün teoriler arasında bir uyumsuzluk söz konusudur. Feminist teorilerin her birinin kurduğu farklı teorik çerçeve ve savundukları temel değerler bize farklı gerçeklik tanımları vermektedir. Bugün liberal feministler, kültürel feministler, radikal feministler, marksist sosyalist feministler, zenci feministler, lezbiyen feministler olmak üzere bütün feminist teorileri birleştiren ve diğer teorilerden ayıran tek şey ataerkilliğin reddidir. Bütün diğer teorilerden ayrı olarak sadece feminist teoriler ataerkilliği reddeder. Feminist teoriler arasındaki görüş farklılıklarına rağmen tüm feminist teoriler ataerkilliğin reddi konusunda birleşir.

Ayrıca liberal, radikal, sosyalist, kültürel, postmodern olmak üzere bütün feminist teorilerin geliştirdikleri söylem ve perspektifler temel olarak sivil toplumun oluşumuna kaynaklık edecek niteliktedir. Ancak feminist düşünce teorilerinin sorun olarak gördüğü nedenlerin temel referans noktası ve çözüm önerileri farklılıklar taşır. Liberal feminizm kadınların ezilmişliğinin nedeni olarak toplumdaki sosyal, ekonomik ve hukuki eşitsizlikleri görürken, radikal feminizm kadın bedenini referans almakta ve kadın bedenine ait değerlerin yeniden tanımlanmasını ve değerlendirilmesini temel almaktadır. Sosyalist feminizm ise kadınların ezilme nedeni olarak ekonomik faktörlerin belirleyici olduğunu ileri sürer. Bütün feminist teorilerin ortak paydalarından birisi de kadınların kamusal alana taşınması gerekliliğini ileri sürmeleridir. Böylelikle kadınların kamusal alana değerleri ile taşınmasının sonucu olarak kamusal alan bir farklılığa kavuşacak erkeksi değerlerle kurgulanan kamusal alan dönüşüme uğrayacaktır.

Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usulünde Çözüm Arayışları

Halûk Konuralp^(*)

1. Giriş ve adil yargılanma hakkı

2000'li yılların başlarında Usul Hukuku bakımından önemli sayılması gereken bir konu bu alandaki çözüm arayışlarıdır. Bu noktada "Adil Yargılanma Hakkı" kavramsal ve sembolik bir çıkış noktasıdır. Çünkü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) insan haklarına ilişkin metinlerin en gelişmiş ve en nitelikli olarak kabul edilmektedir. Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanan ve bireysel başvuruya ilişkin Türkiye bildiriminin 1987 yılında yapıldığı AİHS'nin 6ncı maddesi ile yargılama hukuku alanında temel bir uluslararası düzenlemenin çerçevesini çizmiştir: "Adil yargılanma hakkı". Söz konusu 6ncı maddenin 1 numaralı bendine göre "Herkes gerek hak ve yükümlülükleri ile ilgili çekişmeler gerek ceza hukuku alanında kendisine karşı isnat edilen suçlamalar hakkında karar verecek olan kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun (adil) ve alenî olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm alenî olarak verilir. Şu kadar ki, demokratik bir toplumda kamu düzeninin ve milli güvenliğinin veya (genel) ahlâkın yararına ve küçüklerin ya da davaya taraf olanların korunması veya adaletin selâmetine zarar verebileceği özel hallerde mahkemece zorunlu görülecek ölçüde aleniyet dava süresin-

ce veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir". Söz konusu bu birinci bent hükmü açıkça görüldüğü gibi hem hukuk hem ceza yargısı bakımından ortaktır. Adil yargılanma hakkına ilişkin bu ortak çerçevenin temel unsurları,

- Kanunla kurulmuş bir mahkeme,
- Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme
- Makul bir sürede tamamlanan yargılama
- Hakkaniyete uygun ve alenî yargılama

ait başlıklardan oluşmaktadır. 6ncı madde ile bu unsurlardan sadece aleniyetin belirtilen gerekçelerle sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Aleniyet dışındaki adil yargılanma unsurlarınca sınırlanmasından söz edilmemiştir. Yani kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma, sınırlanmayacak bir şekilde temel insan hakkı olarak tanımlanmıştır. Makul bir sürede yargılanma ve hakkaniyete uygun karar verme unsurları ise nitelikleri gereği daha esnek kavramlardır.

AİHS'ye göre, adil yargılanma hakkının yukarıda sözü edilen unsurlarına özellikle usul hukuku, yani özel hukuk uyumsuzlukları açısından bakıldığında, gerek Anayasa gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki bazı hükümlerle bu unsurların hemen hemen tamamının karşılandığı görülmektedir.

(*) Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(23) Barnett, p. 199-200.

Anayasanın, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağını düzenleyen 9, 138 ve 139 uncu, duruşmaların alenî olacağına ilişkin 141 inci, mahkemelerin kuruluşunun, görev yetkilerinin kanunla düzenlenmesine ilişkin 142 inci ve nihayet kanunî hâkim ilkesine ilişkin 37 inci maddesindeki düzenlemelerle AİHS'nin 6 ıncı maddesindeki adil yargılanma hakkının belli başlı unsurları anayasal düzeyde tanımlanmış olmaktadır. Bu arada, 2001 yılında yapılan kapsamlı Anayasa değişikliği ile adil yargılanma hakkı, 36ncı madde metnine alınmak suretiyle anayasal terminolojiye katılmıştır (Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, b.3, İstanbul 2002 s.59) Öte yandan, HUMK'un 28, 29 ve devamı maddeleri ile hukuk hâkiminin tarafsızlığı, 77 inci maddesi ile yargılamanın süratli yapılması ve 149 uncu maddesi ile yargılamanın alenen gerçekleştirilmesi hususları kanunî düzeyde düzenlenmiştir.

Burada yargılamanın aleniyeti konusuna kısaca değinmek gerekir. Aslında alenî yargılama, yargılamanın tarafsız yapıldığının bir denetim unsurudur. Ancak, konuya yargı medya ilişkisi açısından bakıldığında medyanın yoğun ilgisini çeken davalarda, yargısal davranışçılık açısından "çekingenlik" faktörünü harekete geçirebileceğini de hatırlamak gerekir.

Ancak, bütün bu düzenlemelere rağmen, AİHS'de ifadesini bulan adil yargılanma hakkını tam olarak karşıladığı konusunda bazı duraksamaları ifade eden görüş ve değerlendirilmelerin de bulunduğuna işaret etmek gerekir. Gerçekten kavramsal olarak, açıkça adil yargılanma hakkından söz eden bir

Anayasa hükmü, 2001 yılı değişikliğine kadar bulunmamaktaydı. Ne var ki bu şekilde açık ve doğrudan bir Anayasa hükmünün bulunmadığından yola çıkarak, Türk yargılama sistemi bakımından adil yargılanma hakkının tanınmadığını söylemek, değişiklik öncesi dönem bakımından da gerçekçi değildir. Gerek anayasal düzeyde gerek kanunî düzeyde adil yargılanma hakkının münferit unsurlarının ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş olması, Türkiye Cumhuriyetinin temelde adil yargılanma hakkını ihtiva eden bir yargılama düzeyini benimsediğini açıkça ortaya koymaktadır.

Bu husus, hiç değilse hukuk usulü - özel hukuk uyumsuzlukları bakımından kabul edilebilecek önermedir.

2. Hukuk, özellikle yargılama hukuku açısından toplumsal geleceğimiz ve bazı ihtiyaçlar

Yargılama hukuku alanında gelecek dönemin ihtiyaçlarını tasarlayıp, esnek hukukî anlayışlar üretebilmek için hareket noktası, bütün insanlığı olduğu gibi Türkiye'yi de bekleyen geleceğin şimdiden görülebilen özelliklerini saptamak olmalıdır. 21inci yüzyılın yani yakın geleceğin toplumu, şehirleşmeyi hızla sürdüren, haberleşmenin ve ulaştırmanın daha da geliştiği, yaşam ortalamasının yükseldiği, ekonomik ilişkilerin arttığı ve yoğunlaştığı; kimi zaman hızlandığı, zaman zaman da krizler yaşandığı, tüketim eğilimlerinin arttığı bir toplum olacaktır. Bilim ve teknoloji alanındaki gelişmeleri ise tahmin etmek kolay değildir. Bütün bu gelişim ve değişimlerin ise insanlar arasındaki ilişkileri ve buna bağlı olarak anlaşmazlık ve uyumsuzlukları çeşitlendireceği ve arttıracığı da ortadadır.

Tüketim ilişkilerinin artması Tüketici Hukukunun yavaş da olsa gelişmesi sonucunu doğurmaktadır. Bunun sonucunda ise, bu alandaki uyumsuzluklar günümüzdekinden farklı bir artış sergileyecektir. Bu alanda geleceğe yönelik bir uyumsuzluk çözümü anlayışı geliştirilmezse, "günümüzün koşullarına göre" kurulmuş tüketici mahkemeleri, sistemin bir parçası olan Tüketici Sorunları Hakem Heyetleriyle birlikte, boyutları ve yargılama sistemi ile (basit yargılama usulü), beklenen çözümleri üretmekte güçlük çekeceklerdir.

Ulaştırmanın ve haberleşmenin gelişimi eskiye kıyasla sık yer değiştiren bir insan tipini ortaya koymaktadır. Kişilerin "nüfusa kayıtlı oldukları" yer kavramı büyük ölçüde önemini kaybedecektir. Aslında, bu değişim bugün iç göçün etkisiyle çoktan başlamıştır. Bugün bir çok çocuk ve genç hiç görmedikleri bir yer olan "babalarının nüfusuna kayıtlıdır". Yargılama hukuku açısından özellikle tebligat ve mahkemelerin yetkisi konusunda, yer değiştirmeye bağlı sorunlar yaşanacağı açıktır.

Şehirlerde, özellikle büyük şehirlerde nüfus yoğunlaşmasının bir sonucu olarak, kat mülkiyeti, ortak kullanım alanları, kiracı-kiralayan ilişkileri ve konut işletme kooperatifleri konularında uyumsuzluklar artmaktadır. Özellikle toplumsal barış kavramı ile çok yakından ilgili bu tür uyumsuzlukların çözümü daha büyük bir önem kazanacaktır.

İletişimde meydana gelen değişiklikler ve bankacılık sektörünün getireceği yenilikler daha bugünden hissedilen elektronik uyumsuzlukları ve "plastik para" (kredi kartı vb.) uyumsuzluklarını gündeme getirmektedir. Aslında bu kanunun iki boyutu bulunmaktadır: Banka kartlarına ve kredi kartlarına ilişkin

kanunî düzenlemenin henüz yapılmamış oluşu ve sürdürülmekte olan e-imza / e- devlet yaklaşımı.

Tıp ve biyoloji alanında kısa zamanda kat edilen büyük mesafe ise, babalık davası ve benzeri nesep uyumsuzluklarında geleneksel delil anlayışını daha şimdiden ve temelinden zorlamaya başlamıştır.

3. Yaşlanan hukuk kuralları ve hukuk kurallarının oluşturulma süreci

Aslında hukuk kuralları her zaman eski olmak durumundadır. Bir çok hukuk kuralı gibi usul hukukuna ilişkin kurallar da bir süre uygulandıktan sonra eski hale gelirler ve değiştirilip yenilenmeleri gerekir. Fakat 20inci yüzyılın son yarısında toplumsal değişim ve gelişim o ölçüde hızlanmıştır ki geleneksel anlayışa göre yapılan reformların ömrü 10-15 yılı geçmemektedir. İçinde bulunduğumuz 21inci yüzyılda gelişim ve değişim ivmesinin artacağı gerçeği de göz önüne alınırsa, reform ihtiyacının en çok 10 yılda bir hissedileceğini söylemek pek yanlış olmaz. 19uncu Yüzyıl sonlarında Avrupa'da büyük kanunlaştırma hareketleri gerçekleştirilirken, bu kanunları hazırlayanların çok vakitleri varmış. Bu kanunları hazırlayan hukukçular Almanya'da veya İsviçre'de uzun yıllar çalışarak kimilerine göre "harika eserler" oluşturmuşlar. Ancak bugün durum yüz yıl öncesinden çok farklı. Yüksek gelişim ve değişim hızı hukukçulara "büyük kanunlar" hazırlamaları için 20-30 yıllık süreler tanımıyor. Yeni ihtiyaçlar çok hızlı bir biçimde ortaya çıkıyor ve hemen çözüm bekliyorlar. Burada, eldeki eski düzenlemelerde yeni çözümler üretme gereği ortaya çıkıyor.

Aslında önümüzdeki dönemde meydana gelebilecek gelişmeleri tahmin yolu ile belirlemek mümkün değildir. Dolayısıyla "müstakbel" ve "müşahhas" ihtiyaçlarının her birini tespit edip bunlara hukuki çareler, özellikle yargılama hukuku çözümleri üretmek de ancak sınırlı bir yarar sağlayabilecektir. Bunun önüne geçebilmesi için gelecek dönemin, yani Yirmi Birinci Yüzyıl Türkiye'sinin ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir "uzun vadeli medenî usul hukuku politikası" oluşturulmalıdır. Bunun vadesi gerçekten uzun olmalıdır. Beş yıllık planların adli hizmetlere ilişkin bölümleri kısa olan vadeleri nedeniyle umulan sonuçları verememişlerdir. Yargılama hukuku bakımından yapılması gereken şey hiç değilse 30-40 yıl öteye uzanan uzun vadeli projeksiyonlar üretebilmektedir.

4. Hukuk usulünde çözüm arayışları

2004 yılı itibariyle hukuk usulünde çözüm arayışı süreci, önceki dönemlere kıyasta daha büyük bir ivme kazanmıştır. Bir yandan Türkiye - AB ilişkileri, diğer yandan başta IMF ve Dünya Bankası ile ilişkiler bu ivmenin artmasında önemli rol oynamaktadır. Bu çerçevede hukuk usulünde çözüm arayışlarına üç açıdan yaklaşmak gerekmektedir.

Bunlardan birincisi sistem ve yargılama teknikleri bakımından düşünülen ve önerilen yeniliklerdir. İkincisi ise, sistem ve yargılama teknikleri açısından önerilen değişikliklerin düşünsel temelleridir. Üçüncü husus ise, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bütününi değiştirmeye yönelik olup Adalet Bakanlığı bünyesinde yürütülmekte olan çalışmadır. Hemen belirtmek gerekir ki, Bakanlık bünyesinde sürdürülen

çalışma bu incelemenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

Sistem ve yargılama teknikleri bakımından gündemde olan yenilikler, sırasıyla istinaf derecesinin oluşturulması, çekişmesiz yargı işlerinde yapılması düşünülen yenilikler, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelik ve icra dairelerinde yapısal değişiklik düşünceleridir. Sistem ve yargılama teknikleri açısından önerilen ve bir kısmı gerçekleştirme sürecinde bulunan bu değişikliklerin düşünsel temelleri ise dört başlık altında sınıflanabilir: Ekonomik ölçütlere dayalı çözüm arayışları, yerleşme ve merkezi idareden uzaklaşma anlayışı, yargı birliğine yönelik ve idari yargıya bakış açısından çözüm önerileri ve nihayet uluslararası ekonomik ilişkilerden kaynaklanan çözüm arayışları. Bu düşünsel temellerin hepsi aynı ağırlık ve etkinlikte değildir. Ancak öyle veya böyle bu görüşler telâffuz edilmekte ve yargı alanında sağlıklı çözümün düşünsel temelleri olarak farklı çevreler tarafından dile getirilmektedir.

a. Sistem ve yargılama teknikleri açısından hukuk usulünde çözüm arayışları

i. İstinaf derecesinin oluşturulması

Yargılama alanında, Türkiye'deki yargılama siteminde önceden bulunmayan istinaf derecesinin oluşturulması, çözüm arayışlarının en kapsamlı ve büyük ölçüde hukukî alt yapısı oluşturulmuş olanıdır. Hatırlamak gerekir ki, istinaf derecesi sadece hukuk yargılamasına getirilen bir yenilik değildir. Adli yargının tamamını kapsayacak bir biçimde yapılan kanunlaştırmalarla hem hukuk, hem de ceza yargısı alanında Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasıyla istinaf derecesi oluşturulmuştur. Ancak bu yargılama derecesinin fa-

aliyete geçmesi birkaç yılı bulacak bir zaman alacaktır.

Hukuk usulünde çok az konu istinaf derecesi kadar tartışılmış; meslek çevreleri arasında derin görüş ve değerlendirme farklılıklarına yol açmıştır. Avrupa yargılama sistemlerinde tarihî temelleriyle varlığını sürdüren istinaf derecesi, Türk hukukçularının bir kısmı tarafından hukuk devletinin bir gereği ve insan hakları açısından atılması gerekli bir adım olarak nitelenirken, aksi görüşteki hukukçular istinaf derecesini sistemi tıkayacak ve ağırlaştıracak bir araç olarak değerlendirmişlerdir. Özellikle Türkiye Barolar Birliği uzun yıllar devam eden bir süreç içerisinde istinaf derecesine karşı çıkmış, sistem önerisiyle ilgili ciddi eleştirilerde bulunmuştur. Bazı sözcüler istinaf derecesini eskiye, Osmanlıya dönüş olarak nitelendirmiş, Cumhuriyetin kazanımlarından bir uzaklaşma olarak nitelemişlerdir. TBMM'de yapılan görüşmeler sırasında CHP milletvekilleri istinaf düzenlenmesinin bölgesel mahkemeler öngörmesi nedeniyle üniter devlet anlayışıyla da bağdaşmayacağını savunmuşlardır. Ancak Bölge Adliye Mahkemeleri ve istinaf derecesi ile ilgili kanunî düzenlemelerin yapıp Resmî Gazetede yayınlanmasından sonra, istinaf karşıtı rüzgâr yerini daha hafif ama etkili olabilecek farklı bir akıma bırakmıştır. Türkiye'nin çeşitli yörelerinde, başta barolar olmak üzere, yerel yöneticiler, üniversite rektörleri, meslek odası başkanları ve en önemlisi yöre milletvekilleri kendi yörelerinde Bölge Adliye Mahkemesi kurulması için çok ciddi bir biçimde talepte bulunmaya başlamışlardır. Tabii bu girişim sürecindeki etken, kurulacak bölge adliye mahkemesinin yöreye getireceği katkı beklentisidir. Bu yönüyle istinaf

derecesinin benimsenmeye başladığı söylenebilir. Ancak, istinaf derecesinin yargılama sürecine ve esas itibariyle hak arama özgürlüğüne getireceği katkı uygulama süreci ve anlayışıyla ortaya çıkabilecektir. Bir ülkenin hukuk kültürüne yabancı ve yeni bir müessesenin katkı getirebilmesi iki hususun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. Uygulayıcıların bilgi düzeyi ve yine uygulayıcıların benimsenmesi. Uygulayıcıların bilgi düzeyinin artması bu alanda yapılacak ve malzeme oluşturacak araştırmaların, çalışmaların, yayınların yapılmasına bağlıdır. Benimsenme konusu ise önceden kestirilemeyecek bir husustur. Ancak, Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşu ve göreve başlamasıyla, Yargıtay'ın iş yükü önemli ölçüde azalacağından çok uzun bir süre yeni Yargıtay üyesine ihtiyaç duyulmayacaktır. Bu durum ise, genç hâkimlerde Yargıtay üyeliği beklentisini ortadan kaldıracaktır. Ortaya çıkacak bu hâlin hâkim ve savcılarının meslekî motivasyonlarını etkileyip etkilemeyeceğini zaman gösterecektir.

ii. Çekişmesiz yargı işlerinde düşünülen yenilikler

Çekişmesiz yargı işleri, hukuk mahkemelerinin dosya yoğunluğunun önemli bir bölümünü oluşturan, ancak özellikle hâkimin ciddi bir meslekî faaliyetini gerektirmeyen, mirasçılık belgesi verilmesi gibi işlerdir. Bu tür işlerin mahkemelerin, daha doğru bir ifadeyle hâkimlerin görev alanından çıkarılması Türk hukuk çevrelerinde öteden beri dile getirilmiştir. Böylece mahkemelerin iş yüklerinde sayısal olarak ciddi bir azalma olacağı ve bu şekilde gerçek yargılama faaliyetine daha çok zaman ayrılmak suretiyle yargılamanın etkinliğinin artacağı düşünülmüştür. Geçmiş dönemlerde hâkimlerden atına-

cak bu görevin adli memurlara, mahkeme yazı işleri müdürlerine verilmesinin uygun olacağı da dile getirilmiştir. Son zamanlarda yeniden ve daha etkili bir biçimde gündeme gelmiş olan bu konu, bu kere farklı bir yaklaşım içermektedir. Çekişmesiz yargı işlerinin mahkemelerden alınıp noterlere verilmesi... Bu yönüyle bakıldığında, çekişmesiz yargı artık sadece mahkemenin değil, adliyenin de görev alanından çıkarılmakta; icra edildiği mekân olarak da adliyenin dışında bırakılmak istenmektedir. Bir meslek örgütü olarak Türkiye Noterler Birliği bu göreve ciddi bir biçimde talip olmaktadır. Bu konudaki kanunlaştırma çalışmaları henüz hazırlık aşamasındadır.

iii. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelik

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelik esas itibarıyla Kuzey Amerika kökenli bir anlayış olup son 20 yıl içinde Avrupa'da da uygulama alanı bulmuştur. Türkiye'de de son zamanlarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hukukçuların ilgi alanına girdiği gibi, yargı düzenindeki reform arayışlarının da önemli unsurlarından bir olarak görülmeye başlanmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu fikrinin esasları insanların uyuşmazlıklarını mahkemenin dışında, mahkeme hükmüne gerek olmadan çözmeleri noktasına dayanmaktadır.

Modern ve çağdaş devlet anlayışı ve kamu yönetimi bakımından, bireylerle bireyler ve bireylerle kamu otoritesi arasındaki uyuşmazlıkların aslî çözüm yolu devlet yargısına başvurulmak suretiyle bulunmaktadır. Devlet ve yönetim biçimi ne olursa olsun, uyuşmazlık denilince akla, devletin üç temel fonksiyonundan biri olan yargı fonksiyonu

ve bu fonksiyonu gerçekleştiren yargı organı gelmektedir. Kabul edilen devlet biçimine göre, mahkemenin yargılamanın işleyişi üzerindeki egemenliği ve etkinliği az veya çok olsa da, uyuşmazlıkların aslî çözüm yolu, devlet yargısının önünden geçmektedir.

Uyuşmazlıkların aslî çözüm yolu yargısal çözüm olmakla birlikte, mahkeme dışı çözüm yolları da geçen yüzyıllardan beri kişiler arasındaki uyuşmazlıkları ortadan kaldırmakta başvurulan yollar olmuştur. Bunlardan sulh, sadece mahkemenin değil, herhangi bir üçüncü kişinin müdahalesi olmadan, sadece uyuşmazlığın taraflarınca gerçekleştirilen mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Diğer mahkeme dışı çözüm yollarından en çok başvuru alanları ise, arabuluculuk ve uzlaştırmadır. Bu iki yolun sulhten ayrıldığı en önemli nokta, taraflar dışında üçüncü bir kişinin çözüm arayışına, taraflarla birlikte, katkıda bulunmasıdır. En çok bilinen uyuşmazlık çözüm yollarından tahkim ise, çözüm üçüncü bir kişi (veya kişiler) tarafından gerçekleştirilmesi yönü ile sulhten, varılan sonucun (hükümün) bağlayıcı olması (kesin hüküm etkisi) ve kısmen devlet yargısına tâbi olması (temyize tabi olması) bakımından da sulhle birlikte diğer bütün yargı dışı çözüm yollarından ayrılan bir yöntemdir.

Yirminci yüzyılın son çeyreği, gerek Kuzey Amerika'da, gerek Batı Avrupa'da uyuşmazlıklara yargı dışı yollarla çözüm bulunması konusunda yaygın bir eğilimin ortaya çıktığı dönem olmuştur. Sözü edilen dönemde, bir yandan Amerikan liberal devlet anlayışı, gelişen iktisadî ilişkilerle Avrupa hukuk sistemlerini liberalleştirmek suretiyle etkilerken, öte yandan İngiliz - Amerikan hukuk sistemleri de gelenek-

sel "aşırı pasif mahkeme" anlayışlarının ortaya çıkardığı sıkıntıları Avrupa menseli "daha aktif mahkeme" yöntemi ile çözmeye çalışmaktadırlar. Bu karşılıklı etkileşim süreci içinde, her iki sistem için de ortak olduğu gözlenebilen bir husus, yargı dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine eski dönemlere kıyasla, daha yakın bir ilginin ve hattâ kanunlaştırma süreçlerinin varlığıdır. Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'de öne çıkan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hareketi bir yana, Batı Avrupa hukuk sistemleri içerisinde nispeten geleneksel bir yapısı olan Fransız hukuk sisteminde de hukuk davalarında alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yargısal bir biçimde teşvik edilmesi ve yargılama süreci içerisinde yer alması ilgi çekici bir nokta oluşturmaktadır.

Türk hukuku bakımından da, son yıllarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin bir yönelişten söz edilebilir. Bunlardan birincisi, 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunla kurulan "tahkim kurulu"dur. Adı geçen kanunun 14üncü maddesine göre, "tahkim kurulu, Federasyon ile kulüpler; federasyon ile hakemler; federasyon ile teknik direktör ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktörler ve antrenörler; kulüpler ile oyuncular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilâflar hakkında Yönetim Kurulunca verilecek kararlar ile disiplin kurulu kararlarını, ilgililerin itirazları üzerine inceleyerek kesin karara bağlar". Bu düzenleme ile, maddenin kapsadığı alanlarda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, yargının görev alanı dışına taşınarak, devlet yargısına alternatif bir yolla çözülmek istenmiştir.

İkinci örnek, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 22nci

maddesinde düzenlenmiş olan Tüketici Sorunları Hakem Heyeti uygulamasıdır. Getirilen bu düzenleme ile, tüketicilerin taraf olduğu uyuşmazlıklara yargı dışı bir çözüm yolu açılmak istenilmiştir.

Üçüncü ve son örnek, Avukatlık Kanununun 35A maddesi ile getirilen ve avukatların müvekkillerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda, iki tarafı anlaşdırmak suretiyle uzlaştırmaya gidebilmesidir. Bu düzenleme ile, uzlaştırma tutanaklarına ilâm niteliği de tanınmak suretiyle, aralarında uyuşmazlık olan tarafların, bu uyuşmazlığı mahkemeye başvurmadan çözüme imkânı bulabilmeleri sağlanmak istenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda sözü edilen her üç yöntem de gerçek ve tam anlamı ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından değildir. Her üç uyuşmazlık çözüm yolunda da "gönüllülük esaslı" geri planda bırakılmış; ya başvurmada veya hüküm ve sonuçlarında "zorunluluk esaslı" getirilmiştir. Gerçekten, Tahkim Kurulu uygulamasında hem başvuru hem de kurulun vardığı sonuç (karar) zorunluluk esasına göredir. Tüketici sorunları hakem heyeti uygulamasında ise, belli bir değer altındaki uyuşmazlıklar bakımından bu yola başvurulmasının bir dava şartı olarak zorunlu kılınmış olması, "gönüllülük esaslı" bir ölçüde de olsa zedelemektedir. Nihayet, Avukatlık Kanununa göre hazırlanıp imzalanacak uzlaştırma tutanaklarının, İcra ve İflâs Kanununun 38 inci maddesine göre ilâm niteliğinde belgelerden sayılması; yani sonucun yargı kararı ile eşdeğer sayılması da gönüllülük esasının başlangıçta olmasa da sonuçta terk edildiğini göstermektedir.

Söz konusu düzenlemelerin bütünü ile değerlendirilmesinden, çeşitli ülke-

lerde olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin bir yöneliş bulunduğu sonucu çıkarılabilmektedir. Bunun ötesinde, siyasal iktidarın ve adalet bürokrasisinin son zamanlarda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları konusunda yeni arayışlara girmiş olduklarından da söz etmek gerekir. Bu arayışın temelinde ise, tıpkı çekişmesiz yargı işlerinin mahkemelerin görev alanından çıkarılmasında olduğu gibi, bir kısım uyuşmazlıkların mahkemeler dışında çözülmesiyle -eğer gerçekleşebilirse- tasarruf edilecek emek ve zamanın adli sistemin işleyişinde daha yararlı sonuçlar getirebileceği düşüncesinin yattığı sanılmaktadır.

iv. İcra dairelerinde yapısal değişiklik düşünceleri

Hukuk usulünde çözüm arayışları süreci içerisinde, sistem ve yargılama teknikleri açısından getirilen çözüm önerileri arasında en ilgi çekici olanı icra ve iflâs dairelerinde yapısal değişiklik düşüncesidir. Gerçekten en ilgi çekici olanıdır, çünkü mahkeme ilâmlarının ve ilâma dayanmayan alacakların zorla yerine getirilmesi sürecinin aslı uygulayıcısı olan icra dairelerinin, Devletin kontrolü altında olmakla birlikte, Devlet teşkilâtı dışına çıkarılması önerilmektedir. Bu çözüm önerisinin öne çıkan gerekçesi adli kirlenmenin adliye dışına çıkarılmasıdır. Devletin cebrî-icra örgütünü oluşturan icra ve iflâs dairelerine ilişkin olarak belli bir ölçüde de olsa, adli kirlenmenin önemli bir parçası olduğu konusunda yaygın ve kimi zaman da medya tarafından desteklenen bir kanaat olduğu bir gerçektir. Bu noktada, çözülmesi gerekli bir problemin varlığı ortadadır. Sorun, bu problemin nasıl çözüleceği konusunda- dır. Getirilen öneri, sorunlu olan bir ad-

li örgüt parçasını (icra ve iflâs daireleri) sorunlarıyla birlikte sitem dışına çıkar- maktır. Henüz ciddi bir biçimde tartışmaya dahi açılmamış olan icra ve iflâs dairelerinin özerkleştirilmesi düşüncesinin temel hak ve özgürlükler anlayışı ve bu arada -dolaylı da olsa- adil yargılanma hakkı kavramlarıyla ciddi bir şekilde çelişeceği ve hukuk çevrelerinde kolaylıkla benimsenmeyeceği düşünülmektedir. Özellikle, özelleştirme anlayışının çalkantıları içerisinde, icra dairelerinin özerkleştirilmesi eğiliminin, icra dairelerinin özelleştirilmesi olarak algılanacağı da göz önünde bulundurulunca...

b. Düşünce temelleri açısından hukuk usulünde çözüm arayışları

Yukarıda da belirtildiği gibi değişiklik önerilerin düşünsel temelleri dört başlık altında sınıflanabilir: Ekonomik ölçütlere dayalı çözüm arayışları, yerleşme ve merkezi idareden uzaklaşma anlayışı, yargı birliğine yöneliş ve idari yargıya bakış açısından çözüm önerileri ve nihayet uluslar arası ekonomik ilişkilerden kaynaklanan çözüm arayışları. Bu dört başlık, hiç kuşkusuz kişisel bir nitelendirmeden ibarettir. Bu listeye başka çıkış noktaları eklenebileceği gibi, bunlardan bazılarının medenî usul hukuku alanındaki çözüm arayışlarının düşünsel temellerinden olmadığı da ileri sürülebilir. Bu durum yukarıda sıralanan ve incelenen sistem ve yargılama teknikleri açısından getirilmiş olan çözüm önerilerinin ortak noktalarının ne şekilde değerlendirildiğine bağlıdır.

i. Ekonomik ölçütlere dayalı çözüm arayışları

Gereksiz yargılama giderinden kaçınmak ve böylece hak arama özgürlüğünün geniş kitleler tarafından mâli ba-

kımdan ciddi biçimde zorlanmadan kullanılabilmesi, bireyi ve onun hak arama özgürlüğünü öne çıkaran bir anlayışın ifadesidir. "Pahalı olmayan yargılama" ilkesi hem Anayasada, hem de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ifadesini bulmuştur. Ancak, son zamanlarda öne çıkan bir başka yaklaşım, yargılama alanındaki faaliyetin, yani Devletin faaliyetinin ekonomik maliyetini araştırmaktır. Bu noktada, örneğin evli bir çiftin boşanmasının Devlete olan maliyeti araştırılabilmektedir. İstinaf derecesinin gerçekleştirilmesi süreci bir yana bırakılacak olursa, getirilen değişiklik önerilerinin neredeyse tamamının ortak noktası, adli bütçede ölçülebilir bir tasarruf sağlayacağıdır. Bir an için üç değişiklik önerisinin de gerçekleşip kanunlaştığı düşünülecek olursa bu durum kolaylıkla görülebilir. Devlet, çekişmesiz yargı işlerini notelere devretmiş, çok sayıda uyuşmazlık mahkeme dışı alternatif çözüm yollarıyla çözülmekte ve icra daireleri genel bütçenin dışında özerkleştirilmiş bir biçimde faaliyetlerini sürdürüyor... Bu durumun adli harcamalarda ciddi bir düşüş sağlayacağı ortadadır. Ancak uygulamanın sosyal maliyetinin hesaplanması da gerekir. Bu şekilde kısmen daraltılmış ve kısmen özerkleştirilmiş bir adli yapının, bireyin hak arama özgürlüğünün bir parçası olarak öngörülmesi "pahalı olmayan yargı" ilkesiyle ne derecede uyumlu olabileceği de kuşkuludur. Sorun, ekonomik temelli çözüm önerilerinin eş zamanlı olarak gündeme gelmesindedir. Nispeten uzun ve anlamlı bir süreç içerisinde farklı zamanlarda gerçekleştirilmesi sakıncalı olmayacak bir dizi değişikliğin kısa bir sürede uygulamaya geçirilmesi geniş kitle-

ler tarafından farklı biçimlerde algılanabilecektir.

ii. Yerleşme ve merkezî idareden uzaklaşma anlayışı

Yerleşme ve merkezî idareden uzaklaşma anlayışının Devlet yönetimine egemen olmaya başlaması konusu gittikçe artan bir ivme kazanmaktadır. Bir bütün olarak Kamu Yönetimi Reform Projesi yapılan çeşitli kanunlaştırmalarla ve bunlara bağlı olarak idarenin taşra teşkilâtının lağvedilmesiyle sürdürülmektedir. Aslında adli örgütlenmeye ilişkin olarak benzeri bir faaliyet yürütülmemektedir. Yukarıda, Bölge Adliye Mahkemelerine, yani istinaf derecesine yöneltilen eleştiriler arasında da sözü edildiği gibi, bu yeni adli yapılanma ile yerleşme ve merkezî idareden uzaklaşma yaklaşımı arasında bir bağlantı kurulabilmektedir. Bu bağlantının gerçekçi bir düşüncenin ifadesi olup olmadığını zaman gösterecektir.

iii. Yargı birliğine yöneliş ve idari yargıya bakış açısından çözüm önerileri

Yargı birliğine yöneliş siyasal iktidarın ve adli bürokrasinin gündeminde gözükmemektedir. Ancak, Devletin yeniden yapılandırılması sürecinde yargı birliğine gidilmesi konusunda öneriler de getirilmektedir. Gerekçe ilginçtir: "Yargı düzeni içerisinde hüküm verme safhasında görevli bulunan mahkemelerin çeşitliliği sadece vatandaşları değil, hukukçuları bile şaşırtmış, üst mahkemelerin fazlalığı ise ülkede hukuk birliğini bozmuştur. Türk yargı sistemi nitefik ve nicelikleri itibarıyla farklılıklar göstermiş, birbirleriyle hiyerarşisi olmayan, bağımsız, kendi özel kuralları içinde görev ve yetki alanları düzenlenen, ayrı Yargılama usulleri olan ve her

biri yargısal kararlar veren sekiz ayrı yargılama düzeninden oluşmuştur. Vatanşahlar ve hatta hukukçular bile görevli yargı yerini saptamakta güçlük çekmiştir. (...) Aynı konunun ve kanunun, çeşitli yargı yerlerinde karara bağlanmasında değişik, birden fazla yüksek mahkeme içtihadı oluşmuş ve sonuçta hukukta birlik ve bütünlük sağlanamamıştır. Aynı konularda farklı usul kuralları uygulanmış, hâkimlik mesleğinden olmayan kimselerce nihaî ve yargısal nitelikte kararlar verilebilmiştir.”(Korkmaz Tağma, Türkiye İçin Önerilen Model: Devletin Yeniden Yapılandırılması [Siyasi Güç ve Yönetimin Yeniden Yapılandırılması], Zaman Kitap, İstanbul 2003, s. 128-129) İleri sürülen bu görüşlerin bazı gerçeklerden kaynakladığının kabulü gerekir. Ancak getirilen çözüm önerisi daha da ilginçtir: “Bürokratik yönetimin bir sonucu olarak ortaya çıkan idarî yargı sisteminin kaldırılarak gerek resmî gerekse sivil alanda görev yapan kişilerin, aynı hukuk kurallarına ve aynı yargı mercisine tâbi kılınması, üniter devlet yapısı, katılımcı demokrasi ve hukuk birliği ve bu yönetim modeli açısından zorunlu görülmüştür. Ancak öngörülen katılımcı demokrasi ve yatay yönetim modelinde, mevcut idarî yargının lağvı, adli yargının her ilçede güçlü bir şekilde yeniden teşkili, illerde ikinci dereceli istinaf mahkemelerinin oluşturulması, Yargıtay’da hem idarî hem de adli davaların temyiz edilmesi benimsenmiştir.” (Tağma, s. 300) Bu görüş ve değerlendirmelerde dikkat çeken iki husus vardır. Bunlardan birincisi idarî yargının lağvedilmesiyle istinaf derecesi arasında bağlantı kurulmasıdır. İkinci nokta ise, yargı sistemi bakımından yatay yönetim modelinden söz edilmesidir.

Özellikle bu son husus, Aşağıda incelenecek olan liberal devlet ve uyumsuzluklara bakışı konusuyla yakından ilgilidir ve yargı sistemi ile ilgili önerilerin hangi düşünsel temellerden kaynaklandığını göstermektedir.

iv. Uluslararası ekonomik ilişkilerden kaynaklanan çözüm arayışları

2003 ve 2004 yıllarında İcra ve İflâs Kanununda önemli ve etraflı değişiklikler yapılmıştır (4949 ve 5092 sayılı kanunlar). Bu değişikliklerle bir yandan İcra ve İflâs Kanunu uygulamasında görülen aksaklıkların giderilmesi hedef alınmış, öte yandan da başta “sermaye şirketleri ve kooperatiflerin yeniden yapılandırılması” gibi bazı yeni müesseseler düzenlenmiştir. İşte, bu düzenlemelerin yapılması çalışmalarında Türkiye’nin uluslararası ekonomik ilişkilerinden kaynaklanan etkiler de görülmüştür. Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk, 15 Mayıs 2002 tarihinde, “Mali Durumu Bozulan Şirketlerin Durumunun İyileştirilmesine veya Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Komisyonu”nun ilk toplantısında yaptığı açılış konuşmasında şu görüşlere yer vermiştir:

“Yürürlükteki sistemde işletmelerin durumlarının iyileştirilmesi ve sermaye yapılarının yeniden düzenlenmesi, başka bir deyişle, yeniden yapılandırma ile ilgili genel düzenlemeler yapılması ihtiyacı duyulmaktadır. Bu konuda bir süreden beri Adalet Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Dünya Bankası uzmanları arasında ortak çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmalarda Dünya Bankası’nca çeşitli ülkelerde benzeri sorunların aşılması konusunda yapılan uygulamalarla ilgili bir incelemeden yola çıkılmıştır. Aynı zamanda yine Adalet

Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Dünya Bankası uzmanlarının ortak çalışmasıyla Türkiye’de yürürlükte olan sistem, yani İcra ve İflâs Kanunu ve diğer özel kanunlardaki hükümler ve bunların işlerliği, etkinliği değerlendirilmiştir. Şimdi bütün bu çalışmaların sonucunu yeni bir yasal düzenlemeye taşımak durumundayız. İşte bu günkü çalışmanın amacı budur.”

5. Müdahaleci devlet ve uyumsuzluklara bakışı

(Sosyal devletin yargı anlayışına liberal eleştiri)

Amerikan bakış açısıyla, müdahaleci devlet, ideolojisinin uygulama biçimi olan ve esas itibarıyla Avrupa ülkelerinde somutlaşmış olan devlet tipidir (managerial state). Müdahaleci devletin örgütlenişinde, otoritenin yukarıdan aşağıya doğru biçimlenmiş olması, devlet sisteminin belirgin özelliğidir. Bu sistem içerisinde bürokrasi son derece gelişmiş ve devletin işleyişine büyük ölçüde hâkim durumdadır. Yetkiler, ilke olarak “profesyoneller” tarafından kullanılmaktadır. Yetkilerin kullanılmasında esas olan, hiyerarşik bir ilişkidir. İdarî işlemler, önceden ayrıntılı biçimde belirlenmiş ilkelere göre gerçekleştirilir. Müdahaleci devlet sisteminin, uyumsuzluk çözümlerine bakışı ise, temsil ettiği müdahaleci devlet ideolojisinin yargı alanındaki yansımasıdır:

Bireyler arasındaki uyumsuzluklar, yani özel hukuk temelli uyumsuzluklar devlet açısından, çözülmesi gerekli problemlerdir.

Başka bir anlatımla, müdahaleci devlet, bireyler arasındaki uyumsuzlukları sosyal yapı açısından değerlendirmekte ve kaçınılmaz olarak bu alana müdahale edip problemi (uyumsuzluğu) çözmektedir. Yani, müdahaleci devlet, yürürlükte

bulunan usul hukuku sistemi ile bir anlamda uyumsuzluklara sahip çıkmaktadır. Bu anlayışın usul kanunlarında ortaya çıkardığı etki ise, mahkemenin nispeten egemen olduğu yargılama usulleri biçiminde kendisini göstermektedir.

Bu noktada aktivist devlet ideolojisi, aslında sosyal devlet anlayışının yargıya bakışını ciddi şekilde eleştiren Mirjan Damaska, devletin medenî usul hukukunu –kendi deyişi ile, yargı yönetimini- şekillendirmesinde, bu konuyu bir politika gerçekleştirme aracı olarak ele aldığı noktasından hareket etmektedir.

Damaska, müdahaleci devletin yargı yönetimi, yani usul hukuku ile ilgili olarak özelle şunları söylemektedir:

“Hukuk usulü müessesesi için genel bir ön şart olan anlaşmazlık ihtiyacı, bir aktivist hükümet için hiçbir şey ifade etmez. Uyumsuzluklar bir sosyal olayın, hukuk kurallarının cehren icrasına duyulan ihtiyacı gösterdiği ve böylece bir davanın somut şartları içindeki politik bir hedefi fark ettirdiği zamanlarda, mucizevi bir biçimde doğmaz. Gerçekte, anlaşmazlık olmaması – social stasis – kendi başına, toplumun dönüşümünde hükümetin ciddi olarak ilgilendiği bir mesele olabilir. Karşılıklı rızalarına uygun olarak yetişkinler arasındaki aktivite- giriştikleri bir sözleşme veya cinsel davranış alışkanlıkları – toplumu büyük ölçüde rahatsız edici değil iken ve taraflarını tam olarak tatmin edici iken; devlet görevlileri tarafından, ekonomik ve ahlaki refahın gelişimine yönelik bir tehlike olarak algılanabilir. Bireylerin, razı oldukları işlemin (sözleşmenin) veya gönüllü seks ilişkilerinin kurbanı olduklarını fark etmelerini engelleyen kendi akılsızlıklarından ya da “hatalı bilinç” durumlarının yarattığı bozuk görüşten korunmaları gerekebilir.

“Bununla birlikte, bir uyumsuzluğun, resmi görevlilere, hükümet müdahalesinin gerekli olduğuna dair iyi bir işaret olduğu reddedilemez. Böylece bir kimse, en azından uyumsuzluk formu içinde ortaya çıkan meseleler de, aktivist hukuk usulünün, uyumsuzluk çözme işine tahsis edildiğine inanma eğiliminde olmalıdır. Bu mesele daha yakından incelenmeyi hak etmektedir ve vatandaşlar arasındaki, vatandaşlarla resmî görevliler arasındaki ve resmî görevlilerin kendi aralarındaki uyumsuzluklar içinde ayırım yapılmasını gerektirir. Her bir durum sırayla incelenecektir.

“Vatandaşlar arasındaki bir uyumsuzluğa devlet politikası çerçevesinde yaklaşıldığında, uyumsuzluğun taraflarından birinin ya da her ikisinin, cezalandırılmayı hak ettiği sonucuna varılabilir. (Örneğin, bir sözleşmenin, devletin ekonomik planına zarar verici olduğu düşünülebilir). Bu durumda, bağımsız bir suç takibatı kurulması, kolaylıkla, kullanışsız ve zaman öldürücü görülebilir. Basit bir usulle, hukuk modelinden ceza modeline yön değiştirmek, çekici bir imkân haline gelir. Bu durum gerçekleştiğinde, doğal olarak “yeknesak” usul hedefi sadece uyumsuzluk çözmekten daha büyük olur. Gerçek aktivist devlet, genellikle, anlaşmazlıkların en yakınında olarak, yüzeyde görünenin altında daha geniş ve bazen uğursuz anlamlar keşfettiğinden, bu, herhangi bir hukuk davasında meydana gelebilecek olan Saul’ un Paul’ e dönüşmesidir. Orijinal dava çerçevesi, başka yollarla da aşılabılır. Aktivist politikanın bakışıyla, özel kişiler arasındaki bir uyumsuzluk, en iyi şekilde basit bir usulle halledilebilir (kurumsal rüşvet gibi) daha büyük bir sorunun semptomu olarak görülebilir. Böylece usulî bir girdap

yaratılabilir ve bütün bunlar, genişletilmiş davanın içinde kalan meselenin çözümünü stratejik olarak gerçekleştirilebilir. Veya devlet, daha geniş bir izleyici kitlesine ders çıkaracağı basit bir uyumsuzluğu örnek olay olarak kullanmak isteyebilir: orijinal uyumsuzluğu çözmek için doğrudan doğruya bir şey yapmayı gerektirmeyen rollerin çeşitliliği farz edilerek vatandaşlar davet edilebilir – ya da getirilebilir. Hukuk dramasında bir koro haline gelebilirler.

“Hattâ genişletilmesi veya başka bir şekle dönüşmesi de, özel kişiler arasındaki bir uyumsuzluğun harekete geçirdiği usuller, gerçekten uyumsuzluğun çözümü için, en azından bir reaktif devlete uygun olarak katı anlamda değil, hedeflenemezler. Aktivist hükümetin, kişiler arası bir anlaşmazlığın kesin hatlarını, bir davaya uydurmak için çok az sebebi vardır: gerçekten, devlet politikası ışığında davanın doğru düzenlenmesi, taraflar arasında sorun olmayan meselelerin gözden geçirilmesini gerektirebilir. Davanın tarafları, kendileri için en iyi olanı her zaman bilemedikleri için, yardım talebinde bulunanların göz ardı edilmesi zorunlu olabilir. Böylece, orijinal uyumsuzluk (yani davanın tarafları arasındaki asıl uyumsuzluk), hukuk usulünün müteakip ilerleyişinde sınırlı bir anlamı olan bir çabuklaştırıcı bir olaydan daha fazlası değildir. Farklı bir deyişle, kişiler arası uyumsuzluk, davacı ile davalı arasındaki çatışma ile yetkililerin bilgisine sunulan bir sosyal problem en uygun çözüm yolunu bulmak için bir vesile haline gelir.” (Mirjan R. Damaska, *The Face of Justice and State Authority, A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, 1986, s. 84-86)

Aktivist devlet hakkındaki bu değerlendirmelerin, yöneltilen eleştirilerin, aslında sosyal devletin yargı anlayışını hedef aldığı görülmektedir. Her şeyden önce abartılı bir yaklaşımın ürünü olan bu değerlendirmeler ideolojik temellerini liberal devletin yargı anlayışından almaktadır. Bu itibarla değerlendirmenin, sosyal devletin yargı anlayışı açısından gerçekçi ve bilimsel olduğunu söylemek çok güçtür.

6. Liberal devlet ve uyumsuzluklara bakışı

Liberal ideolojinin egemen olduğu devlet sisteminde ise, otorite yukarıdan aşağı değil, yatay olarak biçimlenmiştir. Bu sistem içerisinde gelişmiş bir bürokrasi olmadığı gibi, yetkilerin ilke olarak profesyoneller tarafından kullanılması da söz konusu değildir; yetkililer, yoğun bir biçimde profesyonel olmayan sıradan kişiler tarafından kullanılır. Kamu yetkisi, genellikle hiyerarşik örgütlenmenin tersine tek düzeyli ve yatay olarak dağılmıştır. İşlemler, biçimsel kurallara göre değil, yeknesak topluluk standartlarına göre yapılır. Liberal devletin, uyumsuzluk çözümlerine bakışı ise, varlık kaynağı olan ideolojiden (laissez - faire ideology) kaynaklanmaktadır:

Bireyler arasındaki bir uyumsuzluk, kendileri arasında çözülebilecek bir problemdir.

Liberal devlet için önemli olan, bireyler arasındaki uyumsuzluğun meşru bir biçimde çözülmesidir. Başka bir deyişle, uyumsuzluk, devletin bir sorunu değildir. Bu anlayışın usul hukukundaki yansımaları ise, yargılamanın, mahkemenin pasifliği ilkesi üzerine kurulmuş olmasıdır. Yargılamaya egemen olan taraflardır (the principle of party autonomy). Taraflar ve avukatları, usulî iş-

lemlerin yürütülmesinde asli görev ve yetkilere sahiptirler.

Damaska'nın bu konudaki görüşleri ise şu şekilde özetlenebilir:

“Reaktif devletin kendi kendine yönetim ideali, sivil toplumda uyumsuzluk çözümü için güven unsuruna öncelikle yer verir: Eğer uyumsuzluğun tarafları, aynı sınıftan ya da aynı sosyal kurumdandır iseler, bunların arasındaki anlaşmazlıkların kendi aralarında çözülmesi en uygun yoldur. Bu çözüm tarzında, uyumsuzluk çözümü, karşılıklı iddialar arasında, uzlaştırma veya arabuluculuk için ortak noktaların araştırılması şeklinde anlaşılabilir. Ortak hedefler için uzlaşma veya taraflar arasındaki değerli sayılabilecek ilişkileri muhafaza etmek uğruna, karşılıklı özveride bulunmaya teşvik etme taraflar arasında ortak amaç olabilir.

“Bir devlet mahkemesine başvurma, daha yumuşak, “özel” yollar tüketildiği takdirde devreye giren, ancak bir son başvuru yolu olarak tasavvur edilebilir. Fakat bir uyumsuzluğun tarafı, davasını devlet yargısına götürmeye karar verirse, davasını dayandırdığı gerekçe, ortak değer ve hedefleri veya ortak bir zemin bulma beklentisinden vazgeçme anlamına gelir. Herhangi bir yaşam teorisinin benimsenmesini reddeden devlet, uyumsuzluğun taraflarının anlaşmasını sağlayacak eksik olan ortak zemini bulamaz. Dahası, bir devlet mahkemesinin ortak bir zemin bulma çabası kolaylıkla, reaktif bir hükümetin misyonuna zarar verici bir biçimde yorumlanabilir. Hak iddialarını içeren uyumsuzluklarda, hakimin aslında bağımsız ve tarafsız olan herhangi bir faaliyetinin, taraf tutması olarak yorumlanabilir. Uyumsuzluk konusunda bir uzlaşmayı sağlayabilmek için taraflardan birine, kanuna gö-

re talep ettiği şeyden vazgeçmesi yönünde yapılan bir baskı olarak algılanabilir. Reaktif devlet, kendi mahkemelelerinden "sosyal kendi kendine yönetim" için normatif çerçeveyi güçlendirme ve daha özenli kurmalarını istediğinde, arabulucu uyuşmazlık çözümünün diğer bir hedefi ortaya çıkar. Uyuşmazlık konusuna ilişkin hukuku yansıtmayan bir kararla sonuçlanan uzlaştırma: Hüküm, nadiren özel yönlendirmenin yokluğunda gelecekteki uyuşmazlıkların ne şekilde karara bağlanacağına dair belli hareket noktaları sağlayan bir bağdaştırma halindedir.

"Bütün bu nedenlerle, bir anlaşmazlık devlet mahkemesine getirildiğinde, uzlaştırmacı yapı, uygun değildir.

"Uyuşmazlığın tarafları arasında bir mahkeme salonunda cereyan eden çekişmede, tarafları kimi zaman tuzağa düşürebilen düzenlemeler, şu halde ortak bir zemin bulunmadığını bilen taraflar arasında sert bir karşılaşma için barışçıl bir ikame olarak tercih edilir bir hale gelmektedir. Son olarak, reaktif devletin yargılama usulü binasının üzerine inşa edildiği temel yapısal ilke, yargılama usullerinin iki tarafın çekişmesi olduğu fikridir.

"Eğer bir uyuşmazlığın tarafları, aralarında mahkeme dışı bir çözüm gerçekleştirilebilirlerse, hukuki usuller, temel hedeflerini kaybederler. Taraflar arasındaki anlaşma, yargısal karara (daha doğrusu yargısal bir çözüm arayışına) üstün gelir.

"Mücadele motifinin hukuk usulü içinde nereye kadar taşınabileceği, üçüncü bir tarafın -devlet hakimi- müdahalesine ne ölçüde izin verildiğine bağlıdır. Müdahale fırsatı sınırlandıkça, mücadele motifi daha çok telaffuz edilir. Bu nedenle, reaktif ideolojinin aşırı

değişik biçimlerinin, aşırı mücadelecî tasarımı desteklediği açıktır: Hakimler sadece çekişen tarafların uyuşmazlığını yönetir ve ancak arızı sorunların adil bir biçimde hallini idare ve temin etmek için müdahale edilmesi gerektiğinde müdahale ederler. Mücadele sistemi içinde eğer çekişme adilse, kaybeden tarafın yenilgisinin meşruiyeti hakkında şüphe etmek için çok az nedeni olur. Esas olarak kendi aleyhine olan karar için kendisini suçlar ve hatta karara karşı gelse dahi toplum bir bütün olarak tarafsız yargı yönetimine olan inancını muhafaza eder. (Damaska, s. 77-79)

7. Kısa bir değerlendirme

"Adil yargılanma hakkı" kavramı, altında yüksek bir yargısal idealdir; sürekli olarak ulaşılmaya çalışılan ideal yargı düzeninin ve adaletin uluslararası düzeyde kabul görmüş nirengi noktasıdır. Yargı sistemimizde mevcut olan adil yargılanma hakkına ilişkin her bir unsur, geliştirilmesi, işlerlik kazandırılması ve yargılamanın her aşamasında ve her uyuşmazlık çözümünde tekrar anlamlandırılması gereken bir kavramdır. Bu itibarla Türk yargısına ve yasa koyucusuna düşen görev, bir yandan yeni düzenlemelerle ve içtihat yolu ile adil yargılanma hakkını geliştirerek uygulamak, öte yandan özellikle yargı bağımsızlığı unsuru açısından sisteme yönelik eleştirileri ortadan kaldıracak düzenlemeleri gerçekleştirmektir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, önümüzdeki dönemde meydana gelebilecek gelişmeleri tahmin yolu ile belirlemek mümkün değildir. Dolayısıyla "müstakbel" ve "müşahhas" ihtiyaçlarının her birini tespit edip bunlara hukuki çareler, özellikle yargılama hukuku çözümleri üretmek de ancak sınırlı bir yarar sağlayabilecektir. Bunun önüne geçebilmesi

için "acil yargılama reformu" kanun tasarımları hazırlamak yerine, gelecek dönemde, yani Yirmi Birinci Yüzyıl Türkiye'sinin ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir "uzun vadeli medenî usul hukuku politikası" oluşturulmalıdır. Bunun vadesi gerçekten uzun olmalıdır. Beş yıllık planların adfî hizmetlere ilişkin bölümleri kısa olan vadeleri nedeniyle umulan sonuçları verememişlerdir. Yargılama hukuku bakımından yapılması gereken şey, acil kanunlaştırma girişimlerinin çekiciliğine kapılmadan, hiç değilse 30-40 yıl öteye uzanan uzun vadeli projeksiyonlar üretilebilmektedir. Eğer, günümüzün ihtiyaçlarından hareket ederek ve sadece bugünün sorunlarına yönelik çözümleri hedefleyen bir yargılama hukuku reformu yapılacak olursa, önceki örneklerinde de görüldüğü gibi hiç kuşkusuz yeni düzenlemeler çok kısa sürede eskiyecektir.

Yukarıda, sınırlı birkaç konuya ilişkin olarak yapılan tespitler, günümüzde

Türkiye'de sosyal devletin yargı anlayışından -şimdilik düşünsel alanda- uzaklaşarak, liberal devletin yargı anlayışına yaklaşılmakta olduğunu göstermektedir. Eğer, liberal devletin yargı anlayışı, yargı reformunun düşünsel temeli olarak benimsenecek olursa, "yargı"nın bir hizmet olarak alanı daralacak ve etkinliği azalacaktır. Bireyler açısından daha özgürlükçü olduğu söylenen bu anlayışın, adil yargılanma hakkının her hangi bir unsurunu güçlendireceği ise son derece kuşkuludur.

Yirminci Yüzyılın ikinci yarısında hukuk dünyasına gelen adil yargılanma hakkı, Yirmi Birinci Yüzyılda güçlenerek yaşamını sürdürmelidir. Türk yargı sistemi de bu sürecin dışında kalmayacak ve bir parçası olduğu uygar dünyanın yargılanmaya ilişkin temel insan hakkının kapsamını ve unsurlarını genişletip kuvvetlendirerek yoluna devam edecektir.