

# RONALD DWORKİN'İN HUKUK TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE HAKKANİYET TEMELLİ İDARİ DENETİMDE KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMUNUN (OMBUDSMAN) ROLÜ

The Role of the Turkish Ombudsman in the Legal Based Administrative  
Audit in the Framework of Ronald Dworkin's Legal Theory

Rıdvan DEĞİRMENCİ\*

Geliş Tarihi: 14.10.2019 Yayına Kabul Tarihi: 18.12.2019

## Öz

Ronald Dworkin'in hukuk kuramı temel olarak bir yorum kuramıdır. Dworkin, hukuku normlar ve ilkelerin bütün olarak yorumlandığı bir sistem olarak kabul eder. Bir bütün olarak hukuk, özünde hakları koruyan ve ortak yaşamın devamlılığını sağlayan bir yapıdır. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsman) idarenin her türlü eylem, işlem, tutum ve davranışını insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönünden incelemekle görevlendirilmiştir. Bu anlamda idarenin eylem ve işlemlerini mevzu hukuk dışında hakkaniyet bakımından incelemesinde kullandığı ilkeler temel insan hakları ilkeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde, Dworkin'in hukuk anlayışı içerisinde yorumcunun aldığı rolle ombudsmanın hakkaniyet denetimi görevi arasında bir bağ kurulabilecektir. Ombudsmanın hakkaniyet denetimi görevini ifa ederken normlarla temel insan hakları ilkelerini birlikte yorumlaması ile Dworkin'in yorum teorisi arasındaki benzerlik makalenin temel konusudur.

**Anahtar Kelimeler:** Ombudsman, Ronald Dworkin, yorum teorisi, idarenin denetimi, hakkaniyet.

## Abstract

Ronald Dworkin's theory of law is basically a theory of interpretation. Dworkin considers law as a system in which norms and principles are interpreted as a whole. Law as a whole is essentially a structure that protects rights and ensures the continuity of common life. The Ombudsman is tasked with examining all actions, procedures, attitudes and behaviors of the administration in terms of compliance with law and equity within the understanding of justice based on human rights. In this sense, the principles used by the administration in the investigation of the actions and operations of the administration in terms of equity outside the law appear as basic human rights principles. Thus, a link can be established between the role of the interpreter in Dworkin's understanding of law and the role of the ombudsman's equity control. The similarity between Dworkin's theory of interpretation and the Ombudsman's interpretation of norms and fundamental human rights principles in the exercise of the task of fairness control is the main subject of the article.

**Keywords:** Ombudsman, Ronald Dworkin, theory of interpretation, supervision of administration, fairness.

\* Kamu Denetçiliği Kurumu, Uzman, ridvan.degirmenci@ombudsman.gov.tr,

ORCID ID: 0000-0002-8408-1033.

## GİRİŞ

Antik Yunandan itibaren tartışılan hakkaniyet temelli adaletin sağlanması, modern zamanlarda da hukukçuların üzerinde en çok tartıştığı mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Pozitif hukuk kuramı adalet kavramını metafizik bularak hukukun incelemesi gereken bir mesele olmaktan çıkarmaya çalışsa da<sup>1</sup> ikinci dünya savaşı öncesi ve sırasında yaşanan insanlık dramları, normatif sistemin adalet temel değeri ile kavranmaksızın meşru ve geçerli addedilmesi durumunda nasıl trajediler doğurabileceğini göstermiştir. Nitekim bu trajedilerin en önemlilerinden birisi soykırım suçunu işleyen Nazi subaylarının yargılamalar sırasında yaptıkları savunmada, eylemlerinin kanuna uygun olduğunu ve bu sebeple suç olarak nitelendirilmeyeceğini iddia etmeleriydi. Bu savunmanın trajedisi normatif hukuk bilimi için çok önemli hukuk eserlerinin ortaya çıkarılmasına vesile olan pozitif hukuk teorisinin çöküşünü ilan etmesidir. Nitekim ikinci dünya savaşı sonrası global düzlemde pozitif hukuk teorisyenlerinin teori dışında bıraktıkları adalet ve insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti görüşü benimsenmiştir<sup>2</sup>.

Diğer yandan iki kutuplu dünyanın ardından liberal öğretinin sosyalist sistem karşısında galebe çalması, insan haklarına dayalı adalet anlayışının küresel ölçekte hakim kılınması gerektiğine dair yaygın bir kanı oluşmasına vesile olmuştur<sup>3</sup>. Bu

<sup>1</sup> Kelsen adalet mefhumunu metafizik bir kavram olarak görmekte ve hukukun bilimselliğini sarsması sebebiyle hukukî bilişin dışına çıkarmaktadır. Kelsen'e göre İnsanlık adalet nedir sorusuna cevap vermeye değil bu soruyu geliştirmeye mahirdir. Bu sebeple Kelsen saf hukuk kuramı incelemesini normativist bir zeminde ele almış ve adalet dahil olmak üzere tabii hukuk akımının üzerine bina edildiği kavramları teorisinin dışında bırakmıştır. Kemal Gözler, Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı, **Muhafazakar Düşünce Dergisi**, Yıl 4, Sayı 15, Kış 2008, s. 79-89 ; Hans Kelsen, Adalet Nedir, (Çev. Ali Acar), **TBB Dergisi**, Yıl 2013, Sayı 107, s. 431-454, , s. 431.

<sup>2</sup> Ceza hukuku felsefesine büyük katkılar sunan Gustav Radbruch dahi savaşı öncesi pozitivist hukuk teorisini olarak eserlerini kaleme almıştır. Ancak insanlığın temel değerlerini sarsan eylemlerin yasal dayanağının bulunması durumunda ortaya çıkacak trajedileri önlemek için adalet temel değeri üzerine bina edilen bir hukuk kuramı inşa etmiştir. Hukukun amacını adaleti tesis etmek olarak belirleyen Radbruch bu amaca hizmet etmeyen yasanın gerçek bir yasa olmadığını ifade etmiştir. Sevtap Metin ve Altan Heper (2015), **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 34.

<sup>3</sup> Her ne kadar bu kanının oluştuğu yıllarda Balkanlar, Ortadoğu, Kafkasya ve Orta Asya Müslümanları zulme uğramış ve dünya bu zulümlere sessiz kalmış olsa da bu bahis makalenin konusu olmadığından detaylandırılmamaktadır. Ancak burada tarihi serencam aktarıırken bu zulümlerin görmezden gelmesi de düşünülemez. Bu anlamda Aliya İzzetbegović Bosna savaşında Müslümanlara yönelik katliamı akıl tutulmasının bir neticesi olarak ifade ederek; kendisinin ortaya koyduğu hoşgörü temelli adalet ve hürriyet düşüncesini aklın sonucu olarak tanımlamaktadır. Zühtü Arslan (2018), **Aliya İzzetbegović'in Düşüncesinde Üç Kavram: Adalet, Hukuk ve Hürriyet**, Saraybosna Üniversitesi'nde 19 Ekim 2018 tarihinde düzenlenen "Aliya İzzetbegović ve Onun Hukuk ile Devlet Anlayışı" konulu Konferans için hazırlanan konuşma metnidir. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/baskanin-konusmalari/> Erişim Tarihi: 29/09/2019.

itibarla soğuk savaş sonrası dünyada ortaya çıkan anayasacılık hareketleri demir perdeden kalan ülkelerde kurumsallaşmış, denetlenebilir ve hesap verilebilir bir idari oluşumun sağlanması hususunda yeni adımların atılmasını gerekli kılmıştır<sup>4</sup>.

Bu süreç; elbette Avrupa ölçeğinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin daha etkili kılınması ve Avrupa Birliği'nin gerek üye gerekse katılım için müzakerelere aşamasında olan ülkeler için belirli demokratik standartlar öngörmesi ile daha demokratik bir idari ve hukuki sistemin oluşmasına yönelik ilerlemeci bir anlayışla yürütülmüştür<sup>5</sup>. Bu anlamda insan hakları teorisinin gerek AİHM kararları gerekse ulusal yargı mercileri tarafından verilen kararlarla ve bunun yanında öğretinin katkıları ile çok geniş bir yelpazede geliştiği gözlemlenmektedir. Bugün insan hakları teorisinin içerisinde değerlendirilmeyen pek az konu olduğu, özel hukuk sözleşmelerinde dahi insan hakları teorisinin geliştirdiği standartlardan söz edilebildiğini görmekteyiz<sup>6</sup>.

Tüm bu standartların esasında ulusal ve uluslararası karar alıcıların hakkaniyet olarak adaleti arama çabalarında yol gösterici bir kılavuz işlevi gördüğü muhakkaktır. İdare, bugün yalnızca temel kamu hizmetlerini gören bir yapıda değildir. Ruhsattan izne, regülasyon faaliyetlerinden lisanslamaya, pek çok alanda işlem tesis eden ve bireylerin hayatına doğrudan müdahale eder konumdadır<sup>7</sup>. Liberteryenlerin<sup>8</sup> sınırlı devlet arzusu gerçekleşmemiştir. Ancak demokratik hukuk devletinde idarelerden beklenen denetlenebilir ve şeffaf olma beklentileri başka bir boyuta evrilmiştir.

<sup>4</sup> "20. yüzyılın sonunda-21. yüzyılın başında-özellikle Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri tarafından devralınan fikirler her şeyden önce (ve son totaliter geçmişe bir tepki olarak) evrensel olarak kabul edilen insan hakları koruma standartlarını ve özellikle İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması için Avrupa Sözleşmesi (bu yazının içinde bundan sonra "Sözleşme" olarak anılacaktır) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihat hukukunda geliştirilenleri içermektedir..." Egidijus Küris (2007), Anayasal Değerlerin Evrenselleşmesi Üzerine (Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerinin Anayasal İchtihatları ve AİHM Kararları Bağlamında), *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 24, s. 200.

<sup>5</sup> AİHM'in gelişim seyri için bkz. Yaşar Salihpaşaoğlu (2009), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı. 1-2, ss. 253-281, s. 257-260.

<sup>6</sup> Hakların özelliklerine göre özel kişilere karşı ileri sürülebilecek hakların varlığını kabul etmektedir. Örneğin zorla çalıştırma yasağı veya kişinin yaş ve cinsiyetine uygun işte çalışma hakkı özel kişilere karşı da ileri sürülebilecektir. Kemal Gözler (2018), *İnsan Hakları*, Ekin Kitabevi, Bursa, s.188.

<sup>7</sup> Yükselbaba, modern hukukun yaratımını "yasakoyucu modern" kavramı ile açıklamakta ve modern toplumda yasaların düzenleyici etkisinin her alanda hissedildiğini ifade etmektedir. Ülker Yükselbaba (2016) Postmodernizm ve Hukuk, *İÜHF*M, Cilt 74, Sayı 1, s. 141.

<sup>8</sup> Liberteryenler, dört temel ilke üzerinde düşüncelerini inşa etmektedir. kendinin sahibi olan ve sorumluluklarını yerine getiren birey, minimal devlet anlayışı veya devletin işlevlerinin özel şirketler aracılığı ile yerine getirilmesi, serbest piyasamın korunması ve barışın tesisidir Özlem Kırılı, *Liberteryenizm*, Orient Yayınevi, Ankara 2015, s. 40.

Hukuk devleti ilkesi başlangıçta idarenin ve daha sonra yasamanın, üst hukuk normlarına aykırı olarak düzenleme yapmalarına mani olmak için birtakım hukukî müesseselerin oluşmasını gerekli kıldı. İdarî yargı ve daha sonra anayasa yargısının yaygınlaşması esasında mecrasından sapma gösteren idari işlemler ile parlamento işlemlerinin yargı yerlerince denetlenmesini sağladı. Ancak yeni kamu yönetimi<sup>9</sup> anlayışında idarelerin hukukîlik denetiminin yalnızca yargı mercilerince yapılmasının hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmediğini gösterdi<sup>10</sup>. Bu sebeple idarelerin, işlem tesis etmeden evvel hukukî iş ve işlemin hakkaniyete dayalı adalet anlayışı çerçevesinde değerlendirme yapması beklentisi arttı.

Bu beklenti karşılanabilir bir beklenti midir? Gerek idareciler gerekse yargı mercileri somut bir vakada hakkaniyete dayalı adil bir çözümün varlığını tespit edebilirler mi? Dworkin'in yargılama kuramı bu sorulara bir cevap bulma yolunda serdedilen fikirlerden oluşmaktadır. Dworkin'in haklar teorisi hukuku normatif bir sistemden ziyade bir ilkeler bütünü içerisinde kavramaktadır. Bu ilkelerin izlenmesi sonucunda somut vakada adil olanın bulunabileceği iddiasındadır. Bu iddiasını da Yargıç Herkül ismini verdiği farazi bir hakim üzerinden kanıtlamak arzusundadır<sup>11</sup>.

Dworkin'in yıllar evvel Yargıç Herkül üzerinden ürettiği argümanlar, günümüzde idarenin hakkaniyet temelli denetimi görevi verilen ombudsmanın rolünün incelenmesinde bizlere yardımcı olabilecektir. Gerçekten, idarenin hukuka ve hakkaniyete uygun işlem tesis etmesini sağlamak ve hukuka ve hakkaniyete aykırı işlem tesisini tespit ettiğinde idarenin kendiliğinden söz konusu işlemi dü-

<sup>9</sup> Özer yeni kamu yönetimi anlayışını şu şekilde ifade etmektedir: "...Bu şartlar altında değerler, yapılar ve kamu sektörleri tüm dünyada yaşanan gelişmelerden derinden etkilenmektedir. Fiyat tabanlı, bürokratik olmayan, piyasa orijinli ve müşteri tercihli kamu hizmetlerinden oluşan yapı, kurulması gereken en ideal sistem olarak görülmekte, kamu hizmetleri koşullarının, müşterilerin umduğu verimlilik kriterine uygun olarak etkin yapılarla ve becerikli yöneticilerle sunulması, kamu yönetimine yaklaşımlarda, yeni bir tema olarak ortaya çıkmaktadır. Genelde bu yaklaşım Yeni Kamu Yönetimi (YKY) düşüncesi olarak adlandırılmıştır." Mehmet Akif Özer (2005), Günümüzün Yükselen Değeri: Yeni Kamu Yönetimi, **Sayıştay Dergisi**, Sayı 59, s. 3.

<sup>10</sup> Bu yalnızca hukuk devletinin değil demokrasinin de bir gereği olarak aktarıldı. Henry S. Richardson (1999), Administrative Policy-making: Rule of Law or Bureaucracy? içinde **Recrafting The Rule Of Law** Edited by David Dyzenhaus Oxford Publishing, s. 330.

<sup>11</sup> "...Dolayısıyla yargıcın takdir hakkını kullanması ve kanun metninin yorumlanması hukuk biliminin önemli kilometre taşlarını oluşturmaktadır. Söz konusu durumlar açısından hakimin hukukî belirsizlik durumunda tam bir serbestliğe ve keyfiliğe sahip olup olmadığı konusu, hukukun uygulanabilmesi ve adaletin yerine getirilmesi açısından da tartışılmalı alanları oluşturmaktadır. Ronald Dworkin kendi hukuk teorisi içinde, söz konusu sorulara verdiği tutarlı cevaplar ve hukukun uygulanmasına getirdiği metotlar ile sadece hukuk felsefesi alanında değil, tüm hukuk alanında hak ettiği yeri almış ve hukuk felsefesinin diğer hukuk dalları açısından ne kadar önemli olduğuna böylece dikkat çekmiştir." Balkan Demirdal(2014), Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 18, Sayı, 3-4, s. 789-820, s. 791.

zeltmesi için tavsiye kararı vermekle mükellef olan ombudsman, pozitif hukuk normlarının yanı sıra hakkaniyet temelli hukukî ilkeleri de ölçü norm olarak kullanılmaktadır. Elbette diğer ülke örneklerinde olduğu gibi tüm bu denetimin esas dayanağı insan haklarını özümsemiş bir idare ile ülkenin yönetimi arzusudur<sup>12</sup>. Bu itibarla çalışmada Dworkin'in Yargıç Herkül metaforu üzerinden geliştirdiği hak temelli hukuk kuramının ombudsmanın hakkaniyet denetimi ödevine yol göstericiliği tartışılacaktır.

## 1. RONALD DWORKİN'İN HUKUK KURAMI KAPSAMINDA HAKKANİYET DENETİMİ

### 1.1. Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramının Kapsamı

Dworkin, bir İngiliz hukukçu olarak teorisi ile yirminci yüzyıl hukuk felsefesini etkilemiş önemli bir düşünürdür. 1970'li yıllarda olgunlaştırdığı teorisi ile ne pozitivist bir hukuk kuramcısı ne de tabii hukuk savunucusu olarak bir tarafta yer almıştır. Dworkin'in esas amacı pozitif hukuk normlarının uygulanmasında ortaya çıkan yorum sorunlarının aşılmasını sağlayarak; temel hakların korunduğu ancak sistematik bir normatif düzen olma vasfını yitirmeyen bir hukuk kuramı inşa etmektir<sup>13</sup>.

Dworkin'in hukuk kuramı, tabii hukuk ve pozitif hukuk teorilerini kapsamakta ve bir yargılama kuramı inşa etmektedir. Dworkin, öncelikle bir kurallar

<sup>12</sup> 5982 sayılı Kanun'un kabulü sırasında Anayasa Komisyonu'nun raporunda yer alan ifadeler Kurumun kuruluş amacını açıklar niteliktedir: "Öte yandan, maddeyle, Kamu Denetçiliği Kurumunun kurulması öngörülmektedir. Kamu Denetçiliği Kurumu, bireylerin idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetlerini incelemekle görevlendirilmektedir. Pek çok Avrupa ülkelerinde işletilen bu müessesenin, idarenin işleyişi konusunda standartlar oluşturacağı, ilkeler belirleyeceği ve önemli katkılar sunacağı düşünülmektedir. Kamu Denetçiliği Kurumuna ilişkin diğer hususların kanunla düzenleneceği hükme bağlanmaktadır. Bilindiği gibi konuyla ilgili Kanun daha önce yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, anayasal dayanağının bulunmadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Sorun, Anayasa normu düzeyinde ve kurulu iktidarı bağlar şekilde çözüme kavuşturulmaktadır." **Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanı İstanbul Milletvekili Recep Tayyip Erdoğan ve 264 Milletvekilinin; 7/11/1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/656)** <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> Erişim Tarihi: 29/09/2019.

<sup>13</sup> Dworkin haklar kuramına yaklaşımını izah ederken; teorisinin modern hukukî pozitivist teorisinin kurucusu olan Bentham'ın eleştirdiği biçimde haklara metafizik bir nitelik atfetmediğini izah eder. Dworkin hakları bireylerin ellerinde tuttuğu siyasal kozlar olarak ifade eder ve hukuk onların kazanımlarını ya da arzularını korumadığında haklarını ileri sürerek kendilerini korumaktadırlar. Ronald Dworkin (1978), **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, (Türkçesi: Hakları Ciddiye Almak, Dost Kitabevi, 2007, Ankara, Çev: Ahmet Ulvi Türkbağ; çalışmada çevirisi kullanılmamıştır), s. xi.

sistemi olarak hukuku ele almaktadır. Ona göre hukuk pozitif hukuk kuramcılarının ifade ettiği üzere bir normlar sistemidir. Ancak onlardan farklı olarak hukuku yalnızca normların değil ilkelerin de oluşturduğunu ifade etmektedir<sup>14</sup>.

Dworkin, ilkeler ve normları bir arada düşünerek hak temelli bütüncül bir hukuk kurgusu oluşturmaya çalışmaktadır<sup>15</sup>. Klasik doğal hukuk teorisyenlerden farklı olarak tabii hakları devletin ve hukukun dışında ve üzerinde konumlandırmak yerine; hak temelli hukuki ilkeler ve normlar çerçevesinde bir kuram oluşturma çabasıdır. Elbette bu çaba yalnızca Dworkin'in ortaya koyduğu bir çaba değildir. Kelsen'in yalnızca norm temelli, normun geçerliliği ve etkililiği dışında herhangi bir metafizik kriteri hukukun içerisinde barındırmadığı teorisi geride bırakılarak, Hart tarafından hukukun temel ilkeler üzerine bina edildiği yeni bir teori de inşa edilmiştir.

Hart'a göre hukuk birincil ve ikincil normlardan oluşmaktadır<sup>16</sup>. Birincil normlar temel hukuki ilkeler olmakla birlikte bu ilkeler normatif olarak uygulanabilir ve sistematik olmaktan uzaktır. Söz konusu ilkeleri sistemleştirerek bir hukuk yaratan ise ikincil normlardır. Değiştirme, yargılama ve tanıma kuralı olarak isimlendirdiği ikincil normlar esas olarak birincil normları düzenleyen, onları sistematik hale getiren kurallardır<sup>17</sup>. Hart da tıpkı Dworkin gibi, bütüncül bir hukuk sistemi inşa etme çabası içerisindeydi.

Bu iki yaklaşım temelde belirli farklılıklar meydana getirmektedir. Öncelikle Hart, hukukun sistematikleştirilmesini tanıma kuralı<sup>18</sup> etrafında tanımlamak-

<sup>14</sup> Dworkin, yargıların ilkeler üzerinde hareket ederek bireylerin haklarını koruduğu hukuk teorisi tasarlamaktadır. David Dyzenhaus (2007) *The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle*, , İçinde **Ronald Dworkin**, Ed. Arthur Ripstein, Cambridge University Press, s. 61.

<sup>15</sup> "Dworkin'in hukuk felsefesi hukuk düzenini bir bütünlük içerisinde ele alarak somut kurumsallaşma modeli önermektedir. Temsili demokrasi siyasal yapılanması içerisinde özgürlükçü bir toplum düzeni gerçekleştirilecek, liberal ekonomi benimsenecek, ideal bir ahlaksal eşitlik anlayışı düzeni hedeflenecektir<sup>14</sup>. Üstat bu anlayışını *Fondation of Liberal Equality* adlı yapıtında açıkça dile getirmektedir. Hukuk düzenlerinin amacı bireyin esenliğidir. Toplumdaki her birey doğal haklarından eşit bir biçimde yararlanma konumundadır. Hukuk düzenlerinin işlevi bu hak ve özgürlükleri sistemleştirmekten ibarettir. Eşit yararlanma olgusu ahlaksal bir ilkedir. Eşit konumda olan birey, 'diğer eşit bireyin hak ve özgürlüğüne saygı gösterirken ahlaksal bir sorumluluğu sergilemektedir. Ahlaksal sorumluluğu, tıpkı Fransız Devriminin ilkelerinde olduğu gibi 'kardeşlik-fraternité' bilincine dayandırmak gerekir. Kardeşlik bilinci eşitlik bilincini doğurmaktadır. Bu tür bir sorumluluk toplumsal yarar açısından da önem taşır. Birbirine saygı düzen sağlar, kaosu ortadan kaldırır" Niyazi Öktem(2011), Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 28, s. 90.

<sup>16</sup> H.L.A. Hart (2012), **Concept Of Law**, Oxford University Press, Third Edition, s. 94 v.d. Roger Cotterell (2018) **Hukukbiliminin Politikası**, (Çev. Saim Üye), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, s. 150.

<sup>17</sup> Cotterell, a.g.e, s. 151.

<sup>18</sup> Hart, 2012, s. 94.

tadır. Bu anlamda tanıma kuralı çerçevesinde kabul edilen birincil kural hukuk sisteminin içerisine dahil edilmektedir. Bu durumda Hart, kanun koyucunun temel aktör olarak yer aldığı bir hukuk kuramı inşa etmektedir. Tanıma kuralının içeriği belirsiz olmakla birlikte, hangi normun sistem içerisinde hangisinin dışarıda olacağı meselesi tanıma kuralı etrafında belirlenmektedir. Diğer taraftan bir vakaya ilişkin hukuk sistemi içerisinde norm yer almadığında vakayı çözüme kavuşturmakla görevli yargıcın görevi ne olacaktır? Hart'a göre bu durumda yargıcın geniş bir takdir alanı söz konusudur ve yargıç norm bulunmadığında kendisi kanun koyucu imiş gibi norm ihdas etme salahiyetindedir<sup>19</sup>.

Dworkin ise ilkelerin hukuk içerisine dahlini tanıma kuralı gibi bir normatif inşa etrafında kurgulamamaktadır. İlkelerin hukukun dışarısında kabul edildiği bir pozitif düzeni kabul etmez. Daha doğrusu bir tanıma kuralı kabul edilecekse bunun ilkeleri de içeren bir yapıda kurgulanması gerektiğini ifade eder<sup>20</sup>. Zira Dworkin, zor davalarda<sup>21</sup> hukukun sistematik olarak bir vakayı çözüme kavuşturabilmesi için ilkelerin somut olaya uygulanmasının zorunlu olduğunu ifade eder. Bu durumda pozitivist kuramcıların kabul ettiği üzere norm olarak kabul edilmeyen ilkenin doğrudan uygulanması hukukun metafizik olarak kurgulanması sonucunu doğurmaz<sup>22</sup>. Ancak hangi ilkenin öncelikli uygulanacağı ve ilkeler arasında ortaya çıkabilecek çelişkilerin nasıl giderileceği bir mesele olarak ortaya çıkar. Bu durumda Dworkin, yasa koyucu yerine, bir yargılama kuramı inşa ederek yasa uygulayıcıya misyon yüklemektedir<sup>23</sup>. Dworkin bir "Yargıç Herkül" tasavvuru ile idealindeki hukuk uygulayıcısını resmetmektedir.

<sup>19</sup> Hart, hukukta düzenlenmemiş ve bu sebeple hukuku belirsiz ve tamamlanmamış bırakan durumlarda yargıcın, Bentham'ın da savunduğu gibi, kanun koyucu gibi hareket ederek kanun uyumsuzluğu çözüme kavuşturma yetkisine sahip olduğunu belirtir ve bu tezinin Dworkin ile aralarında en keskin çelişki olduğunu ifade eder. Hart, a.g.e., s. 272.

<sup>20</sup> Dworkin 1978, s. 43.

<sup>21</sup> Zor dava hukukun adilliğinin sınıdığı, pozitif normların adil olanı belirlemede yetersiz kaldığı ve ilkelere başvurulması gereken davalardır. Pozitivizmin ifade ettiği üzere zor davalarda tarafların haklarını belirleme hususunda hakimlerin takdir yetkisi olduğunu Dworkin kabul etmez. Zor davalarda dahi hakimin görevi tarafların haklarını belirlemektir. Dworkin, a.g.e., s. 81.

<sup>22</sup> Pozitivistler ise aynı fikirde değildir. Neticede ilke ahlaki bir değer içerir. Pozitivizm ise hukuk ve ahlakın ayrılmaması gerektiğini savunurlar. Ancak bu husus da tartışmalıdır. Zira bazı pozitivist düşünürler hukuk ve ahlakın keskin bir şekilde ayrılmaması gerektiğini düşünürken, bazıları hukukla ahlakın asgari bir ilişkisinin olması gerektiğini savunmaktadırlar. Meselenin ayrıntılı bir şekilde analizi için bkz. Gülriz Uygur (2003), Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 52, Sayı 3, s. 155.

<sup>23</sup> Kasım Akbaş (2015), Ronald Dworkin, Pozitivizm ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir Yargılama Kuramına; içinde Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, İthaki Yayınları, İstanbul, s. 198.



## 1.2. Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramında Yorumcular

Dworkin'den önce hukuku uygulayıcı temelli teorikleştiren akımlar mevcuttur. Alman tarihçi hukuk okulu, hukukun kaynağını halkın ruhu olarak belirlediğinde halkın ruhundan hukuku damıtma ödevi ve yetkisinin hukukçularda olduğunu söylemişti<sup>24</sup>. Bu durumda hukukçular yalnızca hukuku uygulayan yorumlayan değil; kaynağından hukuku damıtarak bizzat kanun koyucu vazifesini gören bir konuma yerleşti. Alman tarihçi hukuk okulu, modern hukukun oluşumunda kısmen etkili de olsa, demokratik parlamenter sistemlerde kanun koyucu yine de parlamento merkezli olarak konumlandı. Ancak hukukçuların hukuk üzerindeki etkisi azalmadığı gibi, Amerikalı hukukî realistler hukukçuların uygulamadaki etkilerinin hukukun belirlenmesinde oldukça güçlü olduğunu ifade ettiler<sup>25</sup>.

Dworkin ise, hukuku hak temelli bir pozitif düzen olarak tasarladı. Ancak Dworkin, diğer pozitivist kuramlardan farklı olarak hukukun pozitivist boyutu oluşurken hakları koruyacak temel ilkelerin hukuktan dışlanmasına karşı çıktı. Sanılanın aksine ilkelerin hukuktan dışlanmayacağını ve hukukun belirlenmesinde normlardan daha etkili olduğunu ortaya koymaya çalıştı<sup>26</sup>. Bu iddiasını temellendirirken zor davalar adını verdiği, bir hukuk sisteminde haklara dair temel algıyı oluşturan davalarda çözümün ilkelerin uygulanması ile bulunduğunu ifade etti<sup>27</sup>. Söz konusu davaları çözüme kavuşturan ise yargılama süreci ve yargısal aktörlerdi. O halde, ilkeler ve normların hakları koruyacak şekilde temellendirilmesinin hukuk uygulayıcılarından âri düşünülmemesi gerektiği kanısında idi<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> "... Uygarlığın gelişmesi ile birlikte, toplumun faaliyeti gittikçe fazlalaşır ve aksi halde ortak olarak yapılıcak ne varsa, belirli zümrelerin uğraşına terk edilir. Böyle bir ayırım zümre olarak (bir noktadan sonra) hukukçular da ortaya çıkar. Hukuk dili giderek mükemmelleşir ve bilimsel bir yönelim kazanır ve daha önce toplumun ortak bilincinde yer alan hukuk, artık hukukçuların (bilincine) geçer ve böylece toplum, hukuk etkinliği konusunda artık hukukçular tarafından temsil edilir. Bu andan itibaren hukuk daha yapay ve karmaşık bir hal alır, zira artık ikili bir varlığa sahiptir. İlki, bütün toplumun hayatının bir parçası olarak, ki bunun varlığı yok olmaz; ikincisi de hukukçuların elinde ayrı bir disiplin olarak. ...toplumsal yaşantıyla olan bağımlı politik unsur ve onun bilimsel varlığını da teknik unsur olarak tanımlayacağız." Friedrich Carl von Savigny (2018) Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine, (Çev. Ali Acar), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, s. 43-44.

<sup>25</sup> Hukukî realistler 1930'lu yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde hukukun normativist tarafı ile mahkemelerde uygulanan tarafı arasındaki çelişiklere vurgu yaparak hukuk incelemelerinin mahkeme kararları esas alınarak çözüme kavuşturulduğunu belirtmektedir. Dworkin, a.g.e., s. 80 v.d.

<sup>26</sup> Dworkin, 1978, s. 82 v.d.

<sup>27</sup> Dworkin, kitabın "Zor davalar" başlıklı bölümünde yargı tarihindeki pek çok önemli davanın ilkeler esas alınarak çözüme kavuşturulduğunu belirtmektedir. Dworkin, a.g.e., s. 80 v.d.

<sup>28</sup> Dworkin a.g.e., s. 105. "...hukuk güvenliğine sahip olabilmemizi sağlayan da hakimin takdir yetkisinin ilkelerle sınırlı olması yani Dworkin'in terminolojisiyle güçlü takdir olmamasıdır.." Türkbağ, 2011, 71-82. s. 74.



Dworkin'in kuramında pozitivist kuramcılardan farklı olarak haklar merkezi bir yer tutmaktadır. Bu itibarla yorum faaliyeti sırasında uygulayıcı, hakların ihlal edilip edilmediğini resen gözetmek durumundadır. Tıpkı Radbruch'un teorisinde olduğu gibi uygulayıcıların hakları ihlal eden bir normu uygulamaları kanunun emrini yerine getirme olarak addedilemez<sup>29</sup>. Bir yönetim hakları ciddiye almıyor ise hukuku da ciddiye almıyor demektir<sup>30</sup> ve bu durumda söz konusu norm görmezden gelinmelidir.

Keza normun düzenlemediği alanda ilkenin olaya uygulanması yükümlülüğü yargıç için bir zorunluluktur. Dworkin teorisinde hukukta boşluk söz konusu değildir ve bu sebeple hakimin takdir yetkisinden bahsedilemez<sup>31</sup>. Bir somut vakada uygulanacak norm bulunmadığında hukukun içerisinde bulunan ilke olaya uygulanacaktır. İlkenin olaya uygulanması ise yargıcın takdirinde olmayıp; somut vakada tek bir noktada bulunan adil durumun saptanmasını amaçlayacaktır. Dworkin'e göre hiçbir vaka çözümlenemez ve adil denge kurulamaz değildir. Doğru yanıtın olanaklılığı mevcuttur ve hakimin ödevi söz konusu noktada norm ve ilkeleri uygulayarak adaleti tesis etmektir<sup>32</sup>.

Adaletin tesisinde adil dengeyi gözetecek olan yargıcı "Yargıç Herkül" olarak adlandırarak açıklamaya çalışır. Yargıç Herkül felsefi bir hakimdir ve insanüstü beceri, öğrenme, sabır ve dirayete sahiptir<sup>33</sup>. Herkül, bu insan üstü yetileri ile adalet ve hakkaniyet temelli bir hukuk yorumu oluşturacaktır. Herkül hakkaniyete dayalı adil olan tek doğru cevabı, ilkeler ve normların bütünlüğünde oluşturduğu hukuk anlayışı ile bulabilecektir. Herkül, bu anlamda zor davalarda takdir

<sup>29</sup> Gustav Radbruch (2013), Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk, Çev. Altan Heper, Sevtap Metin, içinde; **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2013, s.75-101, s. 91.

<sup>30</sup> Dworkin, 1978, s. 205.

<sup>31</sup> Dworkin bir somut vakaya kuralın uygulanması için gerekli olan yorumda hakimin takdir yetkisini kullanmasını tabi karşılar. Ancak somut vakaya uygulanacak norm bulunmadığında hakimin hukuk yaratma yetkisinin olmadığını; zira adil olmanın belirlenmesi için ilkelere başvurulması gerektiğini ve bu sebeple normun yokluğundan bahsedilemeyeceğini düşünmektedir. Sevtap Metin (2003) Ronald Dworkin'in Teorisinde Yorum Yaklaşımı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXI, Sayı 1-2, s. 51. Ayrıca bakınız Gülriz Özkök (2002) Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkiivi**, Cilt 5, s. 104.

<sup>32</sup> Brian Bix (2004), Doğal Hukuk, Modern Gelenek, (Çev. Ertuğrul Uzun), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt : 6, Sayı : 2, s. 333.

<sup>33</sup> Dworkin'in Herkülü, ilkelerin belirlenmesi için insan üstü öğrenme, sabır ve dirayet yeteneklerine sahiptir. Dworkin (1978) s. 105. Diğer yandan Herkül, anayasal meselelerle uğraşırken hukuka bütüncül bakmakta ve ilkelere dayalı olarak yorum yapmaktadır, iş yükü baskısı altında değildir, toplum baskısından uzakta ve Olimpos'ta meslek yaşamını sürdürmektedir. Ronald Dworkin (1986) **Law's Empire**, Harvard University Press, (Türkçesi; Hukukun Hükümranlığı, Nora Kitap, 201, Çev. Ertuğrul Uzun; çalışmada çevirisi kullanılmamıştır.), s. 380.

yetkisini kullanmaz, ilkelerden hareketle insanüstü yetileri sayesinde hukukun hükümranlığını inşa eden bir yorum faaliyetinde bulunur. Hukukun hükümranlığını inşa eden Herkül, yeni bir hukuk oluşturmaz. Zira adil olan nokta somut olayın yargılanması içerisinde ve Herkül ilkeler ve normların bütünleştirildiği zihninde adil olanı bulup çıkarır.

Dworkin Herkül'ü Minerva'ya<sup>34</sup> benzetmektedir. Minerva zamanlar ve mekanlar arasında salınıp durarak tarihin içerisinde en doğru olanı keşfetmektedir. Herkül de normlar ve ilkeler etrafında bir yargılama faaliyeti yürüterek adil olanı bulma çabasıdadır<sup>35</sup>. Peki Herkül adil olanı belirlerken hakkaniyet temelli yaklaşımı nasıl bir metotla gerçekleştirmektedir?

### 1.3. Yorumcular ve Hakkaniyet Denetimi

Dworkin ilkelerin tarihsel süreçte zor davalarda yargıçlara yol gösterdiğini ifade etmektedir. Örneğin, 1889 yılında New York mahkemesinin verdiği kararla büyükbaşını öldüren kişinin ölen kişinin mirasından yararlanmamasını, hiç kimse- nin kendi hileli davranışından yararlanamaması ilkesi ile çözüme kavuşturulduğu örneğini verir<sup>36</sup>. Diğer bir örnek ise 1960 yılında New Jersey eyaletinde mahkemenin, bir otomobil üreticisinin hatalı araç satması sebebiyle bir kişinin kazaya karışması durumunda, otomobil üreticisinin sorumluluğunun yalnızca hatalı aracı tamir etmekle sorumluluktan kurtulmayacağı, tehlikeli bir araç üreten firmanın sorumluluğunun geniş tutulması yönünde karar verdiği ifade edilmiştir<sup>37</sup>.

Herkül'den beklenen somut uyumsuzlukta adil olanı belirlemesidir. Bu durumda hakkaniyet temelli yorum Herkül'ün birincil ödevidir. Herkül bunu yaparken elbette bir normu yorumlamak durumundadır. Herkül yorumunda yasa koyucunun niyetini araştırmak durumunda değildir. Zira, normun oluşturulduğu yer olan yasama organında dikkate alınan mesele, siyasi bir öncelik içerebilir, parlamenterler farklı kanaat ve beklentilerle yasanın içeriğini oluşturmuş olabilirler<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Minerva veya Athena Klasik Yunan Mitolojisinde Baş Tanrı Zeus ve Hikmet Tanrıçası Metis'in kızıdır. Efsaneye göre Tanrı Zeus'un başından doğmuştur ve Zeka Tanrıçası olarak bilinmektedir. Tarihin her döneminde zekanın,, yiğitliğin ve adalatten yana olmuştur. Şefik Can (2011), *Klasik Yunan Mitolojisi*, Ötüken Yayıncılık, s. 64-65.

<sup>35</sup> Bir köprü inşasında, mühendis içten dışa doğru çalışır ve bu durumda hangi sorun ile karşılaşacağını bilmez. Bir sorunla karşılaştığında ise metalürjinin ve pratik fiziğin temel ilkelerine giderek o sorunu çözmeye çalışır. Herkül metaforu ile hukukta yapmaya çalıştığı şey de benzerdir. Hukukun belirli birtakım meşrulaştırıcı ilkeler bannırdığını söyler. Ronald Dworkin (2006) *Justice in Robes*, Harvard University Press, s. 53-57.

<sup>36</sup> Dworkin, 1978,23.

<sup>37</sup> Dworkin, a.g.e, s. 23.

<sup>38</sup> Dworkin, 1986, s 313.

Herkül bir hikaye tamamlayıcısıdır. Geçmişte parlamento tarafından yazılmaya başlanan bir hikayenin bütününe haklı çıkarma gayretindedir<sup>39</sup>. Bu sebeple hakkaniyet çerçevesinde normatifliğin demokratik hukuk devleti ile uyumlu olmasını sağlayacak bir yorum yapmak durumundadır. Yorum yaparken ise geçmiş yargı kararlarından ve hukuk kültüründen beslenir. Bu sebeple Herkül yasa-yı yorumlarken metafizik olan bir değer değil, hukuk kültürünün inşa etmeye çalıştığı adil bir karar noktası belirlemeye çalışmaktadır.

Dworkin hukukun yorumdan ibaret olduğunu ifade ederek uygulayıcının aktif bir rol oynadığını baştan kabul etmiştir. Bu sebeple, uygulayıcının bakış açısı ile hukuk kültürü hukukun somutlaşmasını etkileyecek temel unsurlardır. Dworkin Yargıç Herkülün zor davalarda aldığı kararlarda tarafların hakları olduğunu ve bu sebeple her bir hakkı muhafaza edecek biçimde karar alması gerektiğini ifade eder<sup>40</sup>.

Esasında Dworkin Herkülle birlikte liberal hukukun temellerinde yer alan çelişkili durumların üstesinden gelmeyi arzulamaktadır. Hukukta yorumda hakim takdir yetkisinin varlığı ve bunun sınırı zor davalarda Herkül'ün karşılaştığı problemlerdir. Herkül yok olmak üzere olan küçük bir balık türünün neslinin yok olmasını önlemek için türlerin geleceğini koruma altına almayı amaçlayan bir yasanın iç işleri bakanına baraj inşaatını durdurma yetkisi verip vermediği gibi çelişkili durumları tartışmak durumundadır<sup>41</sup>.

Dworkin, hukukun yoruma dayanan bir kavram olduğunu belirtir. Verilen her bir yargı kararının tartışmalardan kurtulamayacağını da bilincindedir<sup>42</sup>. Ancak Dworkin, bütünlük olarak hukuku savunur ve hakların korunması için ilkelerle normların bir arada yorumlandığı bir metodun geliştirilmesini zaruri görür. Herkül'ün siyaset yapıyor iddiası ile suçlanması, sahtekar veya kibirli olduğu suçlamalarına aldırmaksızın ilkelerle normların bir arada yorumlandığı, ilkelerin normları öncelediği bir yorum teorisi geliştirmeye çalışır<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Dworkin, a.g.e., s. 338.

<sup>40</sup> Dworkin, a.g.e.,s. 313.

<sup>41</sup> Dworkin, a.g.e.,s. 313.

<sup>42</sup> Dworkin, a.g.e, s. 410.

<sup>43</sup> Dworkin, s. 258 v.d.

## 2. OMBUDSMAN VE HAKKANİYET TEMELLİ İDARİ DENETİM

### 2.1. Hukuk Devleti ve İdare

Demokratik devletlerde idarenin takdir yetkisinin sınırlı olduğu ve bu yetkinin hakkaniyet çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığına dair bağımsız otoritelerce denetim yapılması esastır<sup>44</sup>. Ancak idarenin günümüzde gelmiş olduğu noktada oldukça muazzam bir yapı sergilemektedir. İdarenin geçmişte hiç olmadığı kadar geniş yetkilerle, personel ve mali yapı ile donanması karşısında demokrasinin işlerliğini yitirmeden onu denetlemesi beklentisi çelişkili bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Kuvvetler ayrılığının geleneksel tanımında birbirinden ayrı ve birbirini denetleyen konumda tasavvur edilen erklerden yürütmenin yalnızca yargı kararları ile veya sınırlı bir alanda parlamento tarafından denetimi hukuk devleti prensibinin anlamlı bir şekilde tatbiki için yetersiz kalmaktadır.

Halihazırda hukuk devleti prensibi yalnızca yargısal denetimin etkin şekilde yürütüldüğü ve hakim bağımsızlığının teminat altında alındığı bir düzlemde kavranmamaktadır. Elbette geleneksel yaklaşımın unsurları hala önemini korumaktadır. Ancak artık idarelerden beklenen insan hakları teorisi ve hukuk devleti prensibinin çağdaş yorumunun benimsenmesinin sağlanmasıdır<sup>45</sup>. İyi yönetim ilkelerine tüm idarelerce uyulması, toplumun dezavantajlı gruplarına hassas davranılması, kadın erkek fırsat eşitliğinin sağlanması, çocukların korunması ve insan hakları alanında işbirliği yapılması gibi modern kamu yönetiminin temel ilkelerinin her yönetim tarafından kabulü ve tatbiki beklenmektedir<sup>46</sup>.

Günümüzde idarenin hesap verilebilirliği dikkate almakla birlikte diğer temel iyi yönetim ilkelerini ne derece önemseydiği tartışmalıdır. Diğer taraftan yargı ve

<sup>44</sup> Çağdaş demokrasilerde iktidarn seçimler yolu ile dikey olarak denetlenmesinin yanı sıra devlet içinde yatay hesapverilebilirlik mekanizmalarının kurumsallaşması gerekmektedir. Bu kurumlar devlet içinde örgütlenmekte, görevlerinin ifası sırasında bilgi isteme kamuya açıklamalarda bulunma, cezalandırma gibi yöntemler kullanmakta, yasal olarak iktidarı kullananları denetleme görevleri kendilerine verilmektedir. Ergun Özbudun (2017) **Anayasalcılık ve Demokrasi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 80.

<sup>45</sup> Hukuk devleti ilkesi öncelikle iktidarn yasaları ve temel hakları ihlal etmeksizin hükümet etmesini, bu durumdan bir sapma göstermesi durumunda yozlaşmanın önlenmesi bağımsız ve tarafsız yargının müdahil olmasını gerektirmektedir. Zühtü Arslan (2001) *Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük* Sarkacı, **Doğu Batı Dergisi**, Cilt 13, s. 89.

<sup>46</sup> "Birçok demokratik ülke geçmişte hukuka aykırı eylemleri ile maruf ve yasama ve yargı erkleri karşısında oldukça güçlü olan yürütme erki ile yönetilmektedir. Ancak bu ülkelerde yükselen değişim dalgası ve demokratik bilinç demokrasi kültürü ve insan hakları anlayışının idarelere yerleşmesi hususunda girişimde bulunmaktadır. Bu girişimlerde erkler arası çatışmadan ziyade uzlaşımçı bir anlayışın hakim kılınması daha çok tercih edilmektedir ve bu anlamda ombudsmanlık kurumu bu anlamda idarenin söz konusu kazanımları elde etmesi hususunda çaba sarfetmektedir". Linde C. Reif. (2004), **The Ombudsman, Good Governance and The International Human Right System**, Springer, Dordrecht, s. 58 v.d.

denetim organlarınca yapılan denetlemenin ardından işlem tesisinin mümkün hale getirilmesi kamu hizmeti talep eden vatandaşları hak kaybına uğratacağı muhakkaktır. O halde, anayasal ve yasal olarak kabul edilen iyi yönetim ilkelerinin icrası ve idari uygulamalarla ihlalinin önüne geçilmesi için her bir idari ajanın insan hakları temelli hukuk ve adalet anlayışını özümsemesinin sağlanması gerekmektedir. İdareler denetlenebilir idari işlemler icra etmenin yanında, denetlenseler de hak ihlalleri tespit edilemeyecek işlemler tesis etmenin kaygısında olmalıdır.

Yukarıda yer alan ifadeler temenni niteliğinde değildir. İnsan haklarına saygılı hukuk devleti Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin anayasal ilkesidir. Bu ilkenin hayata geçirilmesi için pek çok hukuki tedbir alınmıştır. Bunların bir kısmı yargısal tasarruf olmakla birlikte, büyük bir kısmı yürütmenin söz konusu ilkeyi hayata geçirmesinin sağlanmasını amaçlamaktadır. Anayasanın 40'ncı maddesinde düzenlenen başvuru merciinin gösterilmesi, 90'ncı maddesinde düzenlenen uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi, 125'nci maddesindeki idari işlemlere karşı yargı yolunun kapsamının genişletilmesi idarenin insan haklarına uygun bir biçimde görev ifa etmesini sağlayacak tedbirler olarak değerlendirilebilir. En nihayetinde 2010 anayasa değişikliği ile iki önemli anayasal hak ihdas edilmiştir. İlki Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının tanınmasıdır. İkincisi ise kamu denetçisine başvuru hakkıdır. Söz konusu hakkın anayasal olarak kabulü ile idarenin işleyişi ile ilgili şikayetlerin görülmesi Kamu Denetçiliği Kurumuna anayasal bir görev olarak tanınmıştır.

## 2.2. Ombudsmanlık Kurumu ve İdarenin Denetimi

İdarenin denetimi, hukuk devleti ve demokratik bir toplum idaresi için kurgulanan modern anayasal düzenin temel sorun alanlarından birisidir. Bireyin karşısında geniş yetkilerle donanan, maddi ve manevi gücü, personel yapısı ve profesyonel kimliği ile idare hayatın her alanında faaliyet yürütmektedir. Bu durumda modern hukuk kuramları idarenin denetlenip denetlenemeyeceği, denetimin sınırı, kamu yararı ve bireysel yarar arasında adi bir denge kurulabilir mi gibi sorun alanlarını aşmaya yönelik birtakım çıkarımlar yapmakta, teoriler inşa etmektedir<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Modern hukuk kuramları hukukun doğası yerine demokrasi insan hakları ve hukukun birleştiği yerde sorunu çözmeye odaklanmıştır. Rawls'ün Adalet Teorisi, Dworkin'in yargılama kuramı, Habermas'ın iletişimsel eylem kuramı bu amaca matuf olarak oluşturulmuştur.

Demokrasi teorisi ile birlikte ilerleyen idare hukuku, idarenin belirli ilkeler çerçevesinde hukuk ile bağlanmasını amaçlamaktadır. İdarenin yasallığı ilkesi<sup>48</sup> ile birlikte değerlendirildiğinde ise, parlamentonun idareyi denetlediği ve böylelikle insanlarca değil kanunlarca yönetilen bir toplum yaratma amacının gerçekleşmesinin hedeflendiği saptanmaktadır. Ombudsmanlık, idari denetim vazifesini üstlenerek kurumsallaşmasını tamamlaması ve ardından yaygınlık kazanması, 1970 sonrası demokrasi teorisinin dönüşümü ile eş zamanlı bir seyir izlemektedir<sup>49</sup>. Esasında idarenin denetlenmesi ile ilgili pek çok kurum mevcuttur. Bir idareden söz ediliyor ise evvelen orada belirli bir normatif sistem ve hiyerarşinin varlığı gerekmektedir. Bu durumda o hiyerarşi içerisinde sıralı amirler astların normatif sisteme uyup uymadığını her an denetlemekle vazifelidirler. Diğer yandan idari yargı ve yer yer anayasa yargısı da idarenin hukuka uygunluğunu denetlemektedir. Bu denetimlerin ortak özelliği ise hukuka aykırılık tespit edildiğinde, aykırılığın giderilmesi için doğrudan aksiyon alabilme kapasiteleri ile donanmış olmalarıdır.

Ombudsmanlık ise klasik denetim yollarından farklı bir alanda evrilmiştir<sup>50</sup>. Elbette kurumsal olarak kök saldıği İsveç'teki pratiği kıta Avrupası'ndan ve diğer devletlerden farklıdır. Ancak kıta Avrupası'nda parlamento adına idareyi halk adına denetleme görevini edinmiştir. Denetim sonucu ortaya çıkan durum ise idaredeki kötü uygulamaların önüne geçilerek vatandaşın idareden iyi yönetim ilkelerine uygun bir kamu hizmeti edinmelerini sağlamaktır. Esas olarak ombudsmanın kurumsallaştığı Avrupa ülkelerindeki misyonu idarenin denetlenmesi görevini haiz hukuk kurumlarına bir alternatif olmak değil, iyi yönetim ilkelerini

<sup>48</sup> İdarenin yasallığı ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk olarak idari işlem bir kanuna dayanmalıdır; ikinci olarak idari işlem kanunlara aykırı olmamalıdır. Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan (2018), *İdare Hukuku Derleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, s. 71.

<sup>49</sup> "Avrupa'da (ombudsmanlık) konsepti geçen yüzyılda muazzam bir dinamizm ile gelişti. İlk bağımsız ombudsmanlık kurumu 1809 yılında İsveç'te kuruldu. Uzun bir süre tek olarak kaldı. İlk olarak Finlandiya 1919 yılında ombudsman fikrini cumhuriyet anayasasına adapte etti. Yine de, yeni bir yasal zemin hazırlayarak daha sonra kurulanlara örnek olmasını sağlayan ve (kurumun) popülaritesini artıran Danimarka oldu. Bu yapı 1963 yılında Norveç, 1967 yılında Birleşik Krallık tarafından kabul edildi. Sonrasında (ombudsman) fikri Avrupa geneline yayıldı. Orta ve Doğu Avrupa'da olduğu gibi Portekiz, İspanya, Yunanistan'da totalitarizmin yıkılması ve ortaya çıkan demokratikleşme süreci ombudsman fikri için yeni teşvikler sağladı. Hukuk devleti ve insan hakları temel konseptlerini birleştiren ombudsman figürü yeni bir düzeye çıkarıldı. Bir çok yeni devletin Avrupa Konseyine girmesine etkisi ile pek çok (ombudsman) kurumu oluştu." Gabrielle Kucsko-Stadelmayer (2008), *European Ombudsman Institutions*, Springer, New York, s. 2.

<sup>50</sup> Ombudsmanlık diğer idari denetim yollarına bir alternatif değil; onlardaki eksikliği tamamlamak için kurumsallaşan bir denetim türüdür. "...Parlamento denetiminin, parti disiplini ve yasama-yürütme ilişkileri sebebiyle işlevsiz kalması; idarenin iç denetiminin hiyerarşik yapı ve dayanışma duyguları gibi sebeplerle vatandaş için bir güvence olmaktan uzaklaşması; yargı denetiminin yavaş işlemesi, pahalı niteliği ve bu denetimin sadece dava açılmasına bağlı olarak hukuka uygunlukla sınırlı kalması gibi sebepler, bu arayışı haklı kılmaktadır..." Ender Ethem Atay (2014) *Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi Ve Kamu Denetçiliği Kurumu*, *Ombudsman Akademik Dergisi*, Sayı 1, s. 27.

geliştirerek insan haklarına saygılı bir idare oluşmasına yardımcı olmaktadır. Nitekim Avrupa Birliği ombudsmanlığı ile söz konusu ilke tüm Avrupa için ortak bir ideal halini almış; ortak bir ombudsman ile insan haklarına saygılı, iyi yönetim ilkelerine haiz ortak bir Avrupa idaresi kurma hedefi gerçekleştirilmeye çalışılmıştır<sup>51</sup>.

Türkiye’de ombudsmanlığın kurumsallaşması fikri erken olgunlaşsa da hayata geçirilmesi oldukça zaman almıştır<sup>52</sup>. 1961 Anayasası ile Türkiye’de idarelere belirli özerk alanlar belirlenmiş ve her bir kurumun özerk iktidar alanınının oluşması sağlanmıştır. Bu anlayış 1980 Anayasası’na da sirayet etmiş ve kuvvetler ayrılığı prensibinin yanı sıra yürütmenin belirli birtakım parçalarının sivil siyasete hesap verebilmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

2010 referandumu ile birlikte Türkiye demokratik toplum ve demokratik siyasetin önünde duran anayasal ve yasal engelleri aşma konusunda büyük ilerlemeler kaydetmiştir. Ombudsmanlık kurumu da anayasal boyutta düzenlenerek idarenin parlamentoya bağlı bir başdenetçi ve denetçiler tarafından denetlenmesinin önü açılmıştır. Dünya uygulamasında da<sup>53</sup> parlamento ile organik bağı olan ombudsman, ülkemizde de parlamentoya bağlı ancak idareden ayrı bir tüzel kişiliğe haiz kuruluş olarak kurumsallaşmış; vatandaşın şikayeti üzerine millet adına denetim yapmakla görevlendirilmiştir.

<sup>51</sup> “Avrupa’daki bu etkileyici dağılım, ülkeler arasındaki farklı yasal yapıların karşılaştırılmasında büyük bir şevk uyandırmasına neden oldu. Ombudsmanlık fikri, gelişimi boyunca yalnızca büyük bir dağılım göstermedi, aynı zamanda önemli bir tipolojik çeşitlilik de ortaya koydu: İsveç ve Fin ombudsman kurumları, yürütme organının tamamını, yargı alanını bile kontrol etmeyi amaçlamaktadır ve dahası hakimleri ve kamu görevlilerini itham etmeye yetkilidirler. Danimarka ve Norveç kurumları sınırlı bir yetkiye sahiptir ve bu nedenle yönetimi yalnızca tavsiye ve raporlar gibi “yumuşak” yaptırımlarla kontrol edebilirler. Bu “yumuşak yaptırımlar” olarak adlandırılanlar, bireyin devletteki bürokratik örgütler karşısında “felç olma” hissini en aza indirmek için öncelikle hızlı, esnek ve ekonomik bir eylem sağlamayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla tek bir İskandinav sisteminden bahsedilemez. Güney, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde ombudsmanlar, demokratikleşmeyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla kuruldukları için yeni yetkiler ile güçlendirilmiştir. Yetkilerine göre, bu ombudsmanlar resmen “klasik ombudsmannın” aksine “insan hakları ombudsmannı” veya “hibrid ombudsman” olarak belirlenmiştir.”Stadelmayr,a..g.e., s. 2-3.

<sup>52</sup> Ombudsmanlık kurumunun Türkiye’de kurulması ve uygulanabilirliğine ilişkin tartışmalar 1968 yılında başlamakla birlikte hayata geçirilmesine ilişkin girişimler uzun süre akim kalmıştır. Kurumun kurulması ile ilgili teorik ve kanonik çalışmaların seyirinin detaylı anlatımı için bkz. Hamza Günaydın (2017), **Paris Prensipleri Çerçevesinde Ulusal İnsan Hakları Kurumu Modeli Olarak Ombudsmanlık: Türkiye Örneği**, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 104 v.d.

<sup>53</sup> İkinci dünya savaşı sonrası dünya genelinde kurumsallaşan ombudsman müessesesi bugün 130’dan fazla ülkede faaliyet göstermektedir. Oğuzhan Erdoğan (2018), **Çevre Ombudsmanlığının Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir İnceleme, içinde; Türkiye’de Çevre Politikaları**, Nobel Yayıncılık, Ankara, s. 235.



### 2.3. Ombudsmanın Hakkaniyet Denetimi ve Dworkin'in Hukuk Kuramı

Türkiye'de ombudsmanlığın bilfiil göreve başlaması 2013 yılı Mart ayına rastlamaktadır. 2014 yılı Mart ayından itibaren yerel yönetimlerle ilgili şikayetleri de almaya başlaması ile Kurum, tam kapasite ile anayasa ve 6328 sayılı Kanun kapsamında kendisine verilen görevleri yerine getirmektedir. Kurumun idarenin işlemlerini insan haklarına dayalı adalet anlayışı içerisinde hukuka ve hakkaniyete uygunluk bakımından denetleme görevini yerine getirirken dayandığı hukukî argümanlar önem arz etmektedir.

İdarenin icraîliği ilkesi gereğince, bir idari işlem yargı mercilerince iptal edilmedikçe, işlemi yapan makam geri almadıkça hukuk aleminde icraî bir nitelik taşımaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumunun görevi ise işlemi yapan idari mercilere hukuka veya hakkaniyete aykırı bulunduğu işlemin geri alınmasını veya değiştirilmesi hususunda tavsiyede bulunmaktır<sup>54</sup>. Bir idari işlemin hukuka uygunluk bakımından incelenmesi Kamu Denetçiliği Kurumu ile birlikte idari yargının da görevidir. Nitekim Türk idari yargı sistemi de 152 yıllık tecrübesi ile idari işlemlerin hukuki denetimini yapmaktadır. İdari yargının bu zaman dilimi içerisinde geliştirdiği içtihatlar şüphesiz her kuruma olduğu gibi Kamu Denetçiliği Kurumuna da rehberlik etmektedir. Diğer yandan mali hususlarda Sayıştay kararlarının da Kuruma yol gösterdiği bir gerçektir<sup>55</sup>. Ancak anayasal olarak yargı mercileri yerindelik denetimi yapamazlar. Zira bu husus Anayasa'nın 125'inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki "Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde

<sup>54</sup> 6328 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde Kanun'un amacında şu ifadeler yer almaktadır "Bu Kanunun amacı; kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumunu oluşturmaktır." Kurumun tavsiye kararlarının çeşitliliği ise 28.03.2013 28601 (mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" in 32'inci maddesinde "İnceleme ve araştırma sonucunda şikâyetin yerinde olduğu kanaatine varılması hâlinde tavsiye kararı verilir. Kararda idare hakkında aşağıdaki tavsiyelerden bir veya birkaçına yer verilir: a) Hatalı davranıldığının kabulü. b) Zararın tazmini. c) İşlem yapılması veya eylemde bulunulması. ç) Mevzuat değişikliğinin yapılması. d) İşlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya düzeltilmesi. e) Uygulamanın düzeltilmesi. f) Uzlaşmaya gidilmesi. g) Tedbir alınması. (2) Kurum, birinci fıkrada yer alan tavsiyeler dışında başka bir tavsiye kararı verebilir. (3) İlgili merci, tavsiye doğrultusunda tesis ettiği işlemi, aldığı önlemleri veya tavsiye edilen çözümü uygulanabilir nitelikte görmediği takdirde bunun gerekçesini otuz gün içinde Kuruma bildirir." şeklinde açıklanmıştır.

<sup>55</sup> 2018/9218 Maaş Farkı Ödenmesi Talebi İle İlgili Başvuru Hakkında Verilen 07.01.2019 Tarihli Tavsiye Kararı'nda şu paragraf yer almaktadır: "20. Nitekim Sayıştay 4. Dairesinin 18.11.1997 tarihli ve 28494 sayılı Kararında: Maliye Bakanlığının değişik birimlerinde memur olarak çalışmaktayken açılan sınavı kazanarak müfettiş yardımcılığı kadrosuna atanan kişilerin görev değişikliklerinin 657 sayılı Kanunun 169 uncu maddesi kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığına ve ilgililere yeni görevlerinin gerektirdiği zam ve tazminat farklarının kıst olarak ödenmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir."

kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.” ifadeleri ile açıkça düzenleme altına alınmıştır. Diğer yandan idari yargı yalnızca idarenin idari işlemlerini denetlerken, ombudsman idarenin tüm eylem, işlem, tutum ve davranışlarını incelemekte; bu anlamda idari yargının yanı sıra adli yargının görev alanına giren ve hatta yargısal bir uyumsuzluk olamayacak meseleler ile ilgili inceleme ve araştırma yapma salahiyetine sahiptir<sup>56</sup>.

Bu durumda idari ve adli yargı kararlarının kamu denetçiliği kurumu kararlarına görevini yaparken belirli ölçüde rehberlik ettiği muhakkaktır. Nitekim Kurum kararlarında Danıştay ve Yargıtay kararlarına pek çok atıf bulunduğu gözlenmektedir<sup>57</sup>. Ancak tüm bu içtihat geçmişinin yanı sıra Kurumun vizyon ve misyonuna ışık tutması için uluslararası sözleşmelerin temel alındığı insan hakları metinlerinin ve uluslararası yargı mercii kararlarının Kuruma rehberlik ettiği gözlenmektedir<sup>58</sup>. Kurumdan beklenen idarenin her türlü işleminin insan haklarına ve hakkaniyete uygunluk temelli bir denetime tabi tutulmasıdır. Bu sebeple Kurum kuruluşundan bugüne dek uluslararası sözleşmeleri ve güncel insan hakları kuramının geldiği yeri kararlarında işlemektedir. Zira hukukta adaletin tesisi için iki temel kavram esas alınarak bir sorgulama yapmak gerekmektedir ki bu kavramlar meşruiyet ve hakkaniyettir<sup>59</sup>. Bu sebeple hakkaniyetin tespiti için uluslararası insan hakları kurumlarının yorumu Kurum tarafından dikkate alınmaktadır.

<sup>56</sup> Bir idari işlemin idari yargıda dava konusu olabilmesi için işlemin kesin ve icrai bir işlem olması gerekmektedir. Oysa ombudsmanlık, idarenin her türlü eylem ve işlemi ile tutum ve davranışını da inceleme konusu yapmakla görevli ve yetkilidir. 6328 sayılı Kanun’un birinci maddesi “Bu Kanunun amacı; kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, **idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını**; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumunu oluşturmaktır.” şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>57</sup> Yıllık izin hesabında Adalet Bakanlığında geçen hizmet süresinin de dikkate alınması talebini içeren 2016/5684 başvuru numaralı ve 20/06/2017 tarihli kararında Kurum Yargıtay’ın 9. Hukuk Dairesinin 23/01/2013 tarih, E.2010/38537, K.2013/2673 sayılı Kararına atıfta bulunarak başvuramın işçi statüsünde çalıştığı sırada memuriyette geçen sürelerinin de izin hesabında dikkate alınması gerektiği hususunda idareye tavsiyede bulunmuştur.

<sup>58</sup> Başvuramın; eşi ile birlikte ailesinin ikamet ettiği illerde durumlarna uygun bir cezaevine nakil talebini içeren 2018/17332 Başvuru Numaralı ve 28/05/2019 tarihli kararında Kurum AİHM’in Vitman Kararına atıfta bulunarak mahkumların ailelerinin ziyaretlerini zorlaştıracak veya imkansız hale getirecek şekilde hapsedilmelerinin AİHS’in 8’inci maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğinin ifade edildiği vurgulanmıştır. Bu itibarla somut olayda başvuramın eşi ile görüşebilmesini sağlayacak şekilde nakil edilmesi talebinin reddedilmesini hukuka ve hakkaniyete aykırı bularak Başvuramın, eşiyile birlikte ailelerinin ikamet ettiği illerdeki durumlarna uygun ve kapasitesi müsait infaz kurumlarından birine nakledilerek mağduriyetlerinin giderilmesi hususunda Adalet Bakanlığı’na tavsiyede bulunulmasına karar verilmiştir.

<sup>59</sup> Süleyman Dost (2019), Uluslararası Hukukta Adalet, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 45.

Ombudsmanlığın kurumsal olarak işlemeye başlaması ile birlikte Türkiye'nin çetrefilli bir sürecin içerisinde geçmesi eş anlamlı bir tarihsel seyir izlemektedir. Bu seyirden kuruma düşen pay ise, diğer pek çok yargı kurumunun karşılaştığı üzere, Dworkin'in zor davalar olarak betimleyebileceği meselelerin kurumun önüne gelmesidir. Kurumsallaşmasının hemen ardından gezi olayları<sup>60</sup> ve 1 Mayıs eylemleri ile ilgili kararlar veren Kamu Denetçiliği Kurumu kararlarının gerekçelerinde uluslararası insan hakları teorisi çerçevesinde özgürlük-güvenlik dengesini kurmaya çalışmış, idari işlem ve eylemler ile bunların dayanağını teşkil eden mevzuatı hukuka ve hakkaniyete uygunluk cihetinden ele almıştır<sup>61</sup>.

Diğer yandan Türkiye'nin kronik pek çok sorununun da bu süreçte Kurumun önüne geldiği gözlenmektedir. Kamuda çalışan kişilerin başörtüsü takmalarına ilişkin uygulanan yasaklar, polislerin istihdam biçimleri, aile mazereti sebebiyle nakil talebi gibi pek çok sorun alanı Kamu Denetçiliği Kurumuna yapılan şikayetlere ilişkin karar verilerek çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır<sup>62</sup>. Söz konusu kararlar; genel olarak daha önce yargı mercileri nezdinde veya kamuoyunda uzun süre gündemde kalan meselelere ilişkindir. Ancak Kurum, kararlarını oluştururken güncel siyasi ve ideolojik tartışmalar yerine insan hakları perspektifinden hareketle kararlarını gerekçelendirmiştir<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Kurum kararında, şikayet konusu toplumsal olaylara müdahale eden kolluk personelinin müdahalesini ölçsüz bulan Kamu Başdenetçisi, kolluğun müdahale esnasında uluslararası sözleşmelerde koruma altına alınan hakları ihlal etmemesi için orantılı güç kullanması gerektiğini, bu hususta sürekli eğitime tabi tutulmalarının zarurî olduğunu, kolluk görevlilerinin toplumsal olaylarda müdahalesinin etkin bir inceleme ve soruşturmaya tabi tutulması gerektiğini dile getirmiştir. Ayrıca kolluğun müdahalesinde güç kullanımının ve biber gazı kullanımının mevzuatta açık, net, öngörülebilir şekilde düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır (KDK, 2013/310 başvuru numaralı 03/12/2013 tarihli karar).

<sup>61</sup> Kuruma yapılan başvuruda, İstanbul Valiliği'nin 1 Mayıs Emek ve Dayanışma Günü dolayısıyla yasa dışı gösterileri önlemek amacıyla İstanbul'da ulaşım seferlerinin iptal edilmesi şikayet konusu yapılmıştır. Şikayet konusuna ilişkin incelemelerini tamamlayan Kamu Başdenetçisi İstanbul Valiliği ve İçişleri Bakanlığı tarafından Taksim Meydanı'nın devam eden inşaat çalışmaları sebebiyle kutlamalara kapatılmasının hukuka uygun bulunmuştur. Ancak şikayet konusu olan seyahat özgürlüğünün Taksim Meydanı'nda uygulanan tedbirin gereği olarak sınırlandırılmasının güvenlik gerekçesi ile aşırı şekilde sınırlandırılması, hakkaniyete aykırı bulunmuş, söz konusu seyahat özgürlüğü sınırlandırılmasının anayasamızın sözüne ve ruhuna aykırı olduğunu dile getirmiş, bu sınırlandırmanın yaşanan olayların gerektirdiği makul ölçekte daha fazla kısıntıya uğrattığı ve bu durumun hakkaniyete aykırı olduğunu tespit etmiştir (KDK Tavsiye Kararı, Karar No: 2013/33). Bu noktada 'makul ölçek' kavramına yer veren Kamu Başdenetçisi, güvenlik gerekçesi ile kolluğun faaliyetlerinin mühim olduğunu vurgulamış ancak söz konusu kavramı merkeze alarak bu faaliyetlerin 'insan hakları' ve 'insan onuru'na layık şekilde örgütlenmesinin ve uygulanmasının gerekliliğini vurgulamıştır. Bu gerekçelerle İstanbul Valiliği'ne hatalı davranıldığının kabulü ve şikayet konusu uygulamaların tekrarlanmasının önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması hususunda 'Tavsiye Kararı'nda bulunmuştur (KDK Tavsiye Kararı, Karar No: 2013/33).

<sup>62</sup> Başörtüsü kararı ile ilgili bkz. Karar No: 2013/2, Karar Tarihi: 20/09/2013. Polislerin mesailerine ilişkin bkz. Karar No: 2013/171, Karar Tarihi: 30/12/2014. Aile birliği sebebiyle nakil talebi için bkz: 2018/13083 Karar Tarihi: 28/02/2019.

<sup>63</sup> Kurum kararlarının gerekçe kısmı " **V. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE** üst başlığı altında yer alan **A. Hukuka, Hakkaniyete ve İnsan Haklarına Uygunluk Yönünden Değerlendirme ve B. İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme.**" başlıkları altında güncel insan hakları teorisi çerçevesinde yapılan değerlendirmelerden oluşmaktadır.

Kurum yalnızca şikayet başvurusu yapılan meseleleri değil; yapmış olduğu özel rapor çalışmaları ve yıllık olarak hazırladığı raporlarla da insan hakları temelli idari yaklaşımın yerleşmesine katkı sunmaktadır. Kurumun resmi internet sitesinde üç adet özel rapor hazırladığı görülmektedir<sup>64</sup>. Son olarak hazırlamış olduğu “Türkiye’deki Suriyeliler” başlıklı rapor, tarihin gördüğü en büyük mülteci krizinin idarece nasıl organize edildiği incelenmiş ve bu bağlamda söz konusu krizde icraî nitelikte rol alan idarelere insan hakları perspektifi ile önerilerde bulunmuştur<sup>65</sup>.

Kurumun hak temelli yorum eğiliminde olduğunun bir diğer göstergesi ise kararların tavsiye bölümünde yer alan ifadelerdir. Kurum pek çok kararında idari işleme dayanak teşkil eden mevzuatın değiştirilmesini, eğer söz konusu dayanak hüküm idarenin düzenleyici işlemi değil de bir yasa hükmü ise; bu yasa hükmünün dahi gözden geçirilerek yapılacak taslak çalışmalarında tavsiye kararının dikkate alınması hususunda tavsiye kararı verdiği görülmektedir<sup>66</sup>. Bu anlamda Dworkin’in yargıç Herkül metaforunda belirttiği üzere, yorumcunun mevzuattan ilkeye varan bir hukuk perspektifi içerisinde; insan haklarını ciddiye alarak hareket etme beklentisi Kamu Denetçiliği Kurumu kararlarında gerçekleşmiştir denilebilir<sup>67</sup>.

## SONUÇ

Dworkin; yorumu esas alan teorisi ile yargıçların ilkeler ve normları bir bütün olarak tasavvur eden hukuk anlayışı benimsemelerini ve böylelikle hakları korumaları gerektiği kanaatindedir. Pozitivist hukuk anlayışına karşı hak savunusunu merkeze alan bu teori; esas olarak insan hakları odaklı görev ifa eden tüm kurumların hukukla olan ilişkisini betimleyebilecek kapsamdadır.

<sup>64</sup> <https://www.ombudsman.gov.tr/ozel-raporlar/index.html> linkinden Kurumun tüm özel raporlarına ulaşılabilmektedir. Erişim Tarihi: 02/10/2019.

<sup>65</sup> Toplam 17 başlıkta sıralanan öneriler; mevzuat durumunda idarelerin yürüttüğü kamu hizmetlerinin standartlarının iyileştirilerek insan hakları temelinde yaklaşılan mülteci ve sığınmacıların yaşam standartlarının yükseltilmesini amaçlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu, **Türkiye’deki Suriyeliler Özel Rapor**, Ankara, 2018.

<sup>66</sup> “...2) Başvuruya konu hususta 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu’nda engellilere yönelik istisna/muafiyet düzenlemesi yapılması hususunda, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına TAVSİYEDE BULUNULMASINA... karar verildi.” **2018/10649 başvuru numaralı, 18/01/2019 tarihli Kısmen Tavsiye Kısmen Ret Kararı**.

<sup>67</sup> Kurumun idari işlemin yasal dayanağının değiştirilerek idari uygulamanın hak temelli kurgulanmasına dair tavsiye kararları bu anlamda tekil örnek teşkil etmemektedir. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kararlarında, ihlalin kaynağını teşkil eden yasa maddesinin değiştirilmesi hususunda çalışma yapılması için meclise bildirmektedir. Mahkeme son olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi durumunda müsadere tedbirinin uygulanması hususunda yasa-belirsizlik olması sebebiyle uygulamada hak ihlallerinin ortaya çıktığını, bu itibarla söz konusu husus ile ilgili yasama organınca bir düzenleme yapılması gerektiğini belirterek kararını TBMM’ye bildirme gereği duymuştur. Anayasa Mahkemesi Kararı, Süleyman Başmeşyan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2015/6164, Karar Tarihi: 20/06/2019.

En nihayetinde 1960 sonrası yaygın olarak kurumsallaşan ombudsman kurumlarının görevleri de insan haklarını geliştirmek ve iyi yönetim ilkelerinin temel alındığı bir idari işleyişin sağlanmasına katkı sağlamaktır. O halde Dworkin'in teorisinin pratik iz düşümü ombudsmanın üstlendiği rolde görülebilir. Nitekim ülkemizde Kamu Denetçiliği Kurumunun (ombudsmanlık) yasal zemininde, idarenin yargısal denetiminde anayasal olarak yerindelik denetiminin yasaklanmasına benzer bir anlayış yer almamış; Kurumun yumuşak yaptırımlarla idareye yol gösterici fonksiyonunun artması için yerindelik denetimini de kapsayacak şekilde idarenin her türlü eylem, işlem, tutum ve davranışını hukuka ve hakkaniyete uygunluk bakımından denetlemesi görevi verilmiştir.

Kurum anayasal ve yasal görevini yaklaşık altı yıldır sürdürmektedir. Görevinin ifası sırasında Dworkin'in kuramı kapsamında zor dava olarak addedilebilecek pek çok meseleyi gündemine almak durumunda kalmıştır. Bu meseleler ile ilgili verilen kararlara bakıldığında, normatif düzenin yanında insan hakları teorisinin uluslararası anlamda günümüzde geldiği noktayı ilkesel olarak benimseyen bir anlayış ile hareket edildiği gözlenmektedir. Türk Ombudsmanı, hakkaniyet denetimi ile yalnızca mevzuat eksenli değerlendirme yapmamakta, mevzuatı aşarak ilke temelli bir inceleme yapmaktadır.

Ombudsman, Dworkin'in yorum teorisini açıklamak için kullandığı metafor olan "Yargıç Herkül" değildir. Dworkin'in muhayyilesinde Herkül görevini Olimpos'ta icra etmektedir. Oysa ombudsman, geçmişten bugüne idari anlamda pek çok sorunu olan, yasama ve idarenin düzenleyici işlemleri bu sorunların aşılmasına çalışıldığı, idarenin iyi işleyişine yönelik pek çok yeni düzenleme yapılan bir ülkede altı yıllık bir kurumsal tecrübe ile idareye tavsiyede bulunarak iyi yönetim ilkelerine dayalı insan hakları temelli bir idari anlayış yerleştirme gayretindedir. Gerçek zorluklarla mücadele ederek insan haklarının korunmasını sağlamaya çalışmaktadır. Bunu yaparken normatif düzenlemeleri aşarak idari işlem, eylem, tutum ve davranışlarını insan hakları temelli ilkeler etrafından değerlendirmektedir. Hakkaniyet olarak adaleti metafizik bir bağlamdan çıkararak müşahhaslaştırmakta ve idarelere yol gösterici bir kamusal rol edinmektedir.

## KAYNAKÇA

- ARSLAN, Zühtü (2001), Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı, **Doğu Batı Dergisi**, Cilt 13.
- ATAY, Ender Ethem (2014), Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi Ve Kamu Denetçiliği Kurumu, **Ombudsman Akademik Dergisi**, Sayı 1, ss. 1-31.
- AKBAŞ, Kasım (2015), **Ronald Dworkin, Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir Yargılama Kuramına**; içinde Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, İthaki Yayınları, İstanbul.
- BİX, Brian (2004), Doğal Hukuk, Modern Gelenek, (Çev. Ertuğrul Uzun), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt : 6, Sayı : 2, ss. 291-343.
- CAN, Şefik (2011), **Klasik Yunan Mitolojisi**, Ötüken Yayıncılık.
- COTTERELL, Roger (2018), **Hukukbilimin Politikası**, (Çev. Saim Üye), Pinhan Yayıncılık, İstanbul.
- DEMİRDAL, Balkan (2014), Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 18, Sayı, 3-4, ss. 789-820.
- DOST Süleyman (2019), **Uluslararası Hukukta Adalet**, Yetkin Yayınları, Ankara.
- DWORKİN, Ronald (1978), **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press.
- DWORKİN, Ronald (1986) **Law's Empire**, Harvard University Press.
- DWORKİN, Ronald (2006) **Justice in Robes**, Harvard University Press.
- DYZENHAUS, David (2007), The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle, , İçinde **Ronald Dworkin**, Ed. Arthur Ripstein, Cambridge University Press.

- ERDOĞAN, Oğuzhan (2018), Çevre Ombudsmanlığının Türkiye'de Uygulanabilirliği Üzerine Bir İnceleme, **içinde; Türkiye'de Çevre Politikaları**, Nobel Yayıncılık, Ankara.
- GÖZLER, Kemal (2018), **İnsan Hakları**, Ekin Kitabevi, Bursa.
- GÖZLER, Kemal ve Gürsel Kaplan (2018), İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa.
- GÖZLER, Kemal (2008), Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı, **Muhafazakar** Düşünce Dergisi, Yıl 4, Sayı 15, s. 79-89.
- GÜNAYDIN, Hamza (2017), **Paris Prensipleri Çerçevesinde Ulusal İnsan Hakları Kurumu Modeli Olarak Ombudsmanlık: Türkiye Örneği**, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- GÜRKAN, Ülker (1967), **Hukukî Realizm Akımı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- HART, H.L.A. (2012), **Concept Of Law**, Oxford University Press, Third Edition.
- KELSEN, Hans (2013), Adalet Nedir, (Çev. Ali Acar), **TBB Dergisi**, Sayı 107, s. 431-454.
- KIRLI, Özlem (2015), **Liberteryenizm**, Orient Yayınevi, Ankara.
- KUCSKO- STADELMAYER, Gabrielle (2008), **European Ombudsman Institutions**, Springer, New York.
- KÜRİS, Egidijus (2007), Anayasal Değerlerin Evrenselleşmesi Üzerine (Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerinin Anayasal İçtihatları ve AİHM Kararları Bağlamında), **Anayasa Yargısı Dergisi**, Sayı 24, ss. 197-213.
- METİN, Sevtap (2003), **Ronald Dworkin'in Teorisinde Yorum Yaklaşımı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXI, Sayı 1-2, 35-83.
- METİN, Sevtap ve Altan Heper (2015), **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, Tekin Yayınevi, İstanbul.



- ÖKTEM, Niyazi (2011), Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 28, ss. 83-96.
- ÖZBUDUN, Ergun (2017), **Anayasalcılık ve Demokrasi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- ÖZER, Mehmet Akif (2005), Günümüzün Yükselen Değeri: Yeni Kamu Yönetimi, **Sayıştay Dergisi**, Sayı 59, ss. 3-46.
- ÖZKÖK, Gülriz (2002), Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, Cilt 5.
- RADBRUCH, Gustav (2013), Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk, Çev. Altan Heper, Sevtap Metin, içinde; **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2013.
- REİF, Linde C. (2004), **The Ombudsman, Good Governance and The International Human Right System**, Springer, Dordrecht.
- RICHARDSON, Henry S. (1999), Administrative Policy-making: Rule of Law or Bureaucracy? içinde **Recrafting The Rule Of Law** Edited by David Dyzenhaus Oxford Publishing.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar (2009), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 13, Sayı. 1-2, ss. 253-281.
- SAVİGNY, Friedrich Carl von (2018), **Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine**, (Çev. Ali Acar), Pinhan Yayıncılık, İstanbul,
- UYGUR Gülriz (2003), Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 52, Sayı 3, ss. 145-176.

## KARARLAR

Anayasa Mahkemesi Kararı Süleyman Başmeydan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2015/6164, Karar Tarihi: 20/06/2019.

Kamu Denetçiliği Kurumu 2018/9218 başvuru numaralı 07.01.2019 tarihli Tavsiye Kararı.

Kamu Denetçiliği Kurumu 2016/5684 başvuru numaralı ve 20/06/2017 tarihli kararı.

Kamu Denetçiliği Kurumu 2018/17332 başvuru numaralı ve 28/05/2019 tarihli kararı.

Kamu Denetçiliği Kurumu 2013/2, başvuru numaralı 20/09/2013 tarihli kararı.

Kamu Denetçiliği Kurumu 2013/171 başvuru numaralı 30/12/2014 tarihli kararı.

Kamu Denetçiliği Kurumu 2018/13083 başvuru numaralı 28/02/2019 tarihli kararı.

Kamu Denetçiliği Kurumu 2018/10649 başvuru numaralı 18/01/2019 tarihli kararı.

Kamu Denetçiliği Kurumu 2013/310 başvuru numaralı 03/12/2013 tarihli kararı.

Kamu Denetçiliği Kurumu 2013/33 numaralı kararı.

## İNTERNET KAYNAKLARI

Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanı İstanbul Milletvekili Recep Tayyip Erdoğan ve 264 Milletvekilinin; 7/11/1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/656) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> Erişim Tarihi: 29/09/2019.

ARSLAN Zühtü (2018), Aliya İzzetbegoviç'in Düşüncesinde Üç Kavram: Adalet, Hukuk ve Hürriyet, Saraybosna Üniversitesi'nde 19 Ekim 2018 tarihli-

de düzenlenen “Aliya İzzetbegoviç ve Onun Hukuk ile Devlet Anlayışı” konulu Konferans için hazırlanan konuşma metnidir. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/baskanin-konusmalari/> Erişim Tarihi: 29/09/2019.

<https://www.ombudsman.gov.tr/ozel-raporlar/index.html>

Kamu Denetçiliği Kurumu, Türkiye’deki Suriyeliler Özel Rapor, Ankara, 2018 <https://www.ombudsman.gov.tr/suriyeliler/rapor.html> Erişim Tarihi: 14/10/2019.